

FESTSCHRIFT FÜR
REINHOLD
SCHLOTHAUER
ZUM 70. GEBURTSTAG



FESTSCHRIFT FÜR
REINHOLD SCHLOTHAUER
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Stephan Barton
Thomas Fischer
Matthias Jahn
Tido Park

2018



www.beck.de

ISBN 978 3 406 70034 7

© 2018 Verlag C. H. Beck oHG

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH
Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Satz: Jung Crossmedia Publishing GmbH
Gewerbestraße 17, 35633 Lahnau

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Zum Beweisverwertungsverbot nach § 257c Abs. 4 S. 3 StPO

I. Austausch und Bindung im Strafprozess

Verständigen sich Gericht und Verfahrensbeteiligte über eine mögliche Absprache, führt das bekanntlich nicht immer zum Erfolg. Scheitert ein „Deal“, nachdem ein Angeklagter ein Schuldeingeständnis für eine in Aussicht gestellte Strafe abgeliefert hat, kann für ihn die Situation prekär werden: Er muss sich nun in einem ergebnisoffenen, kontradiktiorischen Verfahren verantworten, ohne dass geklärt erscheint, ob sein Absprache-Geständnis als Grundlage für seine Verurteilung herangezogen werden kann. Zwei Fallkonstellationen veranschaulichen dies: (1) Ein erstinstanzliches Gericht nimmt im Rahmen einer Verständigung ein Geständnis entgegen, löst sich aber im Laufe des Strafverfahrens von seiner Zusage und verurteilt strenger als abgesprochen. Beide Parteien gehen in die nächste Instanz. (2) Ein zweitinstanzliches Gericht stützt seine Verurteilung auf ein Geständnis, das im Rahmen einer Verständigung vor dem erstinstanzlichen Gericht abgelegt wurde, spricht aber eine Strafe aus, die über dem abgesprochenen Strafkorridor liegt. Wann muss ein Beweisverwertungsverbot greifen, einerseits mit Blick auf eine Bindung der staatlichen Stellen, die eine Absprache vorbereitet haben, und andererseits mit Blick auf die Belastung des Einzelnen durch ein Geständnis? Der Gesetzgeber hat mit dem sog. Verständigungsgesetz¹ darauf keine ausreichend klare Antwort gegeben. Das zeigt der Streit um die Reichweite des in § 257c Abs. 4 S. 3 StPO verankerten Beweisverwertungsverbotes. Insbesondere Strafverteidiger dürften sich von der Verrechtlichung der Absprachen eine gewisse Verhaltenssicherheit beim gegenseitigen Geben und Nehmen erhofft haben. Zum mindesten dürften sie sich erwartet haben, dass die gesetzlichen Regelungen, die den Beschuldigten schützen sollten, entsprechend ausgelegt werden. In diesem Sinne schrieben etwa Reinhold Schlothauer und Hans-Joachim Weider kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren im Jahr 2009:

„Ein von dem Angeklagten bereits als sein ‚Beitrag‘ zum Vollzug der Verständigung abgelegtes Geständnis unterliegt im Falle des Wegfalls der Bindungswirkung, auch wenn er selbst dafür die Voraussetzungen geschaffen hat, nach § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO einem Verwertungsverbot. [...] Da die Bindungswirkung einer Verständigung nach Maßgabe von § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO – allgemeinen Grundsätzen entsprechend – nur für das Tatsachengericht gilt, das die der Verständigung zugrunde liegende Prognose abgegeben hat, also weder das Berufungsgericht, noch das Revisionsgericht, noch das Gericht nach Zurückweisung insoweit gebunden sind, muß ein vor dem Tatsachengericht als ‚Beitrag‘ zum Vollzug der Verständigung abgelegtes Geständnis auch im weiteren Verfahrensverlauf einem Beweisverwertungsverbot unterliegen“² – mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung.³

Diese unmittelbar einleuchtende Interpretation des für das Verständigungsverfahren eigens geschaffenen Beweisverwertungsverbotes wird jedoch (mit Hinweis auf dieselben Gesetzgebungsmaterialien) bestritten.⁴ Und der Umgang mancher Staatsanwaltschaften und

¹ Gesetz v. 29.7.2009, BGBl. I 2009, 2353.

² Schlothauer/Weider StV 2009, 600 (605).

³ Verweis auf RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 14.

⁴ OLG Nürnberg NStZ-RR 2012, 255 (255f.); Schneider NZWiSt 2015, 1 (2).

Gerichte mit Absprache-Geständnissen, also Schuldeingeständnissen, die im Vertrauen auf eine Zusage im Verständigungsverfahren gemacht wurden, dürfte selbst pessimistische Strafverteidiger noch negativ überrascht haben. Unterliegt ein zum Vollzug einer Verständigung abgelegtes Geständnis auch in der nächsten Instanz einem Beweisverwertungsverbot? Ja, lautet die Antwort in diesem Beitrag: Das ergibt sich für die erste der beiden eingangs geschilderten Fallkonstellationen direkt aus § 257c Abs. 4 S. 3 StPO und für die zweite aus dem Gebot, krass unbillige Ergebnisse zu vermeiden.

II. Worte und Wille des Gesetzgebers

Als der deutsche Gesetzgeber – aufgefordert durch die Rechtsprechung⁵ – eine gesetzliche Regelung für eine Verständigung im Strafverfahren vorlegte, wollte er, dass diese „mit den tradierten Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens übereinstimmt“.⁶ Aber die Verpflichtung zur Ermittlung der Wahrheit von Amts wegen ist mit einer Verständigung über den für die Schuldfrage relevanten Sachverhalt nicht ohne Einbuße auf der einen oder anderen Seite möglich. Am Ende hat eines von beiden Vorrang. Der Gesetzgeber priorisiert jedoch weder in der Gesetzesformulierung noch in der Begründung präzise eine Seite, sondern weicht in vage Kompromissformeln aus.

1. Worte ...

Ein Beispiel dafür ist die Formulierung des § 257c Abs. 4 StPO:

„Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich dieselbe Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden.“

Die Regelung sucht den Ausweg aus einem selbstgemachten Dilemma: Regelvoraussetzung für das Zustandekommen einer Verständigung ist ein Schuldeingeständnis (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO), das aber keinesfalls eine Aburteilung auf der Grundlage des eingeräumten Sachverhalts garantieren soll. Denn weder soll das Gericht aus seiner Amtsermittlungspflicht entlassen (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO) noch eine Überprüfung der Verständigung in der Rechtsmittelinstanz ausgeschlossen werden (vgl. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO). Den Gerichten stehen also die Türen für eine Neubeurteilung der Sache grundsätzlich weiter offen, nachdem der Angeklagte im Vertrauen auf eine Verständigung ein Geständnis zu den Akten gegeben hat. Das Beweisverwertungsverbot soll ihn davor schützen, dass er in dieser Situation seine Verteidigungsstellung verliert.⁷

a) Parataktische Konfliktlösung?

Umstritten ist jedoch, wie weit der Schutz tatsächlich reichen soll. Die in § 257c Abs. 4 StPO unverbunden aneinander gereihten Sätze, deren Regelungsgehalt dazuhin nur in Zusammenhang mit weiteren Vorgaben verständlich ist, lösen die Ungewissheit nicht auf. Klar wird aus § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO, dass ein Gericht, das eine Verständigung anregt, an die Zusage – etwa eines bestimmten Strafrahmens – gebunden ist, bis es (weil rechtlich oder

⁵ BGH St 50, 40 (63f.).

⁶ RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 1.

⁷ Dazu etwa RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 14 aE.

tatsächlich bedeutsame Umstände ergeben, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht tat- oder schuldangemessen ist oder das Prozessverhalten des Angeklagten der ursprünglichen Prognose des Gerichtes widerspricht, § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO) die Bindungswirkung auflöst.⁸ Klar wird auch, dass die ursprüngliche Bindung keine Wirkung für ein Rechtsmittelgericht hat, das ein Verständigungsverfahren umfänglich überprüft.⁹ Unklar ist, was die ursprüngliche Bindung und deren Wegfall mit dem Beweisverwertungsverbot zu tun haben. Denn der Gesetzgeber verbindet Satz 1 und 2 des § 257c Abs. 4 StPO mit S. 3 nur durch einen Einschub in letzterem: Das Geständnis des Angeklagten darf *in diesen Fällen* nicht verwertet werden. Was bedeutet der Einschub? Umschreibt er eine Voraussetzung oder eine Beschränkung des Beweisverwertungsverbots?

Der Wegfall der Bindung an eine Zusage nach Aufkündigung einer Absprache in den Fällen von § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO ist die Bedingung für das Entstehen eines Beweisverwertungsverbots gemäß § 257c Abs. 4 S. 3 StPO und keine Aussage über deren Verfallsdatum. § 257c Abs. 4 StPO sagt also nicht, dass das Beweisverwertungsverbot mit Eintritt in die nächste Instanz wegfällt. Vielmehr ergibt die Regelung nur Sinn, wenn sie so gelesen wird, dass *sobald* seitens des Gerichts eine Verständigung aufgelöst wird, ein Beweisverwertungsverbot für das Absprache-Geständnis gilt – und zwar *solange* kontradiktatorisch in dieser Strafsache verhandelt wird, in der ja das – im Hinblick auf die Verständigung abgegebene – Schulseingeständnis in den Akten verbleibt.¹⁰

b) Gelesen durch die Brille der Strafverteidigung

Eine solche Lesart ergibt sich wie von selbst, wenn man § 257c Abs. 4 StPO durch die Brille der Strafverteidiger liest, und (wie *Schllothauer* und *Weider*) davon ausgeht, dass ein Verständigungsverfahren zwar kein Recht auf eine bestimmte Verurteilung, wohl aber einen Rechtsrahmen für ein Austauschverhältnis mit gewisser Bindung eröffnet.¹¹ Die Verständigung im Strafprozess wird zum *do ut des*-Verhältnis, das kein Ergebnis, sondern eine synallaktische Abwicklung gewährleistet.¹²

Entsprechend wird § 257c Abs. 4 StPO zu einer Art Regelung für Leistungsstörungen, die als Rechtsfolge vorsieht, dass einerseits „[d]ie Bindung des Gerichtes an eine Verständigung [in bestimmten Fällen] entfällt“ und deshalb andererseits die Schutzwirkung eintritt, dass „[d]as Geständnis des Angeklagten [...] in diesen Fällen nicht verwertet werden darf“.

Die Aussage ist dann: Sobald die Bindungswirkung entfällt, beginnt der Schutz durch das Beweisverwertungsverbot – und *soweit keine Bindungswirkung* besteht, also so lange wie das Strafverfahren nicht unter einer Zusage, sondern als kontradiktorisches Verfahren geführt wird, gilt das Beweisverwertungsverbot weiter. Oder um es mit den Worten *Reinhard Schllothauers* zu sagen: „Das Verwertungsverbot gilt aber nicht nur für das erkennende Gericht, sondern nach Zurückverweisung auch vor dem neuen Tatgericht.“¹³

⁸ Vgl. etwa BGH Urt. v. 1.12.2016 – 3 StR 113/16; BGH StV 2011, 75 (76); Löwe/Rosenberg/Stuckenberg, 26. Aufl. 2013, § 257c, Rn. 60ff.; Kudlich Gutachten zum 68. DJT (2010), C 41, C 52ff.

⁹ MüKoStPO/Jahn/Kudlich, 1. Aufl. 2016, § 257c Rn. 148.

¹⁰ So etwa auch Altvater FS Rissing-van Saan 2011, 1 (2, 22); El-Ghazi JR 2012, 406 (410f.)

¹¹ Vgl. aber auch BGH NJW 2011, 1526 (1527): „Wenn die ‚Vertragsgrundlage‘ entfallen ist, erfordert das Gebot der Verfahrensfairness, dass auch dieses keinen Bestand mehr hat.“

¹² Beispieldhaft: Strafrechtsausschuss BRAK ZRP 2005, 235f.; Schöch NJW 2004, 3462 (3463ff.).

¹³ Schllothauer/Weider StV 2013, 197 in einer Anmerkung zu BGH StV 2013, 194.

2. ... und Wille

Eine solche Lesart des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO lässt sich – entgegen manchen Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur¹⁴ – ohne weiteres mit den Erläuterungen des Gesetzgebers zum Verständigungsgesetz vereinbaren.

a) Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien

Denn Ziel des Verständigungsverfahrens ist es, „die Voraussetzungen, unter denen eine Verständigung zustande kommt, und unter denen die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt, sowie die Folgen bei Wegfall dieser Bindung im Sinne der Unverwertbarkeit des im Vertrauen auf eine Verständigung abgelegten Geständnisses“ zu regeln.¹⁵ Davon, dass sich der Schutz des Beweisverwertungsverbots nur auf die Instanz beschränken sollte, in der einmal eine Bindungswirkung bestand, steht in der Gesetzesbegründung nichts.¹⁶ Zwar wollte der Bundesrat ursprünglich kein Beweisverwertungsverbot,¹⁷ unter anderem mit der Begründung, dass es hierfür keinen Bedarf in der Praxis gebe.¹⁸ Am Ende haben sich die Bevürworter eines Beweisverwertungsverbotes jedoch durchgesetzt.

aa) Erläuterungen zu § 257c Abs. 4 StPO

In der Begründung steht zu § 257c Abs. 4 S. 3 StPO:

„Satz 3 regelt das ‚Schicksal‘ des Geständnisses, das der Angeklagte im Rahmen einer Verständigung abgegeben hat, die nach den Sätzen 1 und 2 keinen Bestand hat. Entfällt die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung nach diesen Vorschriften, darf das Geständnis des Angeklagten, das er als seinen ‚Beitrag‘ und im Vertrauen auf den Bestand der Verständigung abgegeben hat, nicht verwertet werden. Damit wird dem Grundsatz eines auf Fairness angelegten Strafverfahrens Rechnung getragen.“¹⁹

Einige Passagen weiter im Text und ohne eine Verbindung herzustellen, wird ausgeführt:

„Die Bindungswirkung nach Maßgabe von Absatz 4 gilt – allgemeinen Grundsätzen entsprechend – nur für das Tatsachengericht, das die der Verständigung zugrunde liegende Prognose abgegeben hat. Weder Berufungsgericht, Revisionsgericht noch das Gericht nach Zurückverweisung sind insoweit gebunden.“²⁰

Das Verhältnis von § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO und § 257c Abs. 4 S. 3 StPO bleibt offen und lässt jedenfalls Raum für die – im Gesamtkontext des Verständigungsgesetzes nahe liegende – Interpretation: Sobald und soweit eine Bindungswirkung nicht (mehr) besteht, schützt das Beweisverwertungsverbot vor der Verwendung eines Absprache-Geständnisses in einem kontradiktatorischen Verfahren umfassend.²¹

Die teilweise in Rechtsprechung und Literatur angebotene Deutung, der Gesetzgeber habe „ersichtlich“ kein instanzenübergreifendes Rechtsmittel schaffen wollen, sondern vielmehr „einen darauf abzielenden Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer bewusst zurück-

¹⁴ OLG Nürnberg NStZ-RR 2012, 255 (255f.); MüKoStPO/Jahn/Kudlich, 1. Aufl. 2016, § 257c Rn. 175; Schneider NZWiSt 2015, 1 (2).

¹⁵ RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 9, 3. Abschnitt aE, 14.

¹⁶ Vgl. auch El-Ghazi JR 2012, 406 (410).

¹⁷ Gesetzesentwurf des Bundesrates (BR-E) vom 31.1.2007, BT-Drs. 16/4197, 7.

¹⁸ Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 16/12310, 19. Dagegen die Gegenäußerung der Bundesregierung, ebd. 21.

¹⁹ RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 14, vgl. auch 21.

²⁰ RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 15.

²¹ El-Ghazi JR 2012, 406 (410f.); Kuhn StV 2012, 10 (11); Velten StV 2012, 172 (176); Altwater FS Rissing-van Saan 2011, 22.

gewiesen“,²² lässt sich jedenfalls mit Hilfe der veröffentlichten Gesetzesmaterialien nicht nachweisen. Diese Deutung wird auch nicht durch einen solchen Hinweis, sondern durch eine Reihe von Verweisen auf anderes Material belegt.²³

Man könnte eine restriktive Interpretation des Beweisverwertungsverbots allenfalls darauf gründen, dass ein im Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung des Verständigungsverfahrens vorgesehener Passus, nach dem mit Entfallen der „Bindungswirkung der Zusage, [...] Prozesshandlungen des Angeklagten in Erfüllung von Bedingungen gemäß Absatz 1²⁴ wirkungslos [sind und] ein Geständnis unverwertbar [ist]“²⁵ nicht genau in dieser Formulierung ins Gesetz übernommen wurde. Der Gesetzestext weicht davon eben insofern ab, als § 257c Abs. 4 S. 3 StPO den Einschub „in diesen Fällen“ enthält. Doch dieser Einschub umschreibt nur den Umstand, dass sich das Gericht (gemäß § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO) von der Verständigung gelöst hat, sagt aber nichts über die Reichweite des Beweisverwertungsverbots. Es steht dort gerade nicht: „Das Geständnis des Angeklagten darf von diesem Gericht nicht mehr verwertet werden.“

bb) Keine Aussage zu einer „erweiterten Amtsermittlungspflicht“ in der Rechtsmittelinstanz

Der Gesetzgeber hat sich insbesondere auch nicht dazu geäußert, dass in der Rechtsmittelinstanz ein für das erstinstanzliche Gericht mit einem Beweisverwertungsverbot belegtes Geständnis verwertbar sein sollte. Es findet sich kein Wort dazu, dass man eine Art erweiterte Amtsermittlungspflicht kreieren wollte.

Eine solche Stellungnahme dürfte man aber wohl erwarten, da sich die Pflicht zur Wahrheitssuche im Strafverfahren regelmäßig nicht auf alle theoretisch verfügbaren, sondern nur auf die zulässigen Beweismittel bezieht: Unterliegt ein Geständnis einem Beweisverwertungsverbot, kann es eben nicht Grundlage für eine neue Entscheidung sein. Eine Einschränkung der Geltung von Beweisverwertungsverboten dergestalt, dass sie nur in einer Instanz gelten, ist dem Strafverfahrensrecht unbekannt.²⁶

Selbst der Bundesrat, der sich zunächst der Einführung eines Beweisverbotes widersetzt²⁷ und vor allem auf die Bedeutung des verfassungsrechtlich verankerten Grundsatzes der Wahrheitsermittlung hingewiesen hat, äußert sich letztlich nicht mehr im Sinne einer Beschränkung des Beweisverwertungsverbots.²⁸

cc) Vermutung für eine verfassungs- und menschenrechtskonforme Regelung

Dafür, dass der Gesetzgeber ein instanzenübergreifendes Beweisverwertungsverbot schaffen wollte, spricht im Übrigen – jenseits der Gesetzgebungsmaterialien – die Vermutung, dass er eine verfassungs- und menschenrechtskonforme Regelung schaffen wollte. Gälte § 257c Abs. 4 S. 3 StPO nur in der ersten Instanz, fehlte ein adäquater Schutz etwa in jenem Fall, in dem eine Staatsanwaltschaft ein sog. Sperr-Rechtsmittel einlegt, um einem Verurteilten – sollte er Rechtsmittel gegen seine absprachegemäße Verurteilung ergreifen – den

²² OLG Nürnberg NStZ-RR 2012, 255 (255f.); MüKoStPO/Jahn/Kudlich, 1. Aufl. 2016, § 257c Rn. 176; Schneider NZWiSt 2015, 1 (2); vgl. auch KK-StPO/Moldenhauer/Wenske, 7. Aufl. 2013, § 257c, Rn. 37.

²³ Schneider NZWiSt 2015, 1 (1ff.) verweist auf Ausführungen in OLG Nürnberg NStZ-RR 2012, 255 (255f.), das wiederum auf einen Vorschlag des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK-E) verweist (abgedruckt in ZRP 2005, 235), der nicht zum Gesetz, aber – soweit ersichtlich – auch nicht ausdrücklich zurückgewiesen worden ist.

²⁴ Sic. Als mögliche Handlungen des Angeklagten sind dort genannt: Geständnis, Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens, das ernsthafte Bemühen um einen Ausgleich mit dem Verletzten, ein sonstiges Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient.

²⁵ BRAK-E ZRP 2005, 235 (237).

²⁶ Vgl. Löwe/Rosenberg/Gless, 26. Aufl. 2007, § 136 Rn. 108.

²⁷ Gesetzesentwurf des Bundesrates (BR-E) vom 31.1.2007, BT-Drs. 16/4197, 7.

²⁸ Vgl. BR-Drs. 65/09 v. 6.3.2009, 8.

Schutz des *reformatio in peius* zu nehmen und darüber hinaus gleichzeitig sein Absprache-Ge- ständnis als Grundlage für eine höhere Verurteilung zur Verfügung stellt.²⁹

b) Anderer Subtext?

Vor dem Hintergrund der eher kargen Gesetzesbegründung und dem zwischenzeitlich sehr komplexen Streit um die Reichweite von § 257c Abs. 4 S. 3 StPO³⁰ drängen sich zwei Fragen auf: Erstens, warum hat der Gesetzgeber nicht ausreichend Stellung bezogen in dem grundlegenden Konflikt zwischen einer möglichst umfänglichen Sachverhaltsermittlung ei- nerseits und andererseits einer prinzipiellen Gefahr für die Verteidigungsinteressen desjenigen, dem vom Gericht eine Absprache angeboten wird. Zweitens, warum haben Rechtsprechung und Literatur das neu geschaffene Beweisverwertungsverbot nicht von Anfang an als Instanzen übergreifend interpretiert? Sie hätten dann den Angeklagten ohne große Umwege vor einem strukturellen Verteidigungsdefizit geschützt, dem ein Verlust des verfassungsrechtlich abge- stützten Vertrauensgrundsatzes und des Rechts auf einen fair trial nach Art. 6 EMRK droht.³¹

Bezüglich der ersten Frage kann man nur mutmaßen: Vielleicht hat der Gesetzgeber sich die Gesamtproblematik sowie die konkreten Folgen einer Legalisierung von Verständigungen im Gefüge eines Strafprozesses instruktiorischer Prägung nie *in concreto* vor Augen ge- führt. Möglicherweise hat er die Augen auch bewusst verschlossen, um eine klare Position zu vermeiden. Für Letzteres sprechen die vielen offenen, zum Teil widersprüchlichen For- mulierungen und Regelungen.³² Von Bedeutung sind solche Überlegungen, wenn man jenseits der unmittelbaren Geltung von § 257c Abs. 4 S. 3 StPO eine analoge Anwendung dieses Beweisverwertungsverbotes auf andere Fälle gescheiterter Verständigungen erwägt.³³ Denn dann müsste eine planwidrige Lücke dort nachgewiesen werden, wo der Gesetzgeber in „fast verzweifelter Selbstsuggestion“³⁴ beteuert, er habe nichts geändert, wo er grundlegend Neues geschaffen hat.³⁵

Auf die zweite Frage dürfte man viele und vielschichtige Antworten finden, etwa in Zu- sammenhang mit Vorbehalten gegenüber konsensualen Elementen im Beweisverfahren. So muss es diejenigen stören, die darauf bestehen, dass ein Formalgeständnis nicht für einen Deal ausreicht,³⁶ wenn ein Absprache-Geständiger den Gerichten dieses Beweismittel wieder entziehen kann. Ferner dürfte das generelle Unbehagen gegenüber einem Beweisverwer- tungsverbot, das – wie § 257c Abs. 4 S. 3 StPO – den Gerichten die Möglichkeit einer einzel- fallorientierten Interessensabwägung nimmt, eine Rolle für die restriktive Interpretation die-

²⁹ Vgl. dazu etwa eine Berufungs begründung der StA Nürnberg-Fürth vom 26.6.2014 – 504 Js 578/13, abgedruckt in StraFo 2014, 426.

³⁰ Vgl. BGH Urt. v. 1.12.2016 – 3 StR 113/16; BGH NJW 2011, 1526 (1527); OLG Karlsruhe NStZ 2014, 294 (295); OLG Düsseldorf StV 2011, 80 (81); Löwe/Rosenberg/Stuckenbergs, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 68; Meyer-Gößner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. 2017, § 257c, Rn. 28; SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 257c Rn. 48f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Ignor, StPO, 2. Aufl. 2016, § 257c Rn. 123; Beulke, StrafprozessR, 13. Aufl. 2016, Rn. 396c; El-Ghazi JR 2012, 406 (410); Kudlich NStZ 2013, 356; Meyer HRSS 2011, 17 (20); Schneider NZWiSt 2015, 1 (4).

³¹ OLG Karlsruhe NStZ 2014, 294 (295); OLG Düsseldorf StV 2011, 80 (81); SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 257c Rn. 48; Velten StV 2012, 172 (174); El-Ghazi JR 2012, 406 (411); Jahn/Müller NJW 2009, 2625 (2629); Meyer HRSS 2011, 17 (20).

³² Vgl. etwa RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 8f.; siehe auch Löwe/Rosenberg/Stuckenbergs, 26. Aufl. 2013, § 257c, Rn. 21ff.

³³ Vgl. dazu OLG München StV 2014, 79 (80); Kudlich NStZ 2013, 356; El-Ghazi, jurisPR-StrafR 8/2016 Anm. 3, S. 3f.

³⁴ Weigend FS Maiwald 2011, 817 (832).

³⁵ Gegen planwidrige Lücke: Schneider NZWiSt 2015, 1 (2); vgl. auch Altvater FS Rissing-van Saan 2011, 1 (22).

³⁶ BVerfG StV 2013, 353 Rn. 70, 71.

ses Verwertungsverbots spielen. Denn trotz einzelner gesetzgeberischer Regelungen, geht der „Trend“ zu einem flexiblen Umgang mit Beweisverwertungsverboten.³⁷ Dieser Ansatz ist jedoch grundsätzlich und auch ganz speziell in Zusammenhang mit dem Verständigungsverfahren problematisch. Denn er birgt für die Verteidigung und den Angeklagten eine große Rechtsunsicherheit. Illustrativ dafür sind die komplexen Lösungsvorschläge, die zur Entschärfung der Probleme vorgelegt wurden, die aus einer engen Interpretation von § 257c Abs. 4 S. 3 StPO folgen.³⁸ Es braucht nur wenig Phantasie, um sich ein Beratungsgespräch im Verständigungsverfahren vorzustellen, in dem ein Verteidiger seinem Mandanten erläutert, welchen Schutz er durch ein direkt aus dem Recht auf einen fair trial nach Art. 6 EMRK abgeleitetes Beweisverbot erhält; zumal ein solches stets unter dem Vorbehalt einer Gesamtwürdigung aller Interessen stünde.³⁹ Eine solche Beratung könnte möglicherweise nicht nur den Mandanten, sondern vielleicht auch den einen oder anderen Strafverteidiger überfordern.⁴⁰ Flexibilisierte Beweisverwertungsverbote mögen „im Trend“ liegen – für den Aufbau von Verhaltenssicherheit sind sie Gift⁴¹ und brächten insbesondere in das Verständigungsverfahren wieder Unsicherheit, die durch die gesetzliche Regelung gerade gemildert werden sollte.⁴²

3. Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich festhalten: § 257c Abs. 4 S. 3 StPO gilt unmittelbar Instanzen übergreifend, in den Fällen, in denen das erstinstanzliche Gericht ein Geständnis im Rahmen einer Verständigung entgegennimmt, sich aber im Laufe des Strafverfahrens nicht mehr an seine Zusage gebunden fühlt. Denn das Beweisverwertungsverbot ist weder durch den Wortlaut noch durch den Willen des Gesetzgebers auf die Instanz beschränkt, die sich – aus den in § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO genannten Gründen – von einer Verständigungszusage löst. Vielmehr schützt es *sobald* und *soweit* keine Bindungswirkung, also keine den Angeklagten schützende Zusage des Gerichts, mehr besteht. Denn § 257c Abs. 4 S. 3 StPO soll den Angeklagten, der sich auf eine Verständigung einlässt, davor bewahren, dass er bei Scheitern der Absprache seine Verteidigungsstellung verliert.⁴³ Diese Gefahr endet nicht mit Abschluss der ersten Instanz, da das zu Protokoll gegebene Schuldeingeständnis für das Rechtsmittelgericht zugänglich bleibt. Ein restriktiv interpretiertes Beweisverwertungsverbot stünde zudem im Widerspruch zum Ziel des Verständigungsverfahrens: eine effektive und im Ergebnis befriedende Erledigung von Strafverfahren zu ermöglichen.⁴⁴ § 257c Abs. 4 S. 3 StPO soll hier Verhaltenssicherheit für die Verteidigung und den Angeklagten schaffen.⁴⁵ Das setzt voraus, dass sich diese darauf verlassen können, dass in einer Strafsache ein im Hinblick auf eine Verständigung abgegebenes Geständnis nicht nach Wegfall der Bindungswirkung Grundlage einer Verurteilung werden kann.

³⁷ Schneider NZWiSt 2015, 1 (5).

³⁸ Siehe etwa die Vorschläge von Schneider NZWiSt 2015, 1 (4ff.); KK-StPO/Moldenhauer/Wenske, 7. Aufl. 2013, § 257c, Rn. 48; El-Ghazi JR 2012, 406 (412f.); Wenske NStZ 2015, 137ff.

³⁹ Gless FS Beulke 2015, 723 (732ff.); Macula recht 1/2016, 30 (34ff.).

⁴⁰ Vgl. etwa Norouzi StV 2014, 661 (662); Rode StraFo 2015, 89 (89ff.).

⁴¹ Dießner StV 2011, 43 (49); Norouzi StV 2014, 661. Vgl. auch Roxin HRSS 2009, 186 (187f.).

⁴² Vgl. dazu etwa RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 1.

⁴³ Beulke StrafprozessR, 13. Aufl. 2016, Rn. 396c; SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 257c Rn. 28 und 48; Kuhn StV 2012, 10 (12).

⁴⁴ Vgl. RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 9.

⁴⁵ Vgl. RegE v. 18.3.2009, BT-Drs. 16/12310, 14. Grundlegend zur Bedeutung von Verhaltenssicherheit bei Verständigungen: SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 257c Rn. 48; Velten StV 2012, 172.

III. Neue Lösungen für Beweisverwertungsverbote bei Verständigungen?

Prekär ist das Scheitern einer Absprache aber nicht nur in den direkt von § 257c Abs. 4 S. 3 StPO erfassten Fällen, sondern auch dann, wenn eine Verständigung erst in der Rechtsmittelinstanz für unwirksam erklärt wird, aber bereits ein Schuldeingeständnis im Vertrauen auf eine Verständigung abgegeben wurde, und selbst dann, wenn es von Anfang an bei einer „Kommunikation unterhalb der Schwelle des § 257c StPO“ bleibt, der Angeklagte aber in der Hoffnung auf eine Verständigung zum Geständnis bewogen wird.⁴⁶

Vieles spricht dafür, das in § 257c IV S. 3 StPO vorgesehene Beweisverbot auch in Fällen jenseits der in § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO genannten Voraussetzungen zum Schutz des Absprachegeständigen dann anzuwenden, etwa wenn eine Verurteilung durch die nächste Instanz auf ein verständigungsbasiertes Geständnis aus der ersten Instanz gestützt wird. Nur so lässt sich krasse Unfairness gegenüber den Angeklagten vermeiden, die sich im Vertrauen auf eine gerichtlich sanktionierte Absprache ihrer Verteidigungsposition begeben haben.

Ohnehin bleibt fraglich, ob eine Instanzen übergreifende Geltung des Beweisverwertungsverbotes gemäß § 257c Abs. 4 S. 3 StPO die Verteidigungsstellung des Angeklagten tatsächlich wieder ausreichend herstellen würde. Denn es besteht unter anderem die Schwierigkeit, dass das deutsche Recht grundsätzlich keine Fernwirkung von Verwertungsverboten kennt.⁴⁷ Ohne eine Fernwirkung dürfte § 257c Abs. 4 S. 3 StPO jedoch oft leer laufen.⁴⁸ Denn wenn das für eine Verständigung verlangte Schuldeingeständnis so detailliert ausfällt, dass sich das Gericht von der Richtigkeit überzeugen kann, wird allein mit einem bloßen Beweisverwertungsverbot die ursprüngliche Verteidigungsstellung des Absprache-Geständigen nicht wieder hergestellt. Denn Strafverfolgungsbehörden und Gericht können dann – anknüpfend an die eingestandenen Tatsachen – neue Beweismittel heranziehen.

Es liegt somit am Gesetzgeber, die am Streit um die Geltung von Beweisverwertungsverboten sichtbar gewordenen Ungereimtheiten im Verständigungsverfahren durch gesetzliche Klarstellungen und Korrekturen zu beseitigen und so der Rechtspraxis eine klare Orientierung darüber zu geben, welche Interessen im Konflikt zwischen möglichst umfassender Sachverhaltaufklärung und drohendem Verlust der Verteidigungsstellung vorgehen. Denkbar wäre in einem ersten Schritt folgende Neufassung des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO:

„Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleichermaßen gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis, das ein Angeklagter als Bestandteil der Verständigung abgegeben hat, darf im weiteren Verfahren nicht verwertet werden. [...]“

Eine grundlegende Regelung für alle notwendigen Beweisverwertungsverbote in Zusammenhang mit Absprachen im Strafverfahren müsste im Verbund mit weiteren Reformen des, ohnehin noch unter „Bewährungsaufsicht“⁴⁹ stehenden, Verständigungsverfahrens in Angriff genommen werden. Sie könnte etwa in der im Rahmen der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens angekündigten grundlegenden Prüfung der Beweisverwertungsverbote erfolgen.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. dazu etwa Jahn StV 2011, 497 (500); Kudlich NStZ 2013, 353 (356); Meyer HRRS 2011, 17 (20).

⁴⁷ Schlothauer/Weider StV 2009, 600 (605); Dießner StV 2011, 43 (49).

⁴⁸ Vgl. SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 257c Rn. 51; Fischer StraFo 2009, 177 (187); Rode StraFo 2015, 89 (91); Weigend FS Maiwald 2011, 817 (844). Gegen ein Verwertungsverbot: Altvaater FS Rissing-van Saan 2011, 1 (27).

⁴⁹ BVerfG NJW 2013, 1058 (1069).

⁵⁰ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens 2015, 7.

Ein klares gesetzgeberisches Engagement würde auch dem Eindruck entgegen wirken, dass Beweisverwertungsverbote leere Worte sind, die vor allem als Spiegelfläche für rechtsstaatstheoretische Selbstbeweihräucherung dienen, aber nicht zu spürbaren Konsequenzen führen.⁵¹ Für § 257c Abs. 4 S. 3 StPO führte eine gesetzliche Klarstellung am Ende einfach wieder zu der anfänglichen Feststellung von *Schlothauer* und *Weider*, es muss „ein vor dem Tatsachengericht als ‚Beitrag‘ zum Vollzug der Verständigung abgelegtes Geständnis auch im weiteren Verfahrensverlauf einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.“⁵²

⁵¹ Vgl. auch *Norouzi* StV 2014, 661 (662); *Wohlers* FS Weßlau 2016, 427 (429); *Wohlers/Bläsi* recht 3/2015, 158 (169ff.).

⁵² *Schlothauer/Weider* StV 2009, 600 (605).