

Die Verständigung vor dem Schwurgericht

Zur Zulässigkeit von Absprachen über die Schuldschwereklausel des § 57 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB

von Prof. Dr. Matthias Jahn und Wiss. Mit. Dr. Gabriele Kett-Straub, Erlangen-Nürnberg*

I. Einleitung

1. Einige Rechtsprobleme der Schwurgerichtsabsprache

Verfahrensabsprachen sind aus deutschen Strafprozessen nicht mehr wegzudenken; sie haben längst auch Einzug in die Säle der Schwurgerichte gehalten. Daß es auch schon vor dem Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes am 04. 08. 2009¹ zu den Rechtsproblemen der »Absprache im Mordprozeß« kaum nennenswerte Judikatur gab, steht dieser Feststellung nicht entgegen. War der »Deal« – entgegen den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung – schon seit je eine diskrete Angelegenheit, galt dies für Schwurgerichtssachen in nochmals gesteigertem Maße. Eine Veränderung dieser Verfahrens(un)kultur der Heimlichkeit soll das Institut der Verständigung, wie es das Gesetz nunmehr in vornehmer Zurückhaltung nennt, in jedem Fall bewirken, einerlei, ob man die realen Effekte – beides gleichermaßen überzeichnet – als »Wunderwaffe« oder »Bankrotterklärung« etikettiert.² Mit jenem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren sind die Absprachen nun endgültig im geltenden Recht angekommen, nachdem sie lange Zeit nur dem lückenhaften Regelwerk unterlagen, das die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt hatte.³ Der Flickschusterei ist ein Ende bereitet. Viele Auslegungsfragen bleiben dennoch offen, wie eine sich rasch steigernde Literaturproduktion zum Verständigungsgesetz dokumentiert. Doch selbst hier ist das Schwurgerichtsverfahren bislang noch ein blinder Fleck; das gilt insbesondere für die strafprozessuale Seite der Regelung zur Schuldschwerefeststellung in § 57 a StGB.

a) Nicht verhandelbarer, festgestellter Sachverhalt

Das Herzstück der neuen verfahrensrechtlichen Vorschriften ist bekanntlich § 257 c StPO. Absatz 2 umreißt den zulässigen Gegenstand einer Verständigung. Demnach sind gem. § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO Absprachen über das Maß der Schuld unzulässig. Auch und gerade das Schwurgericht darf, wie es schon *BGHSt* 43, 195 (208 f.) = *StV* 1997, 583 bildhaft beschreibt, »den Boden schuldangemessenen Strafens« nicht verlassen. Die Verständigung hat demnach vor der lebenslangen Freiheitsstrafe als absoluter Rechtsfolge Halt zu machen. Ist das Maß an Schuld überschritten, das die Verhängung einer solchen Strafe rechtfertigt, bleibt für eine Verständigung kein Raum mehr. Das ergibt sich zudem aus dem Wortlaut der neuen Vorschrift zur Strafzumessungsabsprache. Es gibt wegen der Regelung in § 38 Abs. 1 StGB weder eine Ober- noch eine Untergrenze der Strafe (vgl. § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO), auf die man sich einigen könnte. Geradezu selbstverständlich ist auch eine Verständigung darüber ausgeschlossen, daß ein festgestellter Umstand, der ein Mordmerkmal zu begründen geeignet wä-

re, unberücksichtigt bleibt, um den Weg zu einer Verurteilung »nur« wegen Totschlags zu ebnen. Der dem Urteil nach Abschluß der Beweisaufnahme zugrunde zu legende Sachverhalt ist nicht verhandelbar.⁴

b) Wege zum »wahren« Sachverhalt

Damit ist aber noch nicht abschließend gesagt, welchen Umfang die *Beweisaufnahme* selbst haben muß. Nach § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO können auch sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren Gegenstand einer Verständigung sein. Die Beteiligten können demnach – in den Grenzen von § 257 c Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 244 Abs. 2 StPO – durch Verzicht auf Beweisanträge und -anregungen ein Einvernehmen über die Beweiserhebung herstellen und sich auf die Intensität und den Umfang der Feststellungen in der Hauptverhandlung einigen.⁵ Wäre demzufolge eine Vereinbarung dahingehend möglich, daß das Gericht von komplexen Beweiserhebungen absieht und nach einem Mordmerkmal erst gar nicht weiter geforscht werden würde? Die Verständigung würde hier eine Stufe früher als soeben unter a) beschreiben ansetzen, noch vor der subsumtionsfähigen (und dann auch -bedürftigen) Feststellung des Mordmerkmals. Die Verteidigungslinie eines Angeklagten könnte etwa lauten: »Ich beharre nicht auf Notwehr, gestehe einen Totschlag und Staatsanwaltschaft und Kammer bohren im Gegenzug nicht tiefer zur Frage möglicher Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.« Da aber andererseits ein Verzicht auf Beweiserhebungen nach der Gesetzesbegründung⁶ »sich nicht außerhalb dessen bewegen (könne), was durch die unverändert geltende Sachaufklärungspflicht des Gerichts bestimmt ist«, wäre der praktische Anwen-

* Die Autoren sind Mitglieder des Instituts für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

1 BGBl. I, S. 2353 v. 29. 07. 2009.

2 Siehe bereits *Schünemann* NJW 1989, 1895. Zu den Hauptargumenten der Befürworter und Gegner der Absprachen siehe knapp *KMR-StPO/v. Heintschel-Heinegg*, 56. Lfg. (Nov. 2009), § 257 c Rn. 4 f. sowie ausf. *M. Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008, S. 85 ff. und *Huttenlocher*, Dealen wird Gesetz, 2007, S. 27 ff.

3 Zur Entstehungsgeschichte *Niemöller/Schlothauer/Weider*, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, Teil A Rn. 18 ff.; *Murmann* ZIS 2009, 526 ff.

4 BGH *StV* 2010, 60 (61); *StV* 2009, 232; *Schlothauer/Weider* *StV* 2009, 600 (602); *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Fn. 3), Teil B § 257 c Rn. 79.

5 *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2628). Diesbezüglich sagt *Meyer-Gößner* *StPO-Ergänzungsheft*, 52. Aufl. 2009, § 257 c Rn. 3 f., für die Praxis der Revisionsgerichte erhebliche Auslegungsprobleme voraus. Krit. auch *BeckOK-StPO/Eschelbach*, Stand 01. 10. 2009, § 257 c Rn. 16; *Niemöller* GA 2009, 172 (181) sowie zu den materiell-strafrechtlichen Aspekten der »verdeckten« Schuldspuchabsprache *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Fn. 3), Teil D Rn. 58 f.

6 BT-Drucks. 16/12310, S. 13.

dungsbereich dieser Verständigungsmaterie über § 244 Abs. 2 StPO dann eng begrenzt, wenn nicht auch der Umfang der Aufklärungspflicht der *Kammer* seinerseits vom Für-Bedeutung-Halten durch die anderen Verfahrensbeteiligten abhänge.⁷ An dieser Stelle ist die Diskussion zur Zukunft der Forderung, die Ermittlung des wahren Sachverhalts müsse das zentrale Anliegen des Strafprozesses bleiben,⁸ spätestens mit dem Verständigungsgesetz in Bewegung gekommen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung wird sich hier demnächst zum Verhältnis von § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO zu § 244 Abs. 2 StPO positionieren müssen.

2. Kein Handel mit Schuld! – Keine Verständigung über Schuldschwere?

Ungeachtet dieser neuen Streitfragen sind Verständigungen in dem weiten Bereich zwischen der (unzulässigen) Schuld-spruchabsprache und der (zulässigerweise vereinbarten) reinen Vollstreckungsmaßgabe auch in Mordprozessen denkbar. Ausgangspunkt hierfür ist eine formale Sichtweise auf die von *BVerfGE* 86, 288 = StV 1992, 470 verordnete Schwurgerichtslösung. Bei jeder Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe haben sich die Schwurgerichtskammern seither damit zu befassen, ob im konkreten Fall eine besondere Schwere der Schuld gem. § 57 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB vorliegt.⁹ Die zu tenorierende Feststellung ist inhaltlich *nicht* Teil des Schuld-spruchs, sondern die verbindliche Klärung einer lediglich vollstreckungsrechtlichen Vorfrage. Das Schwurgericht bereitet die Arbeitsgrundlage für das Vollstreckungsgericht, das viele Jahre nach der Verurteilung über eine Strafrestauesetzung zur Bewährung zu entscheiden hat.¹⁰

Das neue Absprachen-Gesetz bietet insoweit ein großzügig bemessenes »Terrain verhandelbarer Gegenstände«, das deutlich über den »Prototyp« eines Deals, der Zusage einer Strafmilderung gegen ein Geständnis, hinausgeht.¹¹ In der Begründung des Regierungsentwurfs werden die Möglichkeiten einer Verständigung in groben Zügen benannt; die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld befindet sich darunter nicht.¹² Das freilich kann vielerlei und – mit Rücksicht auf das Gesetzgebungsverfahren in der Spätphase der 16. Wahlperiode, zumal bei zu befürchtendem Einspruch des Bundesrates – vor allem rechtspolitisch-taktische Gründe haben. Die Absprache zu der Schuldschwerediagnose ist andererseits nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Insbesondere ist nicht § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO einschlägig, der neben dem Schuld-spruch auch die Maßnahmen der Besserung und Sicherung i. S. d. § 61 StGB von einer Verständigung ausnimmt.¹³ Zwar ist eine Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe über den Zeitpunkt hinaus, den die Schuld gebietet, verfassungsrechtlich nur dann legitim, wenn die Gefährlichkeit des Verurteilten anhält und eine konkrete Rückfallgefahr besteht.¹⁴ Die lebenslange Freiheitsstrafe hat dann nur noch spezialpräventiven Charakter; sie wirkt wie eine Sicherungsverwahrung und macht damit auch deren vorsorgliche Anordnung überflüssig.¹⁵ Dennoch mutiert die Strafe *de jure* nicht zu einer Sicherungsmaßregel. Zudem beträfe eine etwaige Absprache nur die besondere Schwere der Schuld, nicht aber die Legalbewährungsprognose.

Ließe man die Verständigung über die Schuldschwereklausel zu, muß man allerdings das »Drohpotential« des § 57 a StGB bei realistischer Betrachtung als enorm bezeichnen.¹⁶ Es ginge um viele Jahre zusätzlichen Freiheitsentzugs, da eine Entlassung nach der Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren bei festgestellter besonderer Schuldschwere durch das Vollstreckungsgericht nahezu ausgeschlossen ist. Zwar ist die Schuldschwerediagnose des Tatrichters nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe über diesen Zeitraum hinaus. Doch nur in sehr seltenen Fällen kommen die Vollstreckungsgerichte trotz der Vorgabe einer Schuldschwere zu dem Ergebnis, daß diese nicht

eine weitere Vollstreckung der Strafe gebieten würde.¹⁷ Die vom Angeklagten gefürchtete Sanktionsschere – legt man die drohenden Jahre im Vollzug zugrunde – ließe sich daher bei der lebenslangen Freiheitsstrafe als Schuldschwereschere¹⁸ sogar weiter aufklappen als bei vielen Zeitstrafen.

II. »Geeigneter Fall« i. S. d. § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO auch bei Schwerstkriminalität?

Indes: Kann man bei einem Verfahren wegen des Tatvorwurfs des Mordes überhaupt von einem »geeigneten Fall« im Sinne des § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO sprechen? Eine Verständigung soll nach der Konzeption des Gesetzes nur dann in Betracht kommen können.¹⁹

Doch ist Schwerstkriminalität vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich als von vornherein abspracheuntauglich eingestuft worden. Allerdings stehen diese Verfahren im besonderen Fokus der Öffentlichkeit. Es erscheint daher *prima vista* nicht leicht vorstellbar, daß in einem Prozess, der einen Sexualmord an einem Kind zum Gegenstand hat, die besondere Schwere der Schuld bei Einhaltung der Transparenzvorschriften des Gesetzes in öffentlicher Hauptverhandlung zur Verhandlungsmasse wird. Der Schaden, den die Justiz in der Öffentlichkeit nehmen mag, könnte im Einzelfall im Verhältnis zu den Vorteilen, die eine solche Absprache verspräche, unverhältnismäßig werden. Andererseits könnte durch die Einräumung eines Mordmerkmals bei ansonsten schwieriger Beweislage eine lebenslange Freiheitsstrafe, sieht man von § 212 Abs. 2 StGB ab, überhaupt erst möglich werden. Letztlich befindet sich vor allem das Schwurgericht in einer *lose-lose*-Situation.

Die Kommentarliteratur zum Verständigungsgesetz hilft den Beteiligten hier noch nicht weiter. Zu Bedenken wird gegeben,

⁷ Zu diesem Ansatz (»Konsensmaxime«) *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2631 f.) m. N. zur Diskussion. Die jüngst von *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Fn. 3), Teil B § 257 c Rn. 98 ff., vorgebrachte Kritik verharrt zwar im kraftvollen rhetorischen Gestus der Korrespondenztheorie (»Das Bemühen, mit einer dem Gesetz unterlegten Konsensmaxime dieses selbst außer Kraft zu setzen, ist ebenso ungerechtfertigt wie aussichtslos«). Sie kann aber bereits nicht mehr erklären, warum die Aufklärungspflicht einerseits zwar bei einer Verständigung »wie sonst« gelten solle, es aber trotzdem offen bleiben dürfe, »ob sich daraus im jeweiligen Fall eine konkrete Handlungspflicht des Gerichts zur Erhebung bestimmter Beweise ergibt« (beide Zitate bei *Niemöller* a. a. O., Rn. 101). Das Bemühen, auf Basis des traditionellen Wahrheitsbegriffes Unvereinbares miteinander zu vereinbaren, ist anerkennenswert, dürfte sich aber als aussichtslos erweisen. Der deshalb von *Frister* (in: SK-StPO, Stand: 57. Lfg. 5/2008, § 244 Rn. 31) vor einer Durchsetzung der Konsensmaxime geforderte »Wandel der allgemeinen Rechtsanschauungen« hat spätestens mit der geltenden gesetzlichen Regelung in § 257 c StPO stattgefunden, was *Rieß* StraFo 2010, 10 (11) jüngst zutreffend herausstreicht: »Mit den auch vom Gesetzgeber geteilten Erwartungen an den praktischen Effekt der Verständigungen und dem zu erwartenden Verlauf ist der im Gesetzeswortlauf beibehaltene Amtsaufklärungsgrundsatz für die Hauptverhandlung nicht vereinbar; er läßt sich insoweit in seinem herkömmlichen Verständnis nicht mehr vertreten«.

⁸ Siehe nur *BVerfGE* 57, 250 (275).

⁹ Der Anwendungsbereich des § 57 a StGB ist nach (nicht unstreitiger) Ansicht von *BGHSt* 44, 350 (352) nicht auf Fälle absoluter Strafandrohung beschränkt. Da die lebenslange Freiheitsstrafe aber fast nur für Mord verhängt wird, spielt die Vorschrift letztlich nur bei Verurteilungen wegen § 211 StGB eine praxisbedeutsame Rolle.

¹⁰ Allgemein zur Strafrestauesetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe vgl. *Kett-Straub* GA 2008, 332 ff.

¹¹ Zutr. *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Fn. 3), Teil B § 257 c Rn. 85.

¹² Vgl. *BT-Drucks.* 16/12310, S. 13.

¹³ Zudem insoweit einschränkend *Bittmann* wistra 2009, 414 (415).

¹⁴ *BVerfGE* 117, 71 (95 ff.).

¹⁵ *Kett-Straub* GA 2009, 586 ff.

¹⁶ Eindringlich bereits *Leipold* NJW-Spezial 2005, 39.

¹⁷ Das Vollstreckungsgericht hat eine Gesamtwürdigung vorzunehmen, in die auch nichttatrelevante Umstände einfließen. So kann eine weitere Vollstreckung trotz Schuldschwerediagnose im Einzelfall nicht mehr geboten sein, wenn der Strafgefangene eine positive Persönlichkeitsentwicklung durchlaufen hat, er schwer erkrankt oder schon sehr alt ist; vgl. *BVerfG* NSTZ 1996, 54 = StV 1995, 595; OLG Frankfurt StV 1994, 26.

¹⁸ Zum Rechtscharakter des § 57 a Abs. 1 StGB vgl. vorläufig nur *LK-StGB/Hubrach*, 12. Aufl. 2008, Vorb. § 56 Rn. 3. Genauer dazu unten IV.

¹⁹ »Wann sonst?«, fragt v. *Heitschel-Heinegg* (in: *KMR-StPO* [Fn. 2]), § 257 c Rn. 18, allerdings nicht zu unrecht. Sehr krit. auch *Murmann* ZIS 2009, 526 (534 ff.).

daß der Einschränkung auf »geeignete« Fälle nur wenig Bedeutung zukomme. Es sei »nicht recht vorstellbar«, welcher Fall ungeeignet sein könnte. Meyer-Gößner²⁰ erwähnt in diesem Zusammenhang ausdrücklich, daß selbst in Mordfällen eine Vereinbarung über die Frage angestrebt werden könne, ob ein Fall besonderer Schuldschwere vorliegt. Als »sehr zweifelhaft« stuft dagegen v. Heintschel-Heinegg²¹ diese Option ein – wenn auch ohne nähere Begründung. Generelle Bedenken gegen die Geeignetheit von Tötungsdelikten vor dem Schwurgericht für das Absprachenverfahren macht auch Eschelbach²² geltend. Er fokussiert aber auf die praktische Frage der Geständnisfähigkeit innerpsychischer Vorgänge. Es muß daher grundsätzlich nach der Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes der »Geeignetheit« in unserem Zusammenhang gefragt werden.

III. Die Feststellung der besonderen Schuldschwere nach § 57 a StGB

1. Verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Hintergrund

Mit der Vorschrift des § 57 a StGB griff der Gesetzgeber die verfassungsgerichtlichen Vorgaben auf und hat das Prinzip Hoffnung in Gesetz gegossen. In Folge der Epochenentscheidung v. 21.06.1977 wurde ihm auf den Weg gegeben, dem Grundsatz »sinn- und maßvollen Strafens« im Rahmen der lebenslangen Freiheitsstrafe Raum zu verschaffen.²³ Jedem Verurteilten – insbesondere auch den zu einer Lebenszeitstrafe – müsse die realistische Chance auf die Wiedererlangung der Freiheit bleiben. Konkret bedeutete dies, daß sich der Gesetzgeber um eine normierte Aussetzungslösung zu kümmern hatte. Faktisch war dies nicht das Ende einer lebenslangen Freiheitsstrafe im echten Sinne des Wortes; dieser Zeitpunkt kann zwar nicht genau taxiert werden, war aber schon seit langer Zeit verstrichen. Lebenslänglich war auch damals schon vergänglich, denn die Begnadigung eines Täters war zur Regel geworden. Doch jetzt wurde im Gesetz niedergeschrieben, daß eine lebenslange Freiheitsstrafe im Normalfall nicht bis zu ihrem Ende vollstreckt werden wird, sondern der Verurteilte bei Vorliegen der Voraussetzungen sogar einen durchsetzbaren Anspruch auf seine bedingte Entlassung hat.

§ 57 a StGB wartet im Vergleich zur Strafrestaussatzung einer zeitigen Strafe indes mit einer Besonderheit auf: Die Schuldschwereklausel des Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB war ein echtes, wenn auch umstrittenes Novum im Sanktionenrecht.²⁴ Sie beruht auf der simplen Erkenntnis, daß Mord nicht gleich Mord ist. Die Spannweite der Verbrechen, die § 211 StGB subsumiert werden müssen, reicht vom Beziehungsmord am unteren Ende der Skala bis zum rassistisch motivierten Massenmord am oberen Ende. Doch der unterschiedlich große Schweregrad der Schuld, die dem Täter vorgeworfen wird, kann beim Anspruch einer absoluten Rechtsfolge keine Rolle spielen. Um doch noch eine gewisse Differenzierung vornehmen zu können, wurde vom Gesetzgeber die Möglichkeit der Strafrestaussatzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe im Sinne eines Negativkatalogs daran geknüpft, daß *nicht* die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebiete. Das bedeutet einen Bruch im eigentlich rein spezialpräventiv geprägten System der Strafrestaussatzung. Eine Art Strafzumessung hat damit durch die Hintertür auch bei der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe Einzug gehalten. Diese Feststellung der Schuldschwere übernimmt seit 1992 in Folge der nach wie vor heftig kritisierten Schwurgerichtslösung des BVerfG das Tatgericht schon im Tenor.²⁵ Bis zu dieser Entscheidung war dies Aufgabe der Vollstreckungsgerichte gewesen. Die neue Arbeitsaufteilung erfolgte im Wege einer (angeblich) verfassungskonformen Auslegung der §§ 454, 462 a StPO und § 74 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GVG mit der Begründung, daß das Schwurgericht der kompetentere Ansprechpartner in Sachen Schuld sei.

2. Die Kontraindikation: Materielle Nähe des § 57 a StGB zur Mordqualifikation

Die Kategorisierung eines Mörders hat inzwischen dazu geführt, daß in den Medien nur dann von einem »echten« Lebenslang gesprochen wird, wenn im Tenor die besondere Schwere der Schuld ausgesprochen worden war. Die Mordverurteilung »ohne Rucksack« gilt im grimmig-zynischen Jargon erfahrener Beteiligten durchaus als »Lebenslang zweiter Klasse«. Die Schuldschwerfeststellung wird in der Konsequenz auch in differenzierten Stellungnahmen bereits in die Nähe einer Qualifikation des § 211 StGB gerückt.²⁶ Lüderssen²⁷ geht ausdrücklich davon aus, daß es praktisch »zwei Mordtatbestände« gibt und spricht in Anlehnung an das angloamerikanische Recht vom *first degree murder*, wenn die besondere Schwere der Schuld festgestellt wurde. Daß der Schuldspruch – wie gezeigt – keiner Verständigung zugänglich ist, bedeutet aber für die qualifizierenden Merkmale, daß diese ebenfalls nicht im Rahmen einer Absprache »wegverhandelt« werden können.²⁸ Die *materielle* Qualifikationsnähe der Feststellung einer besonderen Schwere der Schuld könnte daher die Möglichkeit einer Verständigung über diesen Punkt obsolet werden lassen.

3. Die schwankende begriffliche Grundlage des § 57 a StGB

Die »Besonderheit« der Schuldschwere impliziert, daß die Annahme einer solchen Schuld als Ausnahme von der Regel zu verstehen ist. Soweit besteht Einigkeit,²⁹ das eigentliche Minenfeld beginnt erst bei der genaueren Begriffsklärung. Hier besteht im erheblichen Maße Bedarf nach einer Strukturierung. Der Streit um die Schuldschwereklausel ist dabei zwischenzeitlich oft zum Surrogat der ursprünglichen Diskussion um die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe geworden.³⁰ Auf diesem Feld werden die alten Argumente wieder ins Rennen geschickt.

Feste Kriterien zur Bestimmung einer besonderen Schuldschwere sind dem Rechtsanwender vom Gesetzgeber nicht an die Hand gegeben worden. Einig ist man sich lediglich darin, daß mit der Schuld i. S. d. § 57 a StGB die *Strafzumessungsschuld* entsprechend § 46 Abs. 1 S. 1 StGB gemeint ist.³¹ Die Hauptschwierigkeit der Schuldschwerediagnose liegt jedoch darin, die richtige Bezugsgröße zu finden; es fehlt der Anknüpfungspunkt. »Besonders schwer in Relation wozu?«, lautet demnach die richtige Frage.³² Der *Große Senat* des BGH meinte dagegen, gänzlich ohne einen Maßstab auskommen zu können. Für die Feststellung der besonderen Schuldschwere sind ihm zufolge allein »Umstände von Gewicht« zu verlangen.³³ Der Tatrichter habe seine Entscheidung auf Grund einer Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit zu treffen.

20 Meyer-Gößner (Fn. 5), § 257 c Rn. 6.

21 KMR-StPO/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 257 c Rn. 20.

22 BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 5), § 257 c Rn. 7.1.

23 BVerfGE 45, 187 (259 f.).

24 Für eine ersatzlose Streichung der Schuldschwereklausel setzt sich insbesondere mit beachtlichen Argumenten der *Alternativ-Entwurf Leben* ein. Die Erfahrungen der letzten 25 Jahre hätten gezeigt, »daß die Schuldschwereklausel in der Praxis eine Handhabung des § 57 a StGB begünstigt, die mit den Grundgedanken einer liberal-rechtsstaatlichen Strafrechtsanwendung nicht harmonisiert«, vgl. *AE-Leben* GA 2008, 193 (255).

25 Siehe nochmals (vgl. oben vor Fn. 9) BVerfGE 86, 288 = StV 1992, 470. Zur Kritik statt vieler Lackner/Kühl-StGB, 26. Aufl. 2007, § 57 a Rn. 2, wonach das BVerfG seine Kompetenz zur Normenkontrolle überschritten und Gesetzgebung für sich in Anspruch genommen habe.

26 Hoffmann-Holland StraFo 2006, 275.

27 StV 2006, 61.

28 Jahn/Müller NJW 2009, 2625 (2628); Meyer-Gößner (Fn. 5), § 257 c Rn. 4; Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 3), Teil B § 257 c Rn. 81.

29 Siehe nur BGH StV 2005, 329.

30 Weber MSchrKrim 73 (1990), 65.

31 Vgl. BGHSt (GrS) 40, 360 = StV 1995, 20; BVerfGE 86, 288 (313) = StV 1992, 470; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl. 2008, Rn. 845; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 247 m. w. N.

32 Streng JZ 1995, 556.

33 BGHSt (GrS) 40, 360 = StV 1995, 20.

Solche Umstände können beispielsweise eine besondere Verwerflichkeit der Tatausführung oder der Motive, mehrere Opfer bei einer Tat, die Begehung mehrerer Mordtaten oder die Begehung weiterer schwerer Straftaten sein.³⁴

Der völlige Verzicht auf eine Bezugsgröße vermag sicher nicht zu überzeugen. Der Streit muß hier indes nur kurz skizziert und nicht zu Ende geführt werden. Vielmehr war herauszuarbeiten, daß die Schuldschwerediagnose substantiell keine rein vollstreckungsrechtliche, sondern eine materiell-rechtliche Regelung darstellt.³⁵ Der allgemeine Schuldgrundsatz wurde in das Vollstreckungsrecht hinein »verlängert«.³⁶

IV. Geständnis gegen Schuldschwereverneinung?

1. Zur Systematik des Vierten Titels: Die Parallele zu § 56 StGB

Trotz der unter III. dargestellten Gegenargumente und begrifflichen Unsicherheiten könnte in einem ersten Zugriff der systematische Kontext des § 57 a StGB den Weg zu einer gangbaren Lösung eröffnen. Dem Institut der Strafrestauesetzung und dem der Strafaussetzung zur Bewährung liegen die gleichen kriminalpolitischen Erwägungen zugrunde: Es soll von verschiedenen Ansatzpunkten aus den negativen Folgeerscheinungen des Strafvollzugs entgegengewirkt werden. Dennoch hilft es für die hier angestellten Überlegungen nicht unmittelbar weiter, daß nunmehr die Strafaussetzung zur Bewährung gem. §§ 56 ff. StGB selbst verhandelbar sein soll und nicht nur mit ihr verknüpfte Auflagen *Meyer-Gößner*³⁷ folgert dies aus dem Umkehrschluß zu § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO, der abschließend aufzählt, was *nicht* Gegenstand einer Verständigung sein darf. Demnach könnten sich das Gericht, die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte sogar einigen, die Strafe zur Bewährung auszusetzen, obwohl die Voraussetzung des § 56 StGB nicht vorliegen. Doch die *Strafrestauesetzung* bleibt trotz Schwurgerichtslösung ureigene Aufgabe der Vollstreckungsgerichte, die viele Jahre nach dem Taturteil unter Berücksichtigung der Entwicklung des Verurteilten im Strafvollzug die Legalbewährungsprognose (mit Hilfe der Einschaltung des Psychogutachters) vornehmen. In diese Kompetenz kann nicht durch eine Verständigung schon in der Hauptverhandlung eingegriffen werden; dies wäre ein unzulässiger »Vertrag zu Lasten Dritter«³⁸. Immerhin läßt sich aber aus der systematischen Einordnung des § 57 a StGB im Titel »Strafaussetzung zur Bewährung« und der strukturellen Anbindung an § 57 StGB ein gewisses Indiz für den normativen »Abstand« der Schuldschwerfeststellung zur eigentlichen Schuldfrage und ihrer Nähe zu vollstreckungs- und zumessungsrechtlichen Belangen gewinnen.

2. Inhaltlicher Kern des § 57 a StGB: Verlagerte Strafzumessungsentscheidung

Die Feststellung der besonderen Schuldschwere wird von *Streng*³⁹ als »aufgepfropfte sekundäre Strafzumessungsentscheidung« charakterisiert. Unter diesem Aspekt hätte man es sogar mit einer klassischen Absprachenmaterie zu tun. Doch unter Schuld im Sinne des § 57 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB kann nicht die quantitative Maßeinheit für die Strafhöhe gem. § 46 StGB verstanden werden.⁴⁰ Vielmehr geht es um die Beurteilung der sehr spezifischen Frage, ob die Vollstreckung der Strafe schon nach 15 Jahren ausgesetzt werden kann. Das ein Mordmerkmal betreffende Geständnis des Angeklagten hätte für die Absprache nicht die Festlegung einer Strafunter- oder Strafobergrenze zur Folge, sondern würde die Schuldschwere gänzlich kippen lassen. Die *faktische* strafmildernde Wirkung des Geständnisses wäre demzufolge immens groß, selbst wenn man berücksichtigt, daß den Angeklagten ohne ein solches »nur« eine hohe zeitige Freiheitsstrafe gemäß dem Strafraumen des § 212 Abs. 1 StGB erwarten würde.⁴¹

Nicht in die Waagschale gegen die Möglichkeit einer Absprache kann dagegen geworfen werden, daß das Nachtatverhalten für die Schuldschwerediagnose völlig ohne Belang sei.⁴² Demnach könnte gefragt werden, warum ein Geständnis die besonders schwere Schuld einer Mordtat im Nachhinein negieren soll. Doch es gilt die Strafzumessungsschuld, die § 57 a StGB im Kern bedeutet, auch in Einklang mit § 46 Abs. 2 StGB zu bringen. § 46 StGB gibt es nur als »Gesamtpaket«; unstrittig ist schließlich auch, daß das Doppelverwertungsverbot nach Absatz 3 volle Geltung bei der Beurteilung der besonderen Schuldschwere entfaltet.⁴³ Der Schuldbegriff darf nicht rein tatbezogen verstanden werden, sondern es *können* durchaus Umstände des Vor- und Nachtatverhaltens relevant werden, die eine andere Bewertung erlauben.⁴⁴ Dies hat nichts mit einer Lebensführungsschuld zu tun. Es geht allein um die Herstellung eines lebensnahen Gesamtbildes von Tat und Täter.⁴⁵ Mit einem nur auf die unmittelbare Tat fixierten, puristischen Schuldbegriff kann dies nicht geleistet werden.

3. Zwischenergebnis

Dieses Zwischenergebnis ist für die Zulässigkeit einer Verfahrensabsprache insofern von Bedeutung, weil sich schon im »normalen« Prozeßverlauf ein Geständnis auf die besondere Schwere der Schuld auswirken kann. Warum dann nicht auch im Rahmen einer Verständigung, entsprechend der »Soll«-Regelung in § 257 c Abs. 2 S. 2 StPO? So erscheint uns, ausgehend von der eigentlich vollstreckungsrechtlichen Natur einer Schuldschwerfeststellung, aber auch mit Rücksicht auf deren Nähe zu einer Strafzumessungsentscheidung, das Ergebnis vertretbar, daß auch ein Verfahren wegen des Vorwurfs des Mordes ein »geeigneter Fall« i. S. d. § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO sein kann und eine diesbezügliche Verfahrensabsprache nach § 257 c Abs. 2 StPO rechtlich zulässig ist.

V. Zum verständigungshemmenden Einfluß der Nebenklage

In Mordprozessen wird überdurchschnittlich oft vom Instrument der Nebenklage Gebrauch gemacht. Ob sich die Tatsache, daß ein Nebenkläger an einem Verfahren beteiligt ist, auf das Zustandekommen einer Verständigung auswirkt, ist fraglich;

34 BGHSt (GrS) 40, 360 (370) = StV 1995, 20; BGHSt 39, 208 = StV 1993, 344; BGH NSTZ 1994, 540 (541).

35 *Eisenberg* JZ 1983, 509 (510); *Duttge* FS Eisenberg, 2009, S. 271.

36 Siehe BVerfGE 86, 288 (313) = StV 1992, 470; *Duttge* FS Eisenberg (Fn. 35), S. 271 (275).

37 *Meyer-Gößner* (Fn. 5), § 257 c Rn. 12; a. A. *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Fn. 3), Teil B § 257 c Rn. 57.

38 *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2628).

39 *Streng* JZ 1995, 556 (557).

40 MK-StGB/*Groß*, 2005, § 57 a Rn. 17.

41 So könnte man im Fall des RAF-Terroristen Christian Klar eine theoretische Absprache »durchspielen«: Bei seinen Taten stand zwar nie die Erfüllung von Mordmerkmalen in Zweifel, doch eine Verständigung der Beteiligten hätte dahingehend erfolgen können, daß Klar die genauen Umstände seiner Taten preisgegeben hätte. Schließlich belastet die Unklarheit darüber die Angehörigen der Opfer nach wie vor sehr. Im Gegenzug wäre die besondere Schwere seiner Schuld nicht festgestellt worden. Bei positiver Legalbewährungsprognose und erfolgter Einwilligung wäre demnach einer bedingten Entlassung nach der Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren nichts im Wege gestanden. Tatsächlich gebot die Schuldschwere nach Auffassung des Senats aber eine Vollstreckung der Strafe bis zur Verbüßung von 26 Jahren; vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 13. 02. 1998, 2 StE 5/91 (n.v.).

42 Von einer reinen Tatzeitschuld, bei der spätere Entwicklungen oder Erkenntnisse unberücksichtigt zu bleiben haben, gehen dagegen aus MK-StGB/*Groß* (Fn. 40), § 57 a Rn. 17; *Duttge* FS Eisenberg (Fn. 35), S. 271 (283); *Lüderssen* FS Schüler-Springorum, 1993, S. 629 (631): die »falsche Flagge der Gesamtwürdigung« führe zu einer Lebensführungsschuld. A. A. BGH NSTZ 2006, 505 f. (Verfahrensdauer von 17 Jahre beeinflusste die Schuldschwere); BGH, Urt. v. 02. 04. 2008 (2 StR 621/07), BeckRS 2008, 07343 (Ablehnung der Feststellung der besonderen Schuldschwere 21 Jahre nach der Tat); *Revel*, Anwendungsprobleme der Schuldschwerereklause des § 57 a StGB, 1989, S. 45 f.

43 NK-StGB/*Dünkel*, 3. Aufl. 2010, § 57 a Rn. 12.

44 BGHSt (GrS) 40, 360 (370) = StV 1995, 20; Gesamtwürdigung; LK-StGB/*Hubrach* (Fn. 18), § 57 a Rn. 15; *Fischer-StGB*, 57. Aufl. 2010, § 57 a Rn. 11 a.

45 *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (Fn. 31), Rn. 425 m. w. N.

entsprechende Untersuchungen hierzu fehlen (noch).⁴⁶ Ein psychologisches Hemmnis bereitet eine Nebenklage sicherlich. Der Nebenkläger wird versuchen, auf die Meinungsbildung der Beteiligten einzuwirken, denn er hat das Recht, im Verständigungsverfahren Stellung zu nehmen.⁴⁷ Die einmal getroffene Absprache kann aber nicht an seinem Veto scheitern. Dem Nebenkläger wurde vom Gesetzgeber bewußt nur ein Mitsprache-, aber kein Mitentscheidungsrecht eingeräumt.⁴⁸ Man befürchtete (ganz zu Recht), daß der Nebenkläger eine Absprache regelmäßig blockieren würde. Seine Vorstellung über einen optimalen Prozeßverlauf zielt regelmäßig auf eine möglichst hohe Strafe ab; er wird daher auch auf der Feststellung der besonderen Schuldschwere beharren. Dieses Ziel wird regelmäßig konträr zu den Zwecken einer Verfahrensverständigung liegen.⁴⁹ Jedoch ist der Nebenkläger gem. § 400 Abs. 1 StPO nicht berechtigt, den Strafausspruch eines Urteils anzufechten. Sachgerecht ist es demnach, seine Befugnisse nicht über den Umweg einer inhaltlichen Einflußnahme auf die Verständigung zu erweitern, die zumeist ebenfalls auf die Rechtsfolgen abzielt.⁵⁰

VI. Ergebnis

Eine Vereinbarung, die besondere Schwere der Schuld nach § 57 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB nicht im Tenor festzustellen, ist – trotz gewisser Bedenken – nach § 257 c Abs. 1 S. 1 und Abs. 2

StPO zulässig. Das ist, dies sei zugestanden, ein etwas halbherziges Fazit. Ein emphatisches Bekenntnis zu einer Rechtsmeinung sieht sicher anders aus. Die Verständigung über die besondere Schuldschwere wird aber ein Grenzfall der Absprachen im Strafverfahren bleiben. Deshalb sollte von der Möglichkeit nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden; dies wird die Verteidigung schon bei ersten Sondierungsgesprächen zu bedenken haben. Aspekte der Beschleunigung des schwurgerichtlichen Verfahrens allein vermögen eine derartige Verständigung jedenfalls nicht zu legitimieren.

⁴⁶ Ein strafsärfender Effekt der Nebenklagebeteiligung ist dagegen erwiesen; vgl. *Streng* FS Schwind, 2006, S. 447 (462) (dem ausgewerteten Datenmaterial lagen allerdings Delikte gegen die Person, nicht Tötungsdelikte zugrunde); *Barton/Flotho* Opferanwälte im Strafverfahren (angekündigt für 2010).

⁴⁷ *Meyer-Goßner* (Fn. 5), § 257 c Rn. 24.

⁴⁸ Siehe bereits *Jahn/Müller* JA 2006, 681 (686).

⁴⁹ *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2630); *Meyer-Goßner* (Fn. 5), § 257 c Rn. 24.

⁵⁰ So auch *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Fn. 3), Teil B § 257 c Rn. 20.