

Prof. Dr. Martin Heger und Robert Pest

# Verständigungen im Strafverfahren nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts

DOI 10.515/zstw-2014-0019

## I. Einleitung

Spätestens seit Ende der 70er Jahre erfolgte eine von Gerichten, Staatsanwaltschaften und Verteidigern praktizierte Verfahrenserledigung außerhalb der strengen schützenden Formen des Strafverfahrens<sup>1</sup>. Zu Beginn der 80er Jahre rückten diese Verfahrenserledigungen in das Licht der (Strafrechts-) Öffentlichkeit<sup>2</sup>. Im Laufe der Zeit erfolgte eine weite Verbreitung der Absprachenpraxis<sup>3</sup>. Eine gesetzliche Regelung zu dieser Art der Verfahrenserledigung gab es seiner Zeit nicht – sie erfolgte *praeter*<sup>4</sup> beziehungsweise *contra legem*<sup>5</sup>. Allerdings kam es mit der Zeit zu einer rechtlichen Einhegung der praktizierten Verständigungen, indem die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>6</sup> gewisse Rahmenbedingen herausgearbeitet hatte. Der Große Senat für Strafsachen appellierte jedoch gleichzeitig an den Gesetzgeber, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen

---

1 Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, Einleitung, S. 5 sowie Teil A Rdn. 3; Moldenhauer/Wenske, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 257c Rdn. 1; Murmann, ZIS 2009, 526; Landau, NStZ 2014, 425.

2 Deal (Weider), StV 1982, 545; Schmidt-Hieber, NJW 1982, 1017; ders., StV 1986, 355; Widmaier, StV 1986, 357.

3 Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil A Rdn. 1; Fischer, StraFo 2009, 177, 178; Hettinger, JZ 2011, 292; Schmidt-Hieber, NStZ 1988, 302; Harms, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 162.

4 Fezer, NStZ 2010, 177; Heger, Strafprozessrecht, 2013, Rdn. 232f.; krit. Fischer, NStZ 2007, 433 Fn. 6: „purer Euphemismus“.

5 Stuckenberg, in: Löwe/Rosenberg, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c Rdn. 1; Eschelbach, in: KMR-StPO, 41. Lfg. 2006, Vor § 213 Rdn. 78, 80; Velten, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 257c Rdn. 1; Schünemann, ZRP 2009, 104; ders., ZRP 2006, 63; ders., NJW 1989, 1895, 1896.

6 BVerfG NJW 1987, 2662 = NStZ 1987, 419 m. Anm. Gallandi; BGHSt. 43, 195; 50, 40.

---

**Martin Heger:** Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin

**Robert Pest:** Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Heger an der Humboldt-Universität zu Berlin

von Urteilsabsprachen zu regeln<sup>7</sup>. Mit dem Gesetz zur Verständigung<sup>8</sup> im Strafverfahren traten im Jahr 2009 Regelungen in Kraft, die die bislang richterrechtlich geprägte Absprachenpraxis erstmals gesetzlich regelte und damit eine der größten Veränderungen der Strafprozessordnung seit 1877 darstellt<sup>9</sup>. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist § 257 c StPO, die zentrale Vorschrift des Verständigungsgesetzes<sup>10</sup>, (noch) verfassungskonform<sup>11</sup>. Aufgrund des defizitären Vollzugs des Verständigungsgesetzes und um festzustellen, inwieweit die Schutzmechanismen des Verständigungsgesetzes ausreichen, um das bestehende Vollzugsdefizit zu beseitigen, treffen den Gesetzgeber jedoch eine Beobachtungspflicht und die Verpflichtung, der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken<sup>12</sup>.

Die Verständigungen waren schon vor der gesetzgeberischen Verankerung in der StPO und selbst nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2013 deutlicher Kritik ausgesetzt<sup>13</sup>. So wird immer noch gefordert, die Urteilsabsprachen mit einem gesetzlichen Verbot zu unterbinden<sup>14</sup>. Trotz der mitunter überzeugenden Kritik<sup>15</sup>, verfolgt der Beitrag nicht das Ziel, diese zusammenzufassen und im Einklang mit einer stark vertretenen Ansicht für eine Abschaffung der Verständigungen einzutreten<sup>16</sup>. Vielmehr soll der in den §§ 160b, 202a, 212, 257b, 257 c StPO verankerte gesetzgeberische Wille respektiert<sup>17</sup> und – insbesondere anhand der

---

7 BGHSt. 50, 40, 64.

8 Krit. zu der Bezeichnung „Verständigung“, *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2011, Rdn. 205.

9 *Ignor*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 2014, § 257 c Rdn. 1; *Fezer*, NSTZ 2010, 177, 182.

10 BT-Drs. 16/12310 S. 8, 13; *Temming*, in: *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl. 2012, § 257 c Rdn. 1; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *KMR-StPO*, 56. Lfg. 2009, § 257 c Rdn. 12.

11 BVerfG, Urteil vom 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, NJW 2013, 1058, 1061.

12 BVerfG NJW 2013, 1058, 1070; ausführlich zu den Folgen für den Gesetzgeber *Kudlich*, ZRP 2013, 162; krit. *Niemöller*, StV 2013, 420, 423: „Kein Gesetz wird dadurch verfassungswidrig, dass es nicht oder nur unzulänglich befolgt wird“; *Weigend*, StV 2013, 424, 426.

13 *Fischer*, StraFo 2009, 177, 178 ff.; *Kempf*, Stellungnahme zu BT-Drs. 16/11736, S. 1 ff.; *Kempf*, StV 2009, 269 ff.; *Harms*, Festschrift für *Nehm*, 2006, S. 289 ff.; *Harms*, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 13 ff.

14 *Haller*, DRiZ 2006, 277; krit. zu einem Verbot der Absprachenpraxis *Weigend*, Festschrift für *Maiwald*, 2010, S. 829.

15 *Kempf*, StV 2009, 269, 276; *Schünemann*, ZRP 2009, 104 ff.; *Harms*, Festschrift für *Nehm*, 289 ff.; *Harms*, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 13 ff.; *Schlage*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 81: „Teufelszeug“; *Nehm*, StV 2007, 549; *Fischer*, StraFo 2009, 177, 178 ff.

16 Siehe aber *Schlage*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 82: „Rad zurückzudrehen“; *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 219.

17 Siehe auch *Rosenau*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 73, wenn er gegen *Harms* als „Absprachenkritikerin“ anführt: „Die Absprachen sind jetzt da, wo sie hingehören. Sie stehen in der StPO. Die

aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>18</sup> – herausgearbeitet werden, welche rechtlichen Rahmenbedingungen, die Verständigung inzwischen prägen. Der Gesetzgeber bezweckte nämlich mit der gesetzlichen Verankerung der Verständigung, Vorgaben zu schaffen, die der Rechtssicherheit und der gleichmäßigen Rechtsanwendung dienen<sup>19</sup>. Diesem gesetzgeberischen Anliegen fühlt sich der vorliegende Beitrag verpflichtet – zumal der Koalitionsvertrag eine Änderung der Rechtslage durch den parlamentarischen Gesetzgeber nicht vermuten lässt<sup>20</sup> und davon ausgegangen werden muss, dass § 257c StPO als verfassungskonformes Recht fortbesteht und in der Praxis daher auch angewandt werden kann.

Dazu werden zunächst die grundlegenden Aussagen der Verfassungsgerichtsentscheidung und ergänzend aktuelle höchstrichterliche Judikate dargestellt und in den bisherigen Streitstand eingeordnet (II.). Daran anknüpfend soll skizziert werden, wie die Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen in der Praxis des Strafverfahrens abgesichert werden kann (III.). Abschließend erfolgt eine Bewertung des aktuellen Zustands der Verständigung im Strafverfahren (IV.).

## II. Grundlegende Aussagen der höchstrichterlichen Rechtsprechung

### 1. Kein konsensuales Verfahrensmodell

Lange Zeit war im Zusammenhang mit den Verständigungen umstritten, inwieweit diesen ein Konsensprinzip zugrunde liegt<sup>21</sup> – das mit dem Grundsatz der Amtsaufklärung in Widerstreit treten kann<sup>22</sup> – und ob es geeignet ist, die Abspracheverfahren zu legitimieren<sup>23</sup>. Der Gesetzgeber hatte sich ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zum Verständigungsgesetz gegen die Einführung eines Kon-

---

Schlachten sind geschlagen, Sie haben verloren“. Siehe aber auch *Duttge*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 86f., der darauf hinweist, dass „auch nach Inkrafttreten des ‚Verständigungsgesetzes‘ über die Problematik der verfahrensbeendenden Absprachen weiterhin kritisch diskutiert werden darf und muss“.

**18** Siehe auch den Rechtsprechungsüberblick von *Schneider*, NStZ 2014, 192 sowie 252.

**19** BT-Drs. 16/12310 S. 1; *Ignor*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257c Rdn. 11.

**20** Siehe *Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode*.

**21** *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2631; *Strafrechtsausschuss BRAK*, ZRP 2005, 235, 236; *Eckpunkte der Generalstaatsanwälte nach Jahn*, ZStW 118 (2006), S. 427, 433.

**22** *Fischer*, StraFo 2009, 177, 181.

**23** *Fezer*, NStZ 2010, 177, 183.

sensprinzips ausgesprochen<sup>24</sup>. Dieser Auffassung ist auch das Bundesverfassungsgericht beigetreten. Das Verständigungsgesetz statuiert mithin kein neues, konsensuales Verfahrensmodell<sup>25</sup>. Es integriert die Verständigung in das geltende Strafprozessrechtssystem mit dem Ziel, weiterhin ein der Erforschung der materiellen Wahrheit und der Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe verpflichtetes Strafverfahren sicherzustellen<sup>26</sup>.

§ 153a StPO, der auch als „Einstiegsdroge für die Urteilsabsprachen“ bezeichnet wird, gilt allerdings weiterhin fort. Gespräche zur wechselseitigen Auslotung der Bereitschaft zur Opportunitätsentscheidung können in gegenseitige Information über die Sanktionserwartung im Falle eines Schuldspruchs übergehen; dann gelangt man auf eine Kommunikationsebene, die zur Urteilsabsprache führen kann<sup>27</sup>. Möglicherweise ist dem § 153a StPO – der zwar dem Opportunitätsprinzip zugerechnet wird – deshalb auch ein gewisses konsensuales Element immanent<sup>28</sup>. Durch die Einengung des Anwendungsbereichs des § 257c StPO werden allerdings gleichzeitig kontraproduktive Anreize geschaffen, den Anwendungsbereich von Strafbefehl<sup>29</sup> und § 153a StPO noch weiter auszudehnen, als es derzeit ohnehin geschieht. Das Bundesverfassungsgericht äußert sich in diesem Zusammenhang zum Problem der abgesprochenen Strafbefehle und § 153a-Einstellungen mit teilgeständiger Einlassung nicht<sup>30</sup>.

Andererseits steht das Grundgesetz unverbindlichen Erörterungen der Beurteilung der Sach- und Rechtslage zwischen dem Gericht und den Verfahrensbetei-

**24** BT-Drs. 16/12310 S. 8; *Ignor*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257c Rdn. 23; zustimmend *Murmann*, ZIS 2009, 526, 531.

**25** BVerfG NJW 2013, 1058, 1062.

**26** BVerfG NJW 2013, 1058, 1062; *Leitmeier*, HRRS 2013, 362; krit. *Fezer*, HRRS 2013, 117, 118, 119: „Die Lösung der Problematik darf nicht innerhalb des Amtsaufklärungsgrundsatzes erfolgen. Entweder bleibt das Verständigungselement als besonderes Element ein Fremdkörper im Strafverfahren oder es muss sich dem Gehalt des § 244 Abs. 2 StPO unterwerfen, also seinen Charakter eines eigenständigen konsensualen Elements verlieren“.

**27** *Hamm*, StV 2013, 652, 653.

**28** So *Wagner*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 111; *Böttcher*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 152; *Hassemer*, Festschrift für Hamm, 2008, S. 171, 178: „unmittelbare Nähe von Konsensen“; *Hettinger*, JZ 2011, 292, 293, 295, weist auf die Verwandtschaft von Einstellung nach § 153a StPO und der Verständigung hin; *Meyer-Goßner*, StV 2013 Editorial Heft 7, § 153a StPO als Form der Absprache; *Weigend*, JZ 1990, 774; *Schöch*, in: Alternativkommentar StPO, Band 2/1, 1992, § 153a Rdn. 71: „§ 153a als Operationsfeld für Absprachen im Strafverfahren“; zumindest wird an § 153a StPO ähnliche Kritik geübt, wie an der Verständigung (vgl. *Schöch*, a. a. O., § 153a Rdn. 4).

**29** Auch das Strafbefehlsverfahren sei ein Beispiel für das Vorhandensein konsensualer Elemente im Strafverfahren, *Hassemer*, Festschrift für Hamm, 2008, S. 171, 178.

**30** *Meyer*, NJW 2013, 1850, 1852f.; vgl. zur großzügigen Anwendung der Opportunitätsvorschriften im Zusammenhang mit Verständigungen *Neumann*, NJ 2013, 240, 242.

ligten nicht entgegen. Eine offene, kommunikative Verhandlungsführung kann der Verfahrensförderung dienlich sein und ist daher heute selbstverständliche Anforderung an eine sachgerechte Prozessleitung<sup>31</sup>.

*Bittmann* sieht in diesen Ausführungen die Chance für eine kommunikative Gestaltung des Normalverfahrens als „dritte Spur“ der Verfahrensführung<sup>32</sup>. Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass es eine wirklich „unverbindliche“ Konversation im Strafprozess nicht gebe, da ein offenes Wort des Gerichts Vertrauen schaffe. Kommunikative Verhandlungsführung ergebe nur dort Sinn, wo sich die Beteiligten auf ihre Verbindlichkeit jedenfalls vorläufig verlassen können<sup>33</sup>. Letztendlich räumt auch *Bittmann* ein, dass zwischen zulässiger bloß kommunikativer Verfahrensgestaltung und unzulässiger Umgehung des Verständigungsgesetzes ein schmaler Grat ist<sup>34</sup>.

In der Sache wird man dem Bundesverfassungsgericht zustimmen müssen, dass das Konsensprinzip<sup>35</sup> keinen Eingang in die Strafprozessordnung gefunden hat. Gerade das im Strafverfahren bestehende Machtgefälle zwischen Staat und Angeklagtem ist auch zu groß, um von einem inhaltlich ausgefüllten Konsens im Rahmen der Verständigung auszugehen. Die erzielten Übereinkünfte deuten zwar auf eine formale Übereinkunft der Beteiligten hin, gehen jedoch über einen formalen Verurteilungskonsens nicht hinaus<sup>36</sup>, was die unter Anwendung der Sanktionsschere zustande kommenden Absprachen eindrucksvoll belegen<sup>37</sup>.

## 2. Verständigungen und Grundgesetz

Das Grundgesetz schließt Verständigungen im Strafprozess nicht schlechthin aus. Es müssen aber ausreichende Vorkehrungen getroffen werden, um die Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu wahren<sup>38</sup>. Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfah-

31 BVerfG NJW 2013, 1058, 1068; vgl. dazu *Leitner*, DRiZ 2013, 162.

32 *Bittmann*, NJW 2013, 3017, 3019.

33 *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, 322.

34 *Bittmann*, NJW 2013, 3017, 3019.

35 Vertiefend zum Konsens im Strafverfahren, *Hassemer*, Festschrift für Hamm, S. 171.

36 So *Trüg*, ZStW 120 (2008), S. 331, 366, in Bezug auf die durch das plea bargaining erzielte Übereinstimmung der Parteien.

37 Siehe nur den vom BVerfG NJW 2013, 1058, 1071, beanstandeten Fall des LG Berlin, in dem der BGH (5 StR 287/11) keine Drohung mit einer willkürlich bemessenen Sanktionsschere sah; sowie BGH NStZ 2008, 170.

38 BVerfG NJW 2013, 1058, 1067.

rens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung in der Hauptverhandlung, die letztendlich mit einem Urteil zur Schuldfrage abschließen soll, zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen. Dem Gericht muss es untersagt bleiben, im Wege vertragsähnlicher Vereinbarungen mit den Verfahrensbeteiligten über die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit zu verfügen und sich von dem Gebot schuldangemessenen Strafens zu lösen. Es ist Gericht und Staatsanwaltschaft untersagt, sich auf einen „*Vergleich*“ im Gewande des Urteils, auf einen „*Handel mit der Gerechtigkeit*“ einzulassen<sup>39</sup> und damit dem Angeklagten einen bestimmten Schuldspruch oder auch nur eine konkrete Strafe zu vereinbaren. Der Rechtsanwendungspraxis ist es untersagt, das vom Gesetzgeber normierte Strafverfahren in einer Weise zu gestalten, die auf solche *vertragsähnliche Erledigungsformen* hinausläuft<sup>40</sup>.

Verständigungen über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung, die dem Angeklagten für den Fall des Geständnisses eine Strafobergrenze zusagen und eine Strafuntergrenze ankündigen, tragen allerdings das Risiko in sich, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden<sup>41</sup>. Ebenso geht mit der Möglichkeit der Verfahrensverkürzung durch eine Verständigung die Gefahr einer Motivationsverschiebung bei dem erkennenden Gericht einher. Zugleich besteht die Möglichkeit eines Interessengleichlaufs von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten<sup>42</sup>. Deshalb hat der Gesetzgeber die Wirksamkeit der im Verständigungsgesetz vorgesehenen Schutzmechanismen fortwährend zu überprüfen. Ergibt sich, dass sie unvollständig oder ungeeignet sind, hat er insoweit nachzubessern und erforderlichenfalls seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren<sup>43</sup>.

Dagegen wird eingewandt, es könne eine verfassungskonforme und dennoch praktisch sinnhafte Form der Verständigung nicht geben<sup>44</sup>. Auch seien die Schutzmechanismen schwerlich geeignet, ein der Verständigung innewohnendes Risiko für die Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu mindern<sup>45</sup>. Andere interpretieren das Urteil dahingehend, das Bundesverfassungsgericht

---

39 So schon BVerfG NJW 1987, 2662, 2663.

40 BVerfG NJW 2013, 1058, 1068.

41 BVerfG NJW 2013, 1058, 1068.

42 BVerfG NJW 2013, 1058, 1069; vgl. dazu *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 214: „Korruptionsphänomen“.

43 BVerfG NJW 2013, 1058, 1068; siehe auch *Landau*, NSTz 2014, 425, 428f.

44 *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 219; vgl. auch *Fezer*, HRRS 2013, 117, 118.

45 *Niemöller*, StV 2013, 420, 423.

habe zu erkennen gegeben, dass der Strafprozess nicht mehr an „Deal“ verträge als § 257 c StPO erlaubt<sup>46</sup>.

### 3. Verbot „informeller“ Absprachen

Schon kurz nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes wiesen *Niemöller*, *Schlothauer* und *Weider* in ihrem Standardwerk zu den Verständigungen darauf hin, dass die größte Bedeutung des Verständigungsgesetzes darin liege, eine scharfe Scheidelinie zwischen legalem und illegalem Verständigungsverhalten zu ziehen und es gerade keine „Grauzone“ mehr gebe, in der die Verfahrensbeteiligten nach eigenem Belieben verfahren könnten<sup>47</sup>. In der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts knüpft das Gericht an dieses Verständnis an. Aus § 257 c Abs. 1 Satz 1 StPO folgt demnach, dass Verständigungen nur „nach Maßgabe der folgenden Absätze“ zulässig und jegliche „informellen“ Absprachen, Vereinbarungen und „Gentlemen’s Agreements“ untersagt sind<sup>48</sup>. Das Verständigungsgesetz regelt die Zulässigkeit einer Verständigung im Strafverfahren abschließend<sup>49</sup>. Dies folgt einerseits aus dem Regelungskonzept des Gesetzgebers<sup>50</sup>. Andererseits aus dem Umstand, dass intransparente, unkontrollierte „Deals“ wegen der mit ihnen verbundenen Gefährdung des Schuldprinzips, der darin verankerten Wahrheitserforschungspflicht und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens bereits von Verfassungen wegen untersagt sind<sup>51</sup>. Teilweise wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass Erörterungen nach § 257 b StPO von Vorläufigkeit geprägt seien, es aber auf diesem Weg nicht zu verdeckten informellen Absprachen kommen dürfe<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 324.

<sup>47</sup> Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Einleitung, S. 6.

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1064, 1062, 1069; so zuvor schon Harms, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 23; vgl. dazu auch Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 671 f.; Mosbacher, NZWiSt 2013, 201, 203.

<sup>49</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1062; so zuvor schon Harms, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 20; vertiefend Niemöller, GA 2014, 179 ff.

<sup>50</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1064.

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1069; vgl. zu informellen Absprachen aus Sicht des Angeklagten nach der Entscheidung des BVerfG Neumann, NJ 2013, 240, 241 ff.

<sup>52</sup> König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 322.

#### 4. „Gesamtlösungen“ unzulässig

Aus dem Regelungskonzept, Verständigungen transparent und kontrollierbar zu machen, folgt die Unzulässigkeit von Zusagen, andere bei der Staatsanwaltschaft anhängige Ermittlungsverfahren etwa nach § 154 Abs. 1 StPO einzustellen<sup>53</sup>. Ungeklärt ist jedoch weiterhin, ob die verfassungsrechtliche Auslegung auch auf Erörterungen mit der Staatsanwaltschaft gem. § 160 b StPO übertragbar ist<sup>54</sup>. Das Verbot der Gesamtlösungen bezieht sich hingegen nicht auf das Recht der Staatsanwaltschaften und Gerichte, von den §§ 154, 154 a StPO Gebrauch zu machen, wo sie über gesonderte Verfahren zu befinden haben<sup>55</sup>.

Teilweise wird angenommen, dass die Gerichte, soweit dies rechtlich möglich ist, entsprechende Verfahren nachträglich verbinden werden, um sie dann in der Hauptverhandlung einzustellen<sup>56</sup>.

#### 5. Verständigung und Selbstbelastungsfreiheit

Der im Grundsatz der Verfahrensfairness verankerten Forderung, dass der Angeklagte autonom darüber entscheiden kann, ob er den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit aufgibt, sich auf eine Verständigung einlässt und mit einem Geständnis sich seines Schweigerechts begibt, trägt das Verständigungsgesetz mit der in § 257 c Abs. 5 StPO vorgesehen Belehrung über die Reichweite der Bindungswirkung und die Folgen eines Scheiterns (Verwertungsverbot, § 257 c Abs. 4 Satz 3 StPO<sup>57</sup>) der Verständigung Rechnung<sup>58</sup>. Der BGH weist darauf hin, dass die Belehrung nach § 257 c Abs. 5 StPO als wesentliche Förmlichkeit in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen ist. Fehlt es hieran, ergibt sich im Hinblick auf die negative Beweiskraft des Protokolls, dass der Angeklagte nicht gemäß § 257 c

---

53 Sog. „Gesamtlösungen“, BVerfG NJW 2013, 1058, 1064; vgl. dazu *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 666 f.; krit. *Niemöller*, StV 2013, 420, 421.

54 *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 667.

55 *Hamm*, StV 2013, 652, 653 Fn. 5; siehe auch *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 204; *Knauer*, NStZ 2013, 433, 435.

56 *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, 322.

57 Die Aufhebung eines Urteils durch das Revisionsgericht wegen Verletzung des § 257 c Abs. 5 StPO hat zur Folge, dass in der erneuten Hauptverhandlung nach Zurückverweisung der Sache das dem aufgehobenen Urteil zugrunde liegende Geständnis nicht verwertet werden darf, auch nicht im Wege der Einführung durch Dritte, OLG Rostock StV 2014, 81, 82.

58 BVerfG NJW 2013, 1058, 1069; BGH NStZ 2013, 728 = StV 2013, 682, 683; vgl. dazu *Scheinfeld*, ZJS 2013, 296, 301.



Abs. 5 StPO belehrt wurde<sup>59</sup>. *Scheinfeld* entnimmt dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, dass der Gesetzgeber die Belehrungspflicht des § 257 c Abs. 5 StPO nicht aus dem Gesetz streichen dürfe<sup>60</sup>.

In einer Folgeentscheidung hob das Bundesverfassungsgericht erneut die grundlegende Bedeutung der Belehrungspflicht nach § 257 c Abs. 5 StPO für die Grundsätze der Verfahrensfairness und der Selbstbelastungsfreiheit hervor<sup>61</sup>. Die Belehrung habe sicherzustellen, dass der Angeklagte vor dem Eingehen einer Verständigung, deren Bestandteil das Geständnis ist, vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung an der Verständigung informiert ist<sup>62</sup>. Die erwartete Bindung bilde nämlich Anlass und Grundlage der Entscheidung des Angeklagten über sein prozessuales Mitwirken; damit entstehe eine wesentlich stärker Anreiz- und Verführungssituation als dies – mangels Erwartung einer festen Strafobergrenze – etwa in der Situation von § 136 Abs. 1 oder § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO der Fall sei. Der Angeklagte müsse deshalb wissen, dass die Bindung keine absolute, sondern unter bestimmten Voraussetzungen – die er ebenfalls kennen müsse – entfällt. Nur so sei es ihm möglich, Tragweite und Risiko der Mitwirkung an der Verständigung autonom einzuschätzen. Die in § 257 c Abs. 5 StPO verankerte Belehrungspflicht sei deshalb keine bloße Ordnungsvorschrift, sondern eine *zentrale rechtsstaatliche Sicherung des Grundsatzes des fairen Verfahrens und der Selbstbelastungsfreiheit*<sup>63</sup>. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wurden die angefochtenen Entscheidungen allerdings nicht gerecht<sup>64</sup>. Bedeutend ist die Einordnung der Belehrungsvorschrift als zentrale rechtsstaatliche Sicherung und nicht als bloße Ordnungsvorschrift insbesondere für die Revision. Denn nach überwiegender Ansicht ist das Beruhen des Urteils im Sinne von § 337 Abs. 1 StPO auf einer bloßen Ordnungsvorschrift in der Regel ausgeschlossen<sup>65</sup>. Mit dieser verfassungsgerichtlichen Auslegung wird also die Revisibilität der Belehrungsvorschrift abgesichert.

---

59 BGH StraFo 2013, 286 = StV 2013, 611; OLG Köln StV 2014, 80, 81.

60 *Scheinfeld*, ZJS 2013, 296, 300.

61 BVerfG StV 2013, 674; BGH NSTZ 2013, 728 = StV 2013, 682, 683.

62 BVerfG StV 2013, 674; BGH NSTZ 2013, 728 = StV 2013, 682, 683.

63 BVerfG StV 2013, 674.

64 BVerfG StV 2013, 674, 675.

65 *Gericke*, in: KK-StPO (Anm. 1), § 337 Rdn. 13; *Temming*, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 337 Rdn. 5; noch restriktiver *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 337 Rdn. 4.

## 6. Transparenz und gerichtliche Offerte

Das Verständigungsgesetz zielt auf die Transparenz des zu einer Verständigung führenden Geschehens ab<sup>66</sup>. Der Grundsatz der Transparenz beherrscht das Recht der Verfahrensverständigung folglich insgesamt<sup>67</sup>. Nach § 257 c Abs. 3 Satz 1 StPO gibt das Gericht bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Der 5. Strafsenat hat nun festgestellt, dass es keinen Rechtsfehler darstellt, wenn das Tatgericht keine Strafobergrenze „für den Fall des Bestreitens“ nennt<sup>68</sup>. Damit liegt der BGH auf einer Linie mit Teilen aus dem Schrifttum, wo diese Rechtsfrage unter dem Stichwort der „Alternativstrafe“ diskutiert wird<sup>69</sup>. Dort wird teilweise angenommen, die Zusage des Strafrahmens nach § 257 c Abs. 3 Satz 2 StPO berechtige das Gericht nicht zu der Angabe einer Vergleichsstrafe für den Fall des Nichtzustandekommens der Vereinbarung<sup>70</sup>. Für dieses Verbot der Angabe eines alternativen Strafmaßes wird vor allem angeführt, dass die Prognose des im Fall „streitiger“ Verhandlung zu erwartenden Urteils mit weit größeren Unsicherheiten behaftet sei als eine prognostische Vorwegnahme des Urteils, dem eine Verständigung unter Vorgriff auf das zur Bedingung gemachte Geständnis zugrunde liegt. Das Gericht müsse hierzu nämlich das Ergebnis einer noch ausstehenden, in ihrem Umfang und Ertrag kaum absehbaren Beweisaufnahme im Voraus würdigen, was schwerlich gestattet sein könne und wodurch es sich einer begründeten Ablehnung wegen Besorgnis der Befangeneheit aussetzen würde<sup>71</sup>.

Dieses Verständnis wird jedoch weder dem Konzept des Verständigungsgesetzes, das auf die Herbeiführung einer größtmöglichen Transparenz der Verständigungssituation angelegt ist<sup>72</sup>, noch dem Interesse des Angeklagten gerecht. Schon die Angabe einer Ober- und Untergrenze der Strafe ist für den Angeklagten bei seiner Entscheidung, sich auf eine Verständigung einzulassen oder nicht, von großer Bedeutung<sup>73</sup>. Von noch größerem Interesse ist für den Angeklagten allerdings die Differenz zwischen dem „kleinen Strafrahmen“ bei Verständigung und

66 BVerfG NJW 2013, 1058, 1062, 1064; BGH NJW 2013, 3046, 3047 = NSTz 2013, 667 = StV 2013, 677.

67 BGH NSTZ-RR 2014, 85, 86; Landau, NSTz 2014, 425, 428.

68 BGH NSTz 2013, 671 = StV 2013, 741.

69 Siehe dazu Ignor, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257 c Rdn. 70f.; Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil B § 257 c Rdn. 47.

70 Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257 c Rdn. 21.

71 Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil B § 257 c Rdn. 47.

72 BVerfG NJW 2013, 1058, 1062, 1064; BGH NJW 2013, 3046, 3047 = NSTz 2013, 667 = StV 2013, 677; BGH NSTZ-RR 2014, 85, 86.

73 V. Heintschel-Heinegg, in: KMR-StPO (Anm. 10), § 257 c Rdn. 37.

dem „Alternativstrafrahmen“, falls die vorgeschlagene Verständigung nicht zustande kommen sollte<sup>74</sup>. Bei der Angabe dieser verschiedenen Strafrahmen würde dem Angeklagten zugleich klar signalisiert, was seine Einlassung „wert“ ist. Ein solches Vorgehen steigerte folglich die Transparenz der Verständigungssituation. Selbstverständlich kann durch das Verständigungsangebot ein latenter Druck entstehen, soweit der in Aussicht gestellte „kleine Strafrahmen“ nennenswerte Unterschiede zum drohenden Strafübel bei streitiger Verhandlung aufweist<sup>75</sup>. Jedoch kann – wenn sich die Differenz der beiden Strafrahmen als Sanktionschere erweist und der Angeklagte demnach mit unerlaubten Mitteln zu einer Verständigung gedrängt wurde – in der Revision die Verletzung des § 257 c StPO sowie die Unverwertbarkeit der Einlassung des Angeklagten gerügt werden<sup>76</sup>.

Auch der Hinweis, die Angabe einer Alternativstrafe habe zu unterbleiben, weil das Gericht eine noch ausstehende Beweisaufnahme vorwegwürdigen müsste und sich damit dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen würde, überzeugt nur bedingt. Denn das Gericht würde die Beweisaufnahme nicht in *unzulässiger* Weise vorwegwürdigen, sondern vielmehr – vergleichbar mit der Situation der Eröffnung des Hauptverfahrens – seine *gegenwärtige* Einschätzung des Verfahrensstandes mitteilen und den für den Fall, dass die Einschätzung sich nach durchgeführter Beweisaufnahme bestätigen sollte, in Rede stehenden Alternativstrafrahmen angeben. Dass ein solches Vorgehen das Gericht grundsätzlich dem Vorwurf der Befangenheit aussetze, ist nicht nachzuvollziehen<sup>77</sup>. So sollen die Mitwirkung an Zwischenentscheidungen in dem anhängigen Verfahren und die in solchen Entscheidungen geäußerten Rechtsmeinungen in der Regel eine Ablehnung nicht rechtfertigen, selbst wenn in ihnen die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten zum Ausdruck gekommen ist<sup>78</sup>.

---

74 Stuckenberg, in: LR (Anm. 5), § 257 c Rdn. 50.

75 Eschelbach, in: Graf, Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2012, § 257 c Rdn. 26.2.

76 Ignor, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257 c Rdn. 137; Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil C Rdn. 28; Stuckenberg, in: LR (Anm. 5), § 257 c Rdn. 76; Eschelbach, in: Graf (Anm. 75), § 257 c Rdn. 52.

77 So schon Schmidt-Hieber, NJW 1982, 1017, 1020.

78 BGH bei Miebach/Kusch, NStZ 1991, 27; Meyer-Goßner/Schmitt (Anm. 65), § 24 Rdn. 14; Wassermann, in: AK-StPO (Anm. 28), Bd. 1, 1988, § 24 Rdn. 15; Kudlich/Noltensmeier, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 24 Rdn. 10.

## 7. Verständigung und Amtsaufklärungsgrundsatz<sup>79</sup>

§ 257 c Abs. 1 Satz 2 StPO schließt jede Disposition über Gegenstand und Umfang der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens aus<sup>80</sup>. Daraus folgt unter anderem, dass ein bloßes inhaltsleeres Formalgeständnis oder die nicht einmal ein Geständnis darstellende schlichte Erklärung, der Anklage nicht entgegenzutreten, allein keine taugliche Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein können<sup>81</sup>. Das verständigungs-basierte Geständnis ist vielmehr zwingend auf seine Richtigkeit zu überprüfen. Diese Überprüfung hat sich durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung zu vollziehen. Es genügt nicht, das verständigungs-basierte Geständnis durch einen bloßen Abgleich mit der Aktenlage zu überprüfen, da dies keine hinreichende Grundlage für die erforderliche Überzeugungsbildung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung darstellt<sup>82</sup> und mit einem solchen Verständnis dem Transparenzanliegen des Verständigungsgesetzes und der Ermöglichung einer wirksamen Kontrolle verständigungs-basierter Urteile gerade nicht Rechnung getragen werden könnte<sup>83</sup>. Die damit einhergehende praktische Beschränkung von Verständigungen ist die zwangsläufige Konsequenz der Einfügung von Verständigungsmöglichkeiten in das System des geltenden Strafprozessrechts<sup>84</sup>.

Diese verfassungsrechtlichen Leitlinien werden dahingehend gedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht allen Bestrebungen in der Literatur, ein adversatorisches Konsensverfahren einzuführen, eine endgültige Absage erteile<sup>85</sup>. Teilweise wird auch kritisiert, dass sich das Bundesverfassungsgericht nicht die naheliegende Frage gestellt hat, welchen Sinn eine Verständigung noch haben sollte, nachdem das Gericht seiner Pflicht aus § 244 Abs. 2 StPO genügt hat, also ob das gesetzgeberische Ziel sich als frommer Wunsch oder zerplatzter Traum erweist; eine Verständigung ohne Verkürzung der Wahrheitssuche sei nämlich sinn- und

---

<sup>79</sup> Vgl. ausführlich *Leitmeier*, HRRS 2013, 362.

<sup>80</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1063; vgl. dazu *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 202f.

<sup>81</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1063; zust. *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 215; zur mangelnden Bindungswirkung des Strafurteils bei inhaltsleerem Formalgeständnis im beamtenrechtlichen Disziplinarverfahren BVerwG StV 2014, 84.

<sup>82</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1063; BGH NStZ 2014, 170 (zu einem Fall, in dem sich der Angeklagte verschriftet über seinen Verteidiger zur Sache geständig einlässt, ohne weitergehende Nachfragen der Verfahrensbeteiligten zu beantworten).

<sup>83</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1063.

<sup>84</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1063; zweifelnd *Weigend*, StV 2013, 424, 425; *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, mutmaßen, dass die restriktive Auslegung des § 257 c StPO zu einem Bedeutungszuwachs des § 257 b StPO führt.

<sup>85</sup> *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 664.

zwecklos<sup>86</sup>. So wäre dem Justizpraktiker geholfen, wenn das Bundesverfassungsgericht wenigstens einmal angedeutet hätte, wie denn eine verfassungskonforme Verständigung aussieht und warum man sie überhaupt – nach Erfüllung der Pflicht aus § 244 Abs. 2 StPO – noch treffen sollte<sup>87</sup>. Die Überprüfungspflicht hinsichtlich aller verständigungsbasierten Geständnisse könne zudem in Konflikt mit Gesichtspunkten des Opferschutzes geraten<sup>88</sup>.

## 8. Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe

Das Bundesverfassungsgericht hatte die herausgehobene Bedeutung des Schuldprinzips, das zur unverfügbaren Verfassungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 GG gehört, für den Bereich der Strafrechtspflege im *Lissabon-Urteil* klargestellt<sup>89</sup>. Daran knüpft das Gericht in dem das Verständigungsverfahren prägenden Urteil aus dem Jahr 2013 an, wenn es zunächst allgemein formuliert, der Schuldgrundsatz beherrscht den gesamten Bereich staatlichen Strafens<sup>90</sup>. Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist deshalb die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt<sup>91</sup>. Von Verfassungen wegen sei gefordert, Straftäter einer schuldangemessenen Strafe zuzuführen<sup>92</sup>. Deshalb darf auch in der Verständigungssituation das Maß der Schuldangemessenheit weder über- noch unterschritten werden<sup>93</sup>. Denn es war das erklärte Regelungsziel des Gesetzgebers, weiterhin ein Strafverfahren sicherzustellen, das dem fundamentalen und verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Wahrheitsermittlung sowie der Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe verpflichtet ist<sup>94</sup>. Die Strafe muss folglich auch nach einer Verständigung schuldangemessen sein<sup>95</sup>. Die Vereinbarung einer bestimmten Strafhöhe war und ist

**86** *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 215; vgl. auch *Hamm*, StV 2013, 652; *Scheinfeld*, ZJS 2013, 296, 298; *Knauer*, NStZ 2013, 433, zur Widerspruchsfreiheit gesetzlicher Bestimmungen S. 434.

**87** *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 216; vgl. *Meyer* NJW 2013, 1850: „Grundidee der Verfahrensabsprache (...) ist tot“; *Knauer*, NStZ 2013, 433, 435; *Kudlich*, NStZ 2013, 379, 380.

**88** *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 665; vgl. zu Verständigung und Opferschutz *Müller-Piepenkötter*, DRiZ 2013, 163.

**89** BVerfGE 123, 267, 413; dazu *Heger*, ZIS 2009, 406.

**90** BVerfG NJW 2013, 1058, 1059.

**91** BVerfG NJW 2013, 1058, 1060; BVerfGE 57, 250, 275; 130, 1, 26.

**92** BVerfG NJW 2013, 1058, 1060.

**93** BVerfG NJW 2013, 1058, 1062; *Stuckenberg*, in: LR (Anm. 5), § 257 c Rdn. 44.

**94** BT-Drs. 16/12310 S. 8f.; BVerfG NJW 2013, 1058, 1062.

**95** *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 46 Rdn. 108b; *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 46 Rdn. 114; *Landau*, NStZ 2014, 425, 428.

deshalb ebenso unzulässig<sup>96</sup>, wie eine Verständigung über den Schuldspruch<sup>97</sup> oder über die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung<sup>98</sup>. Das Verbot, Vereinbarungen über den Schuldspruch zu treffen, wurde in der Praxis allerdings dadurch unterlaufen, indem sich über den zu gestehenden Sachverhalt geeinigt wurde. Folglich wurde das Maß an Wahrheit ausgehandelt, das der Anwendung des materiellen Rechts zugrundeliegen sollte<sup>99</sup>.

Aus dem Ziel, weiterhin ein der Erforschung der materiellen Wahrheit und der Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe verpflichtetes Strafverfahren sicherzustellen und aus § 257 c Abs. 2 Satz 1 StPO folgt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, dass eine Strafraumenverschiebung nicht Gegenstand einer Verständigung sein darf, auch nicht, wenn sie sich auf Sonderstrafrahmen für besonders schwere oder minder schwere Fälle<sup>100</sup> bezieht. Dies beruhe auf der spezifischen Nähe zu den Qualifikations- und Privilegierungstatbeständen; auch Sonderstrafrahmen seien – wie jeder Strafraumen – Ausdruck des Unwert- und Schuldgehalts, den der Gesetzgeber einem unter Strafe gestellten Verhalten beigemessen hat<sup>101</sup>. Ebenso stellt die Anwendung der Sanktionsschere<sup>102</sup> einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz dar<sup>103</sup>, der in der Revision gerügt werden kann<sup>104</sup>.

Aus der Praxis wird allerdings auch nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes berichtet, dass selbstverständlich – in der Sache – über den Schuldspruch gedealt werde<sup>105</sup>. So seien die problematischen Fälle in der Praxis, dass über die Mordmerkmale, die Sicherungsverwahrung oder darüber gesprochen

---

**96** Tröndle/Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 108b; Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 114, 116a; v. Heintschel-Heinegg, in: KMR-StPO (Anm. 10), § 257 c Rdn. 27; Ignor, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257 c Rdn. 38.

**97** BGHSt. 50, 40, 50; Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil B § 257 c Rdn. 81; v. Heintschel-Heinegg, in: KMR-StPO (Anm. 10), § 257 c Rdn. 27; Temming, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 257 c Rdn. 26; Ignor, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257 c Rdn. 37.

**98** Tröndle/Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 108b; v. Heintschel-Heinegg, in: KMR-StPO (Anm. 10), § 257 c Rdn. 27; Temming, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 257 c Rdn. 27; Ignor, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257 c Rdn. 37.

**99** Tröndle/Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 113b; Fischer, StraFo 2009, 177, 181; ders., ZRP 2010, 249, 250.

**100** Grundlegend dazu Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004.

**101** BVerfG NJW 2013, 1058, 1063f.; vgl. dazu Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 665f.; Mosbacher, NZWiSt 2013, 201, 203; Scheinfeld, ZJS 2013, 296, 302; Knauer, NSTZ 2013, 433, 435; Kudlich, NSTZ 2013, 379, 380; zu Folgeproblemen aus Sicht des Richters Erhard, StV 2013, 655, 656 Fn. 7.

**102** Ausführlich dazu Kempf, StV 2009, 269, 270f.; Heger, Strafprozessrecht (Anm. 4), Rdn. 230.

**103** Weigend, StV 2013, 424, 425.

**104** Ignor, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257 c Rdn. 137.

**105** Siehe die Darstellung bei Schlage, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 82; Freuding, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 95f.; Fischer, ZRP 2010, 249, 250.

werde, ob es sich bei dem Tatmittel um eine Spielzeugpistole oder eine echte Pistole gehandelt hat<sup>106</sup>.

## 9. Beobachtungspflicht des Gesetzgebers

Ausweislich der dem Bundesverfassungsgericht vorgelegten Studie von *Altenhain* werden die gesetzlichen Vorgaben des Verständigungsgesetzes in der Praxis in einer hohen Zahl von Fällen nicht eingehalten<sup>107</sup>. Der defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt jedoch nicht zur Verfassungswidrigkeit der Regelung<sup>108</sup>, weil ein strukturelles Regelungsdefizit gegenwärtig nicht festgestellt werden kann<sup>109</sup>. Um festzustellen, inwieweit die Schutzmechanismen des Verständigungsgesetzes ausreichen, um das bestehende Vollzugsdefizit zu beseitigen, treffen den Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht und die Verpflichtung, der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken. Unterbliebe dies, träte ein verfassungswidriger Zustand ein<sup>110</sup>.

*Fezer* mutmaßt, das Bundesverfassungsgericht konstatierte die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, um selber zu beobachten und anhand von einschlägigen Verfahren die Auslegung des Verständigungsgesetzes weiter abzusichern<sup>111</sup>. *Stuckenberg* kritisiert hingegen, dass das Bundesverfassungsgericht begründungslos die Frage verneine, ob die beanstandete Praxis ihre Ursache auch im Verständigungsgesetz haben könnte<sup>112</sup>. Des Weiteren sei es ein grundlegender Irrtum des Bundesverfassungsgerichts, das Risiko verfassungswidriger Zustände prinzipiell beherrschbar zu halten; vielmehr seien die verfassungswidrigen Zustände durch die Struktur der Norm bedingt und blieben solange bestehen wie die Norm selbst. Darüber hinaus pflegten Strukturdefizite von Normen nicht temporal variabel zu sein. Wenn es gerade die Schutzmechanismen seien, die gezielt umgangen werden, deute dies auf deren Untauglichkeit und folglich auf ein Strukturdefizit hin<sup>113</sup>.

**106** *Freuding*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 96.

**107** *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, 2013, S. 181; BVerfG NJW 2013, 1058, 1069f.

**108** BVerfG NJW 2013, 1058, 1069.

**109** BVerfG NJW 2013, 1058, 1070.

**110** BVerfG NJW 2013, 1058, 1070; ausführlich zu den Folgen für den Gesetzgeber *Kudlich*, ZRP 2013, 162; krit. *Niemöller*, StV 2013, 420, 423: „Kein Gesetz wird dadurch verfassungswidrig, dass es nicht oder nur unzulänglich befolgt wird“; *Weigend*, StV 2013, 424, 426.

**111** *Fezer*, HRRS 2013, 117, 119; siehe auch *Landau*, NStZ 2014, 425, 428: BVerfG wird die Verletzung der Verfassung im Einzelfall nicht hinnehmen.

**112** *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 213.

**113** *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 217; ähnlich *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 663.

Darüber hinaus wird gefragt, was die Hoffnung stützt, dass das geschriebene Recht nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts eingehalten wird, wenn alle Beteiligten zuvor zu Abweichungen vom Verständigungsgesetz bereit waren<sup>114</sup>, zumal sich das Verständigungsgesetz inhaltlich deutlich an die langjährige Praxis anlehnt<sup>115</sup>. Unklar ist zudem, ab wann die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers eingreift, wenn der gegenwärtige defizitäre Vollzug – bei einer Quote von ca. 50 % illegalen Absprachen in NRW – noch nicht zu Maßnahmen verpflichtet<sup>116</sup>. Es bleibt weiter offen, welche Maßnahmen der Gesetzgeber ergreifen soll, wenn sich herausstellt, dass die Schutzmechanismen nicht greifen<sup>117</sup>. Denn gegen kollektive Missachtung des Rechts durch die zu seiner Durchsetzung berufenen Organe ist der Gesetzgeber machtlos<sup>118</sup>. Letztendlich – so Teile im Schrifttum – dürfte es keine gesetzgeberischen Maßnahmen geben, um dem desaströsen Zustand abzuhelpfen außer dem *totalen Verbot der Verständigung*<sup>119</sup>. Hamm erwägt in diesem Zusammenhang ein gesetzliches Verbot der Verständigung in § 257 c StPO, das durch einen zu schaffenden absoluten Revisionsgrund in § 338 Nr. 9 StPO abzusichern wäre<sup>120</sup>.

### III. Kontrolle der rechtlichen Rahmenbedingungen

Seit jeher wurden die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Rahmenbedingungen für die Verständigung im Strafverfahren nur in Maßen beachtet<sup>121</sup> beziehungsweise umgangen<sup>122</sup>. Aber auch seit Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes erfuhr der gesetzgeberische Wille – ausweislich des Gutachtens von *Altenhain* – nicht die Beachtung, die ihm in einem Rechtsstaat

---

114 Hamm, StV 2013, 652, 654; a. A. Scheinfeld, ZJS 2013, 296, 300: Dinge werden sich in Zukunft zum Besseren wenden.

115 Fezer, HRRS 2013, 117, 118; vgl. auch Knauer, NSTZ 2013, 433.

116 Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 217; vgl. auch Knauer, NSTZ 2013, 433, 434; Kudlich, ZRP 2013, 162, 163.

117 Niemöller, StV 2013, 420, 423; Weigend, StV 2013, 424, 426; Fezer, HRRS 2013, 117, 119; Knauer, NSTZ 2013, 433, 434.

118 Weigend, StV 2013, 424, 426.

119 Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 219; vgl. auch Kudlich, ZRP 2013, 162, 163f.; König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 324: Verbot oder noch strengere rechtliche Einhegung der Verständigung.

120 Hamm, StV 2013, 652, 654.

121 Weigend, Festschrift für Maiwald, S. 829, 830.

122 Fischer, StraFo 2009, 177, 178f.; Tröndle/Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 113b; Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 120; Nehm, StV 2007, 549, 552f.



gebührt<sup>123</sup>. Um herauszuarbeiten, wie die Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen gewährleistet werden soll, bedarf es kurz eines Eingehens auf das Regelungskonzept des Gesetzgebers – in der Lesart des Bundesverfassungsgerichts. Das Verständigungsgesetz basiert danach auf einem Regelungskonzept, das durch spezifische Schutzmechanismen versehen ist, die eine vollständige Transparenz und Dokumentation des zu einer Verständigung führenden Geschehens sicherstellen und so die vom Gesetzgeber als erforderlich bewertete vollumfängliche Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit, die Staatsanwaltschaft und das Rechtsmittelgericht ermöglichen sollen<sup>124</sup>.

Es wurde allerdings schon zutreffend darauf hingewiesen, dass Schutz- und Kontrollvorschriften dort nicht helfen können, wo die Wahrheitsfindung durch die – aufgrund von Verständigungselementen erlaubte – „großzügige“ Würdigung eines Geständnisses gefährdet ist<sup>125</sup>. Auch läuft die vom Regelungskonzept intendierte Kontrolle in Fällen der informellen Absprache leer, denn soweit sich die Beteiligten einig sind, gesetzesfern zu verfahren, „hat das Gesetz keine Chance mehr“<sup>126</sup>. Dies kann allerdings nicht überraschen, denn der Rechtsbruch ist allgegenwärtig<sup>127</sup>. Soweit sich Organe der Strafrechtspflege nicht an die Vorschriften des Verständigungsgesetzes halten, kann letztendlich nur auf die abschreckende Wirkung der Strafbarkeit gesetzt werden<sup>128</sup>, die zwar teilweise für „rührend“ gehalten wird<sup>129</sup>, doch würde möglicherweise ein deutlicher Bewusstseinswandel eintreten, wenn tatsächlich ein Organ der Rechtspflege wegen Rechtsbeugung beziehungsweise Teilnahme an einer solchen verurteilt werden würde<sup>130</sup>. Im Folgenden wird deshalb beleuchtet, wie die Öffentlichkeit, die Staatsanwaltschaft, das Rechtsmittelgericht und eine mögliche Strafbarkeit der an unzulässigen Verständigungen Beteiligten zur Beachtung der Verständigungsregeln beitragen können.

---

**123** *Altenhain/Dietmeier/May* (Anm. 107), S. 181; siehe auch die Berichte von *Niemöller*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 65; *Fischer*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 80; *ders.*, ZRP 2010, 249, 250.

**124** BVerfG NJW 2013, 1058, 1062; vgl. auch *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 667 ff.

**125** *Fezer*, HRRS 2013, 117.

**126** *Fischer*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106; zuvor schon *Tröndle/Fischer* (Anm. 95), § 46 Rdn. 113b.

**127** *Ignor*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 114.

**128** *Ignor*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 114; dahingehend auch *Pfister*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 99 f.

**129** *Fischer*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 107; nicht so skeptisch wie *Fischer* ist *Pfister*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 99.

**130** *Kudlich*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 126.

## 1. Verständigung und Öffentlichkeit

Der Grundsatz der Öffentlichkeit ist in § 169 Satz 1 GVG verankert. Danach ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich. Die Öffentlichkeit soll eine Kontrolle durch die Allgemeinheit ermöglichen und dem Verdacht staatlicher Willkür vorbeugen<sup>131</sup>. Es soll insbesondere verhindert werden, dass „sachfremde, das Licht der Öffentlichkeit scheuende Umstände auf das Gericht und damit auf das Urteil Einfluss gewinnen“<sup>132</sup>. Dabei wird an den im Zeitalter der Aufklärung verbreiteten Gedanken angeknüpft, dass Gerechtigkeit nur in einem öffentlichen Verfahrensgang entstehen und eine im Verborgenen getroffene Entscheidung keine Anerkennung finden könne<sup>133</sup>.

Bedenken gegen die Absprachenpraxis bestanden seit jeher auch deshalb im Hinblick auf die Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, weil die eigentliche, konsensstiftende Verständigung regelmäßig außerhalb der Hauptverhandlung stattfand<sup>134</sup>. In der öffentlichen Verhandlung wurde anschließend nur noch ein zuvor abgesprochenes Schauspiel inszeniert<sup>135</sup>. *Weigend* mutmaßte im Jahr 2000 noch, dass Gegenstand und Form der strafprozessualen Absprache häufig noch zu sensibel seien als dass man sie in vollem Umfang der Öffentlichkeit präsentieren könne<sup>136</sup>. Klarer formuliert es *Murmann*: „Das Gezerre um die Strafhöhe wäre kaum geeignet, das Vertrauen in die Rechtspflege zu stärken. Es liegt in der Natur von Absprachen, dass deren Zustandekommen nicht für die Ohren der Öffentlichkeit bestimmt ist.“<sup>137</sup> Doch jede Verständigung, die ohne Öffentlichkeit getroffen wird, erweckt Misstrauen<sup>138</sup>. So wurde schon darauf hingewiesen, dass die Transparenz ein unverzichtbares Element der Verständigung

**131** BVerfGE 103, 44, 63f.; *Heinrich*, in: *Wandtke* (Hrsg.), *Medienrecht – Praxishandbuch*, 2. Aufl. 2011, Bd. 5, Kap. 5 Rdn. 402; *Quentin*, in: *SSW-StPO* (Anm. 9), GVG § 169 Rdn. 1; *Diemer*, in: *KK-StPO* (Anm. 1), GVG § 169 Rdn. 2, *Gierhake*, JZ 2013, 1030, 1031; *Landau*, *NStZ* 2014, 425, 428.

**132** BGHSt. 9, 280, 282; *Gössel*, *Festschrift für Fezer*, 2008, S. 495, 516.

**133** *Quentin*, in: *SSW-StPO* (Anm. 9), GVG § 169 Rdn. 1; *Gierhake*, JZ 2013, 1030, 1031.

**134** *Beulke*, in: *SSW-StPO* (Anm. 9), Einl. Rdn. 225; *Gercke/Temming*, in: *Heidelberger Kommentar* (Anm. 10), Einl. Rdn. 114; *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl. 2010, Rdn. 748; *Gössel*, *Festschrift für Fezer*, S. 495, 520; *Schmitt*, GA 2001, 411, 413, 423f.; *Weigend*, JZ 1990, 774, 777; *Hettinger*, JZ 2011, 292, 298; *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, 1017, 1021; *Jähnke*, ZRP 2001, 574, 575.

**135** *Deal (Weider)*, StV 1982, 545; *Schmidt-Hieber*, *NStZ* 1988, 302, 303; *Harms*, *Festschrift für Nehm*, S. 289, 293; *Schünemann*, ZRP 2009, 104, 106; *Schlicht*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 84.

**136** *Weigend*, *Festgabe 50 Jahre BGH*, Bd. IV, 2000, S. 1011, 1031.

**137** *Murmann*, ZIS 2009, 526, 533; siehe auch die Schilderung von *Schlicht*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 84.

**138** *Gillmeister*, *Stellungnahme zu BT-Drs. 16/11736*, S. 3.

gung sei und nur auf diese Weise unzulässige Absprachen, klandestine Druck-situationen sowie Sanktionsscheren verhindert werden könnten<sup>139</sup>. Das Bundesverfassungsgericht versucht nun durch eine strenge Lesart der gesetzlichen Transparenz- und Dokumentationspflichten diese Bedenken auszuräumen.

Der Gesetzgeber hat nämlich – so das Bundesverfassungsgericht – umfassende Transparenz- und Dokumentationspflichten mit Bezug auf die Hauptverhandlung statuiert<sup>140</sup>. Auf diese Weise soll eine effektive Kontrolle durch die Öffentlichkeit gewährleistet werden<sup>141</sup>. Die Kontrollfunktion kann aber nur ausgeübt werden, wenn die Informationen zugänglich sind, die zur Beurteilung der Angemessenheit der Verständigung erforderlich sind<sup>142</sup>. Da sich die Verständigung im Lichte der öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren muss, zielen die Transparenz- und Dokumentationspflichten nicht nur darauf ab, den formalen Verständigungsakt des § 257 c Abs. 3 StPO, sondern auch die zu einer Verständigung führenden Vorgespräche in die Hauptverhandlung einzuführen<sup>143</sup>. Denn Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung dürfen kein informelles und unkontrollierbares Verfahren eröffnen<sup>144</sup>.

Bezüglich der Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO und der Protokollierungspflicht gem. § 273 Abs. 1 a Satz 2 StPO bestehen allerdings Unterschiede. So unterliegen Gespräche, die ausschließlich der Organisation sowie der verfahrenstechnischen Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung dienen, nicht der Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO<sup>145</sup>. Einer Mitteilung nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO bedarf es also nicht, wenn überhaupt keine oder nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm nicht betroffen sind. Das „Ob“ der Handlung steht nämlich unter dem Vorbehalt des „Wenn“<sup>146</sup>. Sobald bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen, greift die Mitteilungspflicht ein. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung naheliegt.

---

139 *Nehm*, StV 2007, 549, 551.

140 BVerfG NJW 2013, 1058, 1065; vgl. dazu *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 205.

141 BVerfG NJW 2013, 1058, 1064; siehe auch BGH StV 2014, 67.

142 BVerfG NJW 2013, 1058, 1065.

143 BVerfG NJW 2013, 1058, 1065.

144 BGH StV 2014, 67.

145 BVerfG NJW 2013, 1058, 1065.

146 BGH NJW 2013, 3045 = StV 2013, 678, 679 m. Anm. *Schlothauer*.

Im Zweifel besteht eine Informationspflicht<sup>147</sup>. Zur Informationspflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO über den wesentlichen Inhalt der im Zwischenverfahren erfolgten Erörterungen zwecks einer Verfahrensverständigung gehören der Verständigungsvorschlag der Kammer sowie die zu diesem abgegebenen Erklärungen der übrigen Verfahrensbeteiligten<sup>148</sup>. Von einer konkludent geschlossenen Urteilsabsprache, die dem Zweck dient, die Anforderungen und Rechtswirkungen einer Verständigung rechtswidrig zu umgehen, ist in der Regel auszugehen, wenn Verteidigung und Staatsanwaltschaft in Gegenwart der für die Entscheidung zuständigen Richter Anträge zur Strafart und Strafhöhe nach Teileinstellung des Verfahrens und Ablegung eines Geständnisses erörtern, im Anschluss daran das Gericht nach dem Vortrag eines Formalgeständnisses auf eine – an sich vorgesehene – Beweisaufnahme verzichtet, den übereinstimmenden Anträgen folgt und der Angeklagte einen Rechtsmittelverzicht erklärt. Dem steht ein bloßes Schweigen der Richter bei den Verständigungsgesprächen oder die Erklärung, das Gericht trete den Vorschlägen nicht bei, nicht entgegen<sup>149</sup>. Auch bei dem letztendlichen Scheitern von Verständigungsgesprächen ist über das bloße Ergebnis hinaus deren Inhalt ähnlich wie der Inhalt nicht gescheiterter Gespräche bekannt zu geben und zu protokollieren<sup>150</sup>.

Aufgrund der Einbeziehung des zu einer Verständigung führenden Geschehens in die öffentliche Hauptverhandlung ist es folglich ausgeschlossen, dass ohne eine Beteiligung der Schöffen Straf Grenzen mit Bindungswirkung des § 257 c Abs. 4 StPO in Aussicht gestellt werden<sup>151</sup>. Um diese Vorgaben auch revisibel zu machen, ist die Protokollrüge bei Nichterfassung des Inhalts außerhalb der Hauptverhandlung geführter Verständigungsgespräche zulässig<sup>152</sup>.

Auch wenn es zu begrüßen ist, die Kontrolle durch die Öffentlichkeit mit den Transparenz- und Dokumentationspflichten zu ermöglichen, kann von einer Aufarbeitung des Verfahrensstoffes in öffentlicher Hauptverhandlung (weiterhin) nicht die Rede sein<sup>153</sup>. Damit wird das Verhalten der Verfahrensbeteiligten in der eigentlichen Verständigungssituation gerade keiner Kontrolle unterzogen, was

---

147 BVerfG NJW 2013, 1058, 1065; krit. zu den hohen Anforderungen Meyer, NJW 2013, 1850, 1852, in Wirtschaftsverfahren können Mitteilungen Dutzende, wenn nicht Hunderte Seiten füllen; Knauer, NStZ 2013, 433, 436, strenge Dokumentationspflichten können Grund für das Zurückdrängen der Verständigung oder für das Ignorieren der Regelung sein.

148 BGH NStZ 2013, 722 m. Anm. Mosbacher = StV 2014, 66.

149 BGH NStZ 2014, 113 m. Anm. Niemöller, JR 2014, 216 sowie m. Anm. Kudlich, JZ 2014, 471.

150 BGH NStZ-RR 2014, 85, 86.

151 BVerfG NJW 2013, 1058, 1066.

152 BGH NJW 2013, 3046 = NStZ 2013, 667 = StV 2013, 677; BGH StV 2014, 67.

153 So schon zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes, Weigend, Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. IV, 2000, S. 1011, 1032.

für eine *effektive* Kontrolle durch die Öffentlichkeit jedoch erforderlich wäre<sup>154</sup>. Immerhin wird jedoch – bei Einhaltung der gesetzlichen und höchstrichterlichen Pflichten zu Transparenz und Dokumentation durch die Praxis – eine die „Öffentlichkeit irreführende Heimlichkeit“ vermieden, in deren Rahmen so getan wird, „als habe man nie miteinander gesprochen“<sup>155</sup>. Um nicht zu einem heimlichen, nicht öffentlichen Entscheidungsverfahren, wie es seit dem späten Mittelalter im Rahmen des Inquisitionsverfahrens praktiziert wurde<sup>156</sup>, zurückzukehren, bedarf es eigentlich – über die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts hinausgehend – einer vollständigen Aufarbeitung des Verfahrens *in öffentlicher Hauptverhandlung*.

## 2. Rolle der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft ist ein den Gerichten gleichgeordnetes, notwendiges Organ der Strafrechtspflege<sup>157</sup>, die dazu berufen ist, objektiv auf die Ermittlung der Wahrheit und die Findung eines gerechten Urteils hinzuwirken<sup>158</sup>. Gegenüber dem Gericht ist die Staatsanwaltschaft unabhängig<sup>159</sup>. Sie wird auch als „Wächter des Gesetzes“ bezeichnet<sup>160</sup>.

Schon vor Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes musste eine Verständigung zwischen Gericht und Verteidigung zur Vermeidung von Verfahrensfehlern rechtzeitig der Staatsanwaltschaft mitgeteilt werden<sup>161</sup>. Der Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft kommt nach dem Verständigungsgesetz – so nun das Bundesverfassungsgericht – eine herausgehobene Bedeutung zu<sup>162</sup>. Die Verständigung

---

**154** *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 335; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 533; *Schmitt*, GA 2001, 411, 423f.; *Schünemann*, ZRP 2009, 104, 106; anders *Theile*, NSTZ 2012, 666, 671.

**155** So *Schmidt-Hieber*, NSTZ 1988, 302, 303, zu der Situation in den „Anfangsjahren“ der Verständigung.

**156** *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 61; *Harms*, Festschrift für Nehm, S. 289, 296f.; *Heger*, Strafprozessrecht (Anm. 4), Rdn. 68; *Schroeder/Verrel* (Anm. 8), Rdn. 31.

**157** BGHSt. 24, 170, 171; *Mayer*, in: KK-StPO (Anm. 1), GVG § 141 Rdn. 3.

**158** *Mayer*, in: KK-StPO (Anm. 1), GVG § 141 Rdn. 2; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 65), GVG Vor § 141 Rdn. 1; *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 180.

**159** *Mayer*, in: KK-StPO (Anm. 1), GVG § 141 Rdn. 3; *Henkel* (Anm. 158), S. 184.

**160** BGHZ 20, 178, 180; *Schöch*, in: AK-StPO (Anm. 28), § 152 Rdn. 2; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 65), GVG Vor § 141 Rdn. 3.

**161** BGHSt. 38, 102, 104; *Schoreit*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2003, GVG § 141 Rdn. 3 d sowie ausführlich und zu Einschränkungen Rdn. 13 a zu StPO § 152.

**162** BVerfG NJW 2013, 1058, 1066; krit. *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 217; *Weigend*, StV 2013, 424, 426; *Hamm*, StV 2013, 652, 655.

erfordert nämlich ihre Zustimmung<sup>163</sup>. Sie hat sich gesetzeswidrigen Vorgehensweisen zu verweigern und gegen Urteile, die auf solchen Verständigungen beruhen, Rechtsmittel einzulegen<sup>164</sup>. Dieser Ansatz, um die Verständigung in geordnete rechtliche Bahnen zu lenken, ist keineswegs neu – so erließ der hessische Generalstaatsanwalt bereits im Jahr 1992 Richtlinien für Absprachen im Strafverfahren<sup>165</sup>. *Stuckenberg* empfiehlt darüber hinaus verbindliche Weisungen der Justizminister an die Staatsanwälte, Verständigungen entweder gar nicht oder nur bei völlig zweifelsfreier Legalität zuzustimmen<sup>166</sup>.

Teilweise wird bezüglich der Wächterfunktion der Staatsanwaltschaft allerdings kritisch angemerkt, dass unter Umständen der „Bock zum Gärtner“ gemacht werde<sup>167</sup>; so sei es vorgekommen, dass von der Staatsanwaltschaft – unter Androhung nach § 154 StPO eingestellte Verfahren wieder aufzunehmen – auf die Rücknahme von Rechtsmitteln gegen verständigungsbasierte Urteile gedrängt wurde<sup>168</sup>. Im Jahr 1990 merkte *Schünemann* zur geforderten Kontrollfunktion der Staatsanwaltschaft an, dass man einen solchen Bock zum Gärtner machen wolle, „der 20 Jahre lang bei der Entwicklung der Absprachen nicht gegärtnert, sondern nur gebockt hat“ und der außerordentliche Eigeninteressen in der Verständigungssituation verfolge<sup>169</sup>.

### 3. Kontrolle verständigungsbasierter Urteile durch das Rechtsmittelgericht

#### a) Grundlegendes zur Kontrolle durch das Rechtsmittelgericht

Schon der Große Senat für Strafsachen hatte hervorgehoben, dass die Urteilsabsprache nicht als eigenständiges, informelles Verfahren neben der eigentlichen Hauptverhandlung geführt werden, nicht unter dem Deckmantel der Unkontrollierbarkeit stattfinden dürfe und ihr Inhalt auch für das Revisionsgericht über-

---

163 BVerfG NJW 2013, 1058, 1066.

164 BVerfG NJW 2013, 1058, 1066; ausführlich dazu *Wußler*, DRiZ 2013, 161.

165 Abgedruckt in StV 1992, 347.

166 *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 218; *Scheinfeld*, ZJS 2013, 296, 300; vgl. auch *Wußler*, DRiZ 2013, 161; *Niemöller*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 65.

167 *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, 322f.; so auch schon *Schünemann*, 58. DJT 1990 – Bd. II, L 99; siehe auch OLG München StV 2013, 495, 501: Vertreter der Staatsanwaltschaft kam seiner Aufgabe als „Wächter der Gesetzes“ nicht nach.

168 *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, 322f.

169 *Schünemann*, 58. DJT 1990 – Bd. II, L 99.

prüfbar sein müsse<sup>170</sup>. Daran anknüpfend zielte auch das Verständigungsgesetz darauf ab, einen Zustand der Regellosigkeit zu beenden und klare Grenzen und Kontrollen für ein entformalisiertes Verfahren einzuführen<sup>171</sup>. Die Ermöglichung einer wirksamen vollumfänglichen Kontrolle verständigungsbasierter Urteile durch das Rechtsmittelgericht zählt deshalb auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zum Kern des gesetzlichen Regelungskonzepts<sup>172</sup>. Rechtsfehler des Verständigungsverfahrens sind auf diesem Wege unabhängiger Kontrolle unterworfen<sup>173</sup>. Wegen der Vielgestaltigkeit denkbarer Verfahrensabläufe setze die revisionsrechtliche Beurteilung von Verfahrensabsprachen die Kenntnis der Details voraus. Die Beanstandung bei Anfechtung des Schuldspruchs müsse folglich im Rahmen einer dahingehenden Verfahrensrüge erfolgen<sup>174</sup>.

Problematisch ist, dass es für die Einhaltung des Verständigungsverfahrens nicht durchweg eine wirksame Kontrolle gibt<sup>175</sup>. Die Besonderheit des informellen Deals ist gerade dessen „Gesetzesferne“<sup>176</sup>. Dies macht auch das „Erfolgsrezept“ dieser Verständigungsform aus<sup>177</sup>. „Je falscher und gesetzeswidriger“ die Absprache praktiziert wird, „desto weniger Kontrolle ist möglich“<sup>178</sup>. „Wenn sich alle einig sind, das Gesetz nicht zu beachten, hat das Gesetz keine Chance mehr. Und wenn alle nur Vorteile haben, ist die Kontrolle ausgeschaltet“<sup>179</sup>. Das sei der Sinn der informellen Absprachenpraxis<sup>180</sup>. Deshalb kämen beim BGH nicht „die schlimmsten Verfahrensfehler an, sondern nur die dümmsten“<sup>181</sup>. Die Bedenken werden noch verstärkt, wenn aus der Praxis das Signal zu vernehmen ist, die Praktiker würden sich teilweise weder an die bislang ergangenen höchstrichterlichen Maßstäbe noch an die gesetzlichen Neuregelungen halten, sondern wie bisher verfahren<sup>182</sup>.

---

170 BGHSt. 50, 40, 56.

171 Fischer, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106.

172 BVerfG NJW 2013, 1058, 1066f.

173 Moldenhauer/Wenske, in: KK-StPO (Anm. 1), § 257 c Rdn. 55.

174 BGH StraFo 2013, 287 = NStZ 2013, 540.

175 Fischer, StraFo 2009, 177, 184; ders., ZRP 2010, 249, 250; ders., 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106; Harms, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 14; dies., Festschrift für Nehm, S. 289, 293.

176 Fischer, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106.

177 Fischer, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106.

178 Fischer, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106; ders., ZRP 2010, 249, 250; zuvor schon Tröndle/Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 113b.

179 Fischer, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106; zuvor schon Tröndle/Fischer (Anm. 95), § 46 Rdn. 113b; so auch Harms, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 14; Jähnke, ZRP 2001, 574, 576.

180 Fischer, StraFo 2009, 177, 184; ders., 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106.

181 Fischer, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 106.

182 Siehe dazu die Berichte bei Fischer, StraFo 2009, 177, 179 Fn. 19; ders., ZRP 2010, 249, 250; Thomas, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 33.

## b) Rechtsmittelverzicht

Soweit dem Urteil eine Verständigung nach § 257c StPO vorausgegangen ist, ordnet § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO an, dass ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen ist. Damit knüpft der Gesetzgeber zwar an die zuvor ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung an, die es für unerlässlich erachtete, dass der Verzicht auf die Einlegung des Rechtsmittels, der nach einer unzulässig zustande gekommenen Urteilsabsprache erklärt wurde, – außer im Fall einer qualifizierten Belehrung<sup>183</sup> – unwirksam ist<sup>184</sup>. Der Gesetzgeber geht aber im Ergebnis über die vom Großen Senat aufgestellte Leitlinie eines zulässigen Rechtsmittelverzichts nach qualifizierter Rechtsmittelbelehrung nach einer Verständigung hinaus<sup>185</sup>. Ausschlaggebend für die skeptisch-reservierte Haltung des Großen Senats gegenüber dem Rechtsmittelverzicht war seinerzeit, dass neben der eigentlichen Hauptverhandlung kein eigenständiges, informelles Verfahren geführt werden sollte, das unter dem Deckmantel der Unkontrollierbarkeit stattfindet<sup>186</sup>. Deshalb müsse eine effektive Kontrolle durch das Revisionsgericht auch im Rahmen der Urteilsabsprachen erhalten bleiben<sup>187</sup>. Soweit sich das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts beteiligt, lässt es erkennen, dass das Urteil keiner revisionsgerichtlichen Kontrolle unterzogen werden soll<sup>188</sup>. Dies lässt es aber nach Auffassung des Großen Senats ernsthaft besorgen, dass das Gericht es in der Erwartung, die Entscheidung werde nicht mehr überprüft, bei der Urteilsfindung an der auch in diesem Verfahren notwendigen Sorgfalt bei der prozessordnungsgemäßen Ermittlung des Sachverhalts, bei der Subsumtion unter das materielle Strafrecht und bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe fehlen lassen werde<sup>189</sup>. Ein Rechtsmittelverzicht ist nach der Regelung des § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO aber generell nicht mehr – auch nicht nach qualifizierter Belehrung – möglich, ein gleichwohl erklärter Rechtsmittelverzicht ist unwirksam<sup>190</sup>.

In der Folgezeit wurde der von § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO verfolgte Zweck, zu verhindern, dass sich ein Verfahrensbeteiligter aufgrund tatsächlicher oder ver-

---

**183** Zur qualifizierten Belehrung BGHSt. 50, 40, 61; dazu auch *Frisch*, Festschrift für Dencker 2012, S. 95, 101.

**184** BGHSt. 50, 40, 60.

**185** *Hoch*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 302 Rdn. 52; siehe auch BVerfG NJW 2013, 1058, 1066.

**186** BGHSt. 50, 40, 56.

**187** BGHSt. 50, 40, 56.

**188** BGHSt. 50, 40, 56.

**189** BGHSt. 50, 40, 56.

**190** *Hoch*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 302 Rdn. 51; *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Anm. 1), Teil B § 302 Rdn. 14.



meintlicher Erwartungen seiner Verständigungspartner vorschnell seiner Rechtsmittel begibt<sup>191</sup>, von den Verfahrensbeteiligten umgangen<sup>192</sup>, indem der „Trick“<sup>193</sup> angewandt wurde, das Rechtsmittel zunächst einzulegen, um es sogleich wieder zurückzunehmen. Mit § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO sollte sichergestellt werden, dass ein Verfahrensbeteiligter in Ruhe und ohne Druck während der laufenden Rechtsmittelfrist überlegen kann, ob er das Urteil akzeptieren will<sup>194</sup>. Dennoch wurde diese Verfahrensweise vom 1. Strafsenat des BGH nicht beanstandet, denn § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO untersagt lediglich den Rechtsmittelverzicht und nicht die Zurücknahme des Rechtsmittels<sup>195</sup>. Und das, obwohl der Schutz vor Übereilung, den das Verzichtsverbot sicherzustellen beabsichtigt, nicht mehr gewährleistet ist<sup>196</sup>. Teilweise wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, eine Verständigung in der Hauptverhandlung ohne anschließenden Rechtsmittelverzicht schaffe keine Rechtssicherheit<sup>197</sup> und dass die Verständigung mit dem Verbot des Rechtsmittelverzichts nicht funktioniere<sup>198</sup>. Es wird auch als „eine Art Vertragsbruch“ angesehen, wenn der Angeklagte Rechtsmittel einlegt obwohl sich das Gericht an seine vorläufige Beurteilung und an den zugesagten Strafrahmen hält – und sich damit auf Kosten (!) der Staatsanwaltschaft einseitige Vorteile verschafft<sup>199</sup>. Doch müssten die Verfahrensbeteiligten das Verbot des Rechtsmittelverzichts eigentlich nicht fürchten. Das Bemühen um die sofortige Rechtskraft erklärt sich vielmehr dadurch, dass auf diese Weise jegliche Kontrolle von Verfahrensgang und -ergebnis beinahe sicher ausgeschlossen werden kann<sup>200</sup>. Vergewärtigt man sich jedoch den Umstand, dass an Verständigungen teilweise pflichtvergessene Verteidiger beteiligt sind<sup>201</sup>, wird klar, ein schützenswertes Interesse an der vereinbarten sofortigen Rechtskraft besteht nicht. Dem Angeklag-

---

**191** BT-Drs. 16/13095 S. 10; *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Anm. 1), Teil B § 302 Rdn. 3; *Niemöller*, StV 2010, 474; *Frisch*, Festschrift für Dencker, S. 95, 117.

**192** *Niemöller*, StV 2010, 474; *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Anm. 1), Teil B § 302 Rdn. 16; *Niemöller*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 65 mit Hinweisen auf verschiedene Umgehungspraktiken; *Schlicht* 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 85; *Ignor*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 114; *Kudlich*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 126; *Fischer*, ZRP 2010, 249, 250 mit Hinweisen auf Umgehungspraktiken.

**193** *Schlicht*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 85; *Niemöller*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 65 „Taschenspielertrick“; *Fischer*, ZRP 2010, 249, 250: von „Bauernschläue“ geprägter Trick.

**194** BT-Drs. 16/13095 S. 10; *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Anm. 1), Teil B § 302 Rdn. 3; *Niemöller*, StV 2010, 474.

**195** BGHSt. 55, 82, 84 f.; ausführlich dazu *Frisch*, Festschrift für Dencker, S. 95, 111 ff.

**196** *Niemöller*, StV 2010, 474.

**197** *Pätzel*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 81.

**198** *Schlicht*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 85.

**199** *Nehm*, StV 2007, 549, 552.

**200** *Fischer*, ZRP 2010, 249, 250.

**201** Dazu die Darstellung bei *Kempf*, StV 2009, 269, 274 f.

ten ist vielmehr im Interesse einer justizförmigen und überprüfbaren Strafrechtspflege die Möglichkeit zu erhalten, nach Konsultation eines anderen Verteidigers, weiterhin Rechtsmittel einzulegen. So hatte der Deutsche Juristentag auch gefordert, der Gesetzgeber solle § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO dahingehend ergänzen, dass neben dem Rechtsmittelverzicht auch die Rücknahme eines eingelegten Rechtsmittels innerhalb der Rechtsmittelfrist ausgeschlossen ist<sup>202</sup>.

Auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist ein Rechtsmittelverzicht nach einer Verständigung generell ausgeschlossen. Dies wird zusätzlich abgesichert, indem eine Rechtsmittelkontrolle durch das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung ermöglicht wird<sup>203</sup>. Zu der Praxis der Rechtsmittelrücknahme hat sich das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht verhalten.

Bei „informellen“ Absprachen, die bewusst außerhalb des Regelungssystems getroffen werden, ist ein Rechtsmittelverzicht ebenfalls ausgeschlossen<sup>204</sup>, so dass die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts die Folge ist<sup>205</sup>. Eine informelle Verständigung muss den Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens betreffen und kommt zustande, wenn Staatsanwalt und Angeklagter dem Vorschlag des Gerichts über Fortgang und Ergebnis zustimmen, was bei informellen Verständigungen auch durch schlüssiges Verhalten möglich ist. Ob eine solche Verständigung zustande gekommen ist, muss freibeweislich ermittelt werden, wenn das Hauptverhandlungsprotokoll weder Angaben nach § 273 Abs. 1a Satz 1 StPO noch das Negativtest nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO enthält<sup>206</sup>.

### c) Relative und absolute Revisibilität

Eine Gesetzesverletzung begründet die Revision grundsätzlich nur, wenn das Urteil auf dem Gesetzesverstoß beruht (vgl. § 337 Abs. 1 StPO)<sup>207</sup>, der Rechtsfehler also entscheidungserheblich ist<sup>208</sup>. § 338 StPO führt abweichend von diesem Grundsatz absolute Revisionsgründe auf, die stets zur Aufhebung des Urteils führen, ohne dass das Beruhen des Urteils auf der Gesetzesverletzung nachgewie-

---

**202** *Beschluss II. 5. a) ee*) 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 172.

**203** BVerfG NJW 2013, 1058, 1066.

**204** BGH NSTZ 2014, 113 m. Anm. *Niemöller*, JR 2014, 216 sowie m. Anm. *Kudlich*, JZ 2014, 471; OLG München StV 2013, 493; *Meyer-Goßner*, StV 2013, 614.

**205** *Kudlich* NSTZ 2013, 379, 381; *Moldenhauer/Wenske*, in: KK-StPO (Anm. 1), § 257c Rdn. 56; *Harms*, 68. DJT 2010 – Bd. II/1, N 23.

**206** OLG München StV 2013, 493.

**207** *Temming*, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 338 Rdn. 1.

**208** *Gericke*, in: KK-StPO (Anm. 1), § 338 Rdn. 1.

sen werden muss<sup>209</sup>. Nach dieser Vorschrift wird das Beruhen des Urteils auf der Gesetzesverletzung unwiderleglich vermutet<sup>210</sup>. Die besondere Bedeutung des § 338 StPO liegt darin, dass eine Reihe von Verstößen gegen rechtsstaatliche Fundamentalnormen als unweigerlich zur Urteilsaufhebung führend vom Gesetzgeber hervorgehoben werden und damit auch ein erzieherischer Effekt auf die Strafjustiz erzielt wird<sup>211</sup>. Unter bestimmten Umständen darf allerdings ausnahmsweise von einer Urteilsaufhebung abgesehen werden<sup>212</sup>. Deshalb wird die Geschichte der Auslegung der absoluten Revisionsgründe durch die Rechtsprechung als Geschichte ihrer Relativierung angesehen<sup>213</sup>. Entgegen dieser bisherigen Tendenz nähert das Bundesverfassungsgericht nun bei Verstößen gegen das Verständigungsgesetz die in Rede stehenden relativen Revisionsgründe durch eine sehr stringente Lesart den absoluten an<sup>214</sup>.

Ausgehend von der Annahme, die Wirksamkeit der Kontrolle der Verständigungsregeln solle durch umfassende Transparenz- und Dokumentationspflichten sichergestellt werden, stellen diese Schutzmechanismen *keine bloßen Ordnungsvorschriften* dar<sup>215</sup>. Ein Verstoß gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten führt deshalb grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit einer gleichwohl getroffenen Verständigung. Hält sich das Gericht an eine solche gesetzeswidrige Verständigung, wird ein Beruhen des Urteils auf diesem Gesetzesverstoß regelmäßig schon deshalb nicht auszuschließen sein, weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit dem Gesetzesverstoß behaftet ist<sup>216</sup>. Dies führt zu einer Auslegung des § 337 Abs. 1 StPO, derzufolge das Revisionsgericht ein *Beruhen* des Urteils auf einem Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten *nur*

---

**209** *Maiwald*, in: AK-StPO (Anm. 28), Bd. 3, 1996, § 338 Rdn. 1; *Temming*, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 338 Rdn. 1; *Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl. 2012, Rdn. 118.

**210** *Temming*, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 338 Rdn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 65), § 338 Rdn. 1; *Gericke*, in: KK-StPO (Anm. 1), § 338 Rdn. 1; *Widmaier*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 338 Rdn. 1; *Dahs*, Revision (Anm. 209), Rdn. 118; *Heger*, Strafprozessrecht (Anm. 4), Rdn. 443.

**211** *Maiwald*, in: AK-StPO (Anm. 209), § 338 Rdn. 3.

**212** Siehe dazu *Temming*, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 338 Rdn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 65), § 338 Rdn. 2; *Dahs*, Revision (Anm. 209), Rdn. 118.

**213** *Widmaier*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 338 Rdn. 2.

**214** *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 669; *Hamm* StV 2013, 652, 654; *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 206; *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, 323; *Caspari*, DRiZ 2013, 160; dazu wäre aber *Kudlich*, NSTZ 2013, 379, 381, zufolge der Gesetzgeber berufen.

**215** BVerfG NJW 2013, 1058, 1066.

**216** BVerfG NJW 2013, 1058, 1067; krit. *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 215: „petitio principii“, „Hier wird der einfachrechtliche Begriff des Beruhens entweder missverstanden oder verfassungsrechtlich in problematischer Weise überspielt“; *Kudlich*, NSTZ 2013, 379, 381; vgl. auch *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 669.

in besonderen *Ausnahmefällen ausgeschlossen* werden kann<sup>217</sup>. Das Fehlen der Protokollierung stellt einen Rechtsfehler des Verständigungsverfahrens dar, der durch das Protokoll der Hauptverhandlung bewiesen wird<sup>218</sup>. Kommt eine Verständigung nicht zustande und fehlt es an der gebotenen Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO oder dem vorgeschriebenen Negativattest nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO, wird nach Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 257c StPO grundsätzlich nicht auszuschließen sein<sup>219</sup>, sofern nicht ausnahmsweise zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand<sup>220</sup>. Bei einem Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten wird sich nämlich in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzeswidrige „informelle“ Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht<sup>221</sup>. Soweit ein verständigungsbezogenes Gespräch im Sinne des § 202a StPO stattgefunden hat, an dem der Angeklagte nicht teilgenommen hat, und dessen wesentlicher Inhalt entgegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nicht mitgeteilt wurde, beruht ein Urteil regelmäßig auf diesem Verfahrensfehler<sup>222</sup>. Das Fehlen des Negativtests nach § 273 Abs. 1a StPO vermag nach Ansicht des BGH eine hierauf gestützte Verfahrensbeanstandung allerdings dann nicht zu rechtfertigen, wenn sich bereits aus dem Rügevorbringen ergibt, dass Verständigungsgespräche zu keinem Zeitpunkt stattgefunden haben<sup>223</sup>. Weiter kann ein Beruhen des Urteils in der Konstellation ausgeschlossen werden, in der sich der Angeklagte trotz unzulänglicher Protokollierung von Verständigungsgesprächen, die letztendlich scheiterten, nicht zur Sache eingelassen hat, wenn die Gespräche weder geheim gehalten wurden noch auf eine inhaltlich unzulässige Absprache zielten, noch der Angeklagte durch die unzureichend protokollierte Unterrichtung davon abgehalten wurde, Angaben zur Sache zu machen<sup>224</sup>.

---

**217** BVerfG NJW 2013, 1058, 1067; BGH NJW 2013, 3046, 3047 = NSTZ 2013, 667 = StV 2013, 677, 678; BGH NSTZ-RR 2014, 52; BGH StV 2014, 67; zust. Scheinfeld, ZJS 2013, 296, 302; nach König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 323, ist ein Ausnahmefall denkbar, wenn das Urteil selbst ausreichende Informationen über die Verständigung enthält, um ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu können, was jedoch selten der Fall sein werde.

**218** BGH NJW 2013, 3046, 3047 = NSTZ 2013, 667 = StV 2013, 677, 678.

**219** Krit. Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 216; vgl. dazu auch König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 323; vgl. Knauer, NSTZ 2013, 433, 436: BVerfG führt Möglichkeit der Protokollrüge ein.

**220** BVerfG NJW 2013, 1058, 1067.

**221** BVerfG NJW 2013, 1058, 1067; zum Beruhen bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Mitteilung von Verständigungsgesprächen BGH NSTZ-RR 2014, 115.

**222** BGH NSTZ-RR 2014, 52.

**223** BGH NSTZ 2013, 541 = StV 2013, 612.

**224** BGH NSTZ-RR 2014, 85.

Bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 257 c Abs. 5 StPO wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass das Geständnis und damit auch das Urteil auf dem Unterlassen der Belehrung beruht<sup>225</sup>. Auf der unterbliebenen Belehrung über die Voraussetzungen, unter denen die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt, beruht das Urteil deshalb, wenn keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass der Angeklagte darüber informiert gewesen sein könnte<sup>226</sup>. Ein Beruhen wird nur dann verneint werden können, wenn sich feststellen lässt, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte<sup>227</sup>. Nach Ansicht des BGH ist die Belehrung gemäß § 257 c Abs. 5 StPO als wesentliche Förmlichkeit in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen. Fehlt es hieran, ergibt sich im Hinblick auf die negative Beweiskraft des Protokolls, dass der Angeklagte nicht gemäß § 257 c Abs. 5 StPO belehrt wurde. Da in dem vom BGH entschiedenen Fall keine Ausnahmekonstellation vorlag, beruhte das Urteil auf der fehlenden Belehrung nach § 257 c Abs. 5 StPO<sup>228</sup>. Allerdings kann der Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 257 c Abs. 5 StPO geheilt werden, wenn eine rechtsfehlerfreie Wiederholung des von dem Verfahrensfehler betroffenen Verfahrensabschnitts durchgeführt wurde. Dafür bedarf es eines ausdrücklichen Hinweises auf den Fehler und die daraus folgende gänzliche Unverbindlichkeit der Zustimmung des Angeklagten sowie einer Nachholung der versäumten Belehrung nach § 257 c Abs. 5 StPO und der erneuten Einholung einer nunmehr verbindlichen Zustimmungserklärung<sup>229</sup>. Weiter beruht das Urteil ausnahmsweise nicht auf der unterbliebenen Belehrung nach § 257 c Abs. 5 StPO<sup>230</sup>, wenn die Belehrung zwar verspätet, das heißt erst nach der allseitigen Zustimmung zum gerichtlichen Verständigungsvorschlag erfolgte, der Angeklagte jedoch nach seiner Zustimmung eine Überlegungsfrist von einer Woche zur Verfügung hatte, bis er in einem weiteren Verhandlungstermin ein Geständnis ablegte<sup>231</sup>.

Auch im Rahmen einer Berufungsbeschränkung führt der Verstoß gegen die Belehrungspflichten zur Unwirksamkeit des Geständnisses und einer danach erfolgten Berufungsbeschränkung. Die Unwirksamkeit der Berufungsbeschränkung ergibt sich auch aus der analogen Anwendung des durch das Verständi-

---

**225** BVerfG NJW 2013, 1058, 1067; BGH NStZ 2013, 728 = StV 2013, 682, 683; OLG München StV 2014, 79.

**226** OLG Köln StV 2014, 80.

**227** BVerfG NJW 2013, 1058, 1067; krit. *Niemöller*, StV 2013, 420, 421; vgl. dazu auch *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, 323.

**228** BGH StraFo 2013, 286 = StV 2013, 611; siehe auch OLG Köln StV 2014, 80.

**229** BGH NStZ 2013, 728 = StV 2013, 682, 683.

**230** Dazu auch *Radtke*, NStZ 2013, 729.

**231** BGH NStZ 2013, 728, 729 = StV 2013, 682, 683 m. Anm. *Eisenberg*, StV 2014, 69; krit. *Landau*, NStZ 2014, 425, 430.

gungsgesetz konstituierten Rechtsmittelverzichtsverbots nach § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO<sup>232</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht deutet Formverstöße bei diesem Verständnis *faktisch in absolute Revisionsgründe* um<sup>233</sup>. Das stellt eine *grundlegende Abweichung* von der bisherigen *Beruhensdogmatik* dar<sup>234</sup>. Da die Tatrichter nichts mehr als einen absoluten Revisionsgrund fürchten, soll dieses Verständnis der Vorschriften die notwendige Durchsetzungskraft in der Praxis sichern<sup>235</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hatte bei der besonderen Lesart der Revisibilität der Verständigungsregeln folglich wohl auch den bereits angesprochenen erzieherischen Effekt der absoluten Revisionsgründe vor Augen. Der BGH hat jedoch klargestellt, dass ein Verstoß gegen die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO keinen absoluten Revisionsgrund im Sinne von § 338 Nr. 6 StPO darstellt<sup>236</sup>. Darüber hinaus zeichnen sich in der Rechtsprechung der Fachgerichte bestimmte Leitlinien ab, in gewissem Maße dennoch eine einzelfallbezogene Beruhensprüfung vorzunehmen<sup>237</sup>.

Das Anliegen, bei Verstößen gegen das Verständigungsgesetz eine möglichst umfassende Rechtsmittelkontrolle zu ermöglichen, erscheint – in Anbetracht des teilweise vorherrschenden „anarchischen Zustandes“<sup>238</sup> bei den Verfahrensabsprachen – durchaus legitim. Möglicherweise wäre es jedoch vorzugswürdiger, wenn der Gesetzgeber Rechtsverstöße bei Verständigungen in § 338 StPO aufnehmen und damit explizit in den Rang von absoluten Revisionsgründen erheben würde<sup>239</sup>. Mit der Dogmatik der absoluten Revisionsgründe ließe sich eine solche Aufnahme durchaus vereinbaren, handelt es sich bei den in § 338 StPO aufgeführten Verfahrensverstößen um die Verletzung zwingender Grundnormen des Strafverfahrensrechts, deren Beachtung jedenfalls für die Zukunft sichergestellt werden soll<sup>240</sup>. Auch die Vorschriften des Verständigungsgesetzes sollen sicherstellen,

**232** OLG München StV 2014, 79, 80.

**233** *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 669; *Hamm*, StV 2013, 652, 654; *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 206; *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321, 323; *Caspari*, DRiZ 2013, 160; dazu wäre aber *Kudlich*, NSTZ 2013, 379, 381, zufolge der Gesetzgeber berufen.

**234** *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 205; *Kudlich*, NSTZ 2013, 379, 381, bezweifelt (zurückhaltend), dass die Ausführungen des BVerfG zur Beruhensfrage an der Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung teilhaben.

**235** *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 206; *Knauer*, NSTZ 2013, 433, 436.

**236** BGH NSTZ-RR 2014, 85; BGH NSTZ 2013, 724 = StV 2013, 740; dazu *Landau*, NSTZ 2014, 425, 430.

**237** Dazu *Radtke*, NSTZ 2013, 729.

**238** *Ignor*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 113.

**239** Dahingehend schon *Jähnke*, ZRP 2001, 574, 577.

**240** Zum Wesen der absoluten Revisionsgründe *Temming*, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), § 338 Rdn. 1.

dass in der Verständigungssituation zentrale Garantien des Strafprozesses nicht unterlaufen werden. Ob die „neuen Revisionsgründe“, wie sie jetzt in der strengen Lesart des Bundesverfassungsgerichts zunächst die Praxis bestimmen sollen, allerdings tatsächlich etwas bewirken, ist ungewiss, da die meisten Verständigungen nie zu einem Revisionsgericht gelangen<sup>241</sup>.

#### d) Nichtigkeit verständigungsbasierter Urteile

Richterliche Entscheidungen können Mängel aufweisen, deren Art und Bedeutung verschieden ist<sup>242</sup>. Die StPO sieht deshalb die Möglichkeit vor, mit Rechtsmitteln gegen fehlerhafte Entscheidungen vorzugehen. Zu diesem Zweck besteht auch der gesetzliche Instanzenzug.

Die Frage, ob Urteile darüber hinaus nichtig sein können, wird nicht einheitlich beantwortet<sup>243</sup>. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird allerdings davon ausgegangen, dass Urteile und andere gerichtliche Entscheidungen nichtig sind, wenn sie an einem derart schweren Mangel leiden, dass es bei Berücksichtigung der Belange der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus schlechthin unerträglich wäre, sie als verbindlichen Richterspruch anzunehmen und gelten zu lassen und der Mangel für einen verständigen Betrachter offen zutage tritt<sup>244</sup>. Es handelt sich um Urteile, die in keiner Weise den Vorschriften und dem Geiste der StPO entsprechen<sup>245</sup>. Auch wenn die Entscheidungen vom Gericht verkündet worden sind, sollen sie keinerlei Rechtswirkung entfalten<sup>246</sup>. Soweit ein nichtiges Urteil vollstreckt werden soll, kann die Unbeachtlichkeit des Urteils mittels einer Einwendung gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung nach § 458 Abs. 1 StPO geltend gemacht werden<sup>247</sup>. Nichtigkeit soll zum Beispiel vorliegen, wenn das Urteil eine unzulässige Sanktion enthält<sup>248</sup>

---

**241** *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 219; *Weigend*, StV 2013, 424, 427; *Meyer*, NJW 2013, 1850, 1853, funktioniert der Deal, wird das Revisibilitätsrisiko nicht akut.

**242** *Henkel* (Anm. 158), S. 304.

**243** Siehe vertiefend *Kühne*, in: LR (Anm. 5), Einl. K Rdn. 105 ff., *Henkel* (Anm. 158), S. 306 f.; zur Abgrenzung von Nichturteilen *Rüping*, Das Strafverfahren, 3. Aufl. 1997, Rdn. 554; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 52 Rdn. 24.

**244** BVerfG NJW 1985, 125 f.; BGHSt. 10, 278, 281; 29, 351, 352 ff.; BGH NSTz 1984, 279; siehe auch BGH NSTz 2009, 579, 580.

**245** BGH NSTz 1984, 279; *Rüping*, Strafverfahren (Anm. 243), Rdn. 552.

**246** *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 243), § 52 Rdn. 25.

**247** *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 243), § 52 Rdn. 31; *Henkel* (Anm. 158), S. 307, der allerdings hervorhebt, dass dies keine zufriedenstellende Lösung sei.

**248** *Henkel* (Anm. 158), S. 307; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 243), § 52 Rdn. 26.

beziehungsweise von einem Ausnahmegericht erlassen wurde<sup>249</sup>. Hingegen spricht eine andere Ansicht der Kategorie der nichtigen Urteile die praktische Bedeutung ab und fordert, die Entscheidung über die Mängel den in Betracht kommenden Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen zu überantworten<sup>250</sup>. So sei die Nichtigkeit eines Urteils selbst dann förmlich festzustellen, wenn der Fehler dem Urteil „auf die Stirn geschrieben ist“<sup>251</sup>.

Jüngst hat das OLG München in Anknüpfung an die bisherige Linie der Rechtsprechung festgestellt, dass ein Urteil, das auf einer informellen Verständigung außerhalb der hierfür vorgesehenen Regeln nach § 257c StPO beruht, ausnahmsweise gänzlich nichtig und unwirksam sein kann<sup>252</sup>. Abgesehen davon, dass bei nichtigen Urteilen nicht das Verschlechterungsverbot gelten soll<sup>253</sup>, sind Folgeprobleme denkbar. Zunächst fehlte den im Fall des OLG München in Rede stehenden Belehrungsaufgaben ein rechtliches Fundament, wenn das Urteil des AG nichtig ist. Weiter „erfindet“ das OLG eine Analogie zu § 210 Abs. 3 StPO und verweist an ein anderes AG, weshalb sich daran anschließend die Frage stellt, was geschehen würde, wenn sich das AG für örtlich oder sachlich unzuständig erklären würde<sup>254</sup>. *Förschner* weist zudem darauf hin, dass bei sämtlichen Urteilen seit dem 29.7.2009, die auf vergleichbaren Verstößen gegen die Regelungen des Verständigungsgesetzes beruhen und bei denen ein vom Angeklagten erklärter Rechtsmittelverzicht unwirksam ist, eine Wiedereinsetzung auch mit der Unkenntnis des Verteidigers begründet werden könne<sup>255</sup>.

Abgesehen von diesen Bedenken kommt der Entscheidung des OLG München allerdings eine nicht zu unterschätzende Signalwirkung zu. Wenn nämlich mit dem Verdikt der Nichtigkeit zum Ausdruck gebracht wird, dass informelle Verständigungen außerhalb der hierfür vorgesehenen Regelung in keiner Weise dem Geist der StPO entsprechen, kann dies durchaus dahingehend verstanden werden, dass in diesen Fällen ein „Rechtsbruch als elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege“ vorliegt, den die Rechtsprechung für die Annahme einer Rechtsbeugung im Sinne von § 339 StGB fordert<sup>256</sup>.

---

**249** *Henkel* (Anm. 158), S. 306; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 243), § 52 Rdn. 26.

**250** *Loos*, in: *AK-StPO* (Anm. 28), Bd. 2/2, 1987, Anhang zu § 264 Rdn. 21; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 65), Einl. Rdn. 105a; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 15 Rdn. 11.

**251** *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO (Anm. 250), § 15 Rdn. 12.

**252** OLG München StV 2013, 495; krit. *Landau*, NStZ 2014, 425, 429.

**253** *Förschner*, StV 2013, 502, 503; *Meyer-Goßner*, StV 2013, 614.

**254** *Meyer-Goßner*, StV 2013, 614, 615.

**255** *Förschner*, StV 2013, 502, 503; vgl. dazu auch *Meyer-Goßner*, StV 2013, 614.

**256** BGHSt. 47, 105, 108f.; BGH NStZ 2013, 648, 651.



Trotzdem sollte die Kategorie der Nichtigkeit auf Fälle beschränkt bleiben, in denen ein Rechtskundiger bei unbefangener Lektüre des Urteils unschwer erkennt, dass das „Gericht“ oder die Rechtsfolgen in der geltenden Rechtsordnung nicht existieren. Das ist bei einem – auch an schwerwiegenden Mängeln leidenden – Deal allerdings wohl nie der Fall.

#### 4. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts

Der zur Entscheidung berufene Richter, der darüber zu befinden hat, ob der staatliche Strafanspruch im konkreten Fall besteht und welche Sanktion zu verhängen ist, kann Vertrauen nur beanspruchen, wenn gewährleistet ist, dass er die richterliche Gewalt unparteilich ausübt<sup>257</sup>. Der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit des Gerichts kommt folglich eine wesentliche Legitimitätsfunktion zu; durch sie wird der Glauben an die Richtigkeit der richterlichen Entscheidung und das Vertrauen in die Rechtspflege überhaupt begründet und gestärkt<sup>258</sup>. Die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit des gesetzlichen Richters stellt mithin ein zentrales rechtsstaatliches Postulat dar<sup>259</sup>. Die Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen dienen diesem Zweck<sup>260</sup>, nämlich die Richterbank von Richtern freizuhalten, die dem rechtlich zu würdigenden Sachverhalt und den daran Beteiligten nicht mit der erforderlichen Distanz des Unbeteiligten und deshalb am Ausgangsverfahren uninteressierten „Dritten“ gegenüberstehen<sup>261</sup>.

Besonders in der Situation der offenen Kommunikation, die mit der gesetzlichen Verankerung der Verständigungsregelungen, gefördert werden sollte<sup>262</sup>, ist die Gefahr groß, dass sich das Gericht vorschnell auf eine bestimmte Sicht des Verfahrensausgangs festlegt und dies auch den Kommunikationspartnern deutlich

---

257 *Wassermann*, in: AK-StPO (Anm. 78), vor § 22 Rdn. 1.

258 *Wassermann*, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 1989, Art. 97 Rdn. 13.

259 *Kudlich/Noltensmeier*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 24 Rdn. 1; *Ignor*, ZIS 2012, 228.

260 BVerfGE 46, 34, 37; *Wassermann*, in: AK-StPO (Anm. 78), vor § 22 Rdn. 1; *Temming*, in: Heidelberger Kommentar (Anm. 10), Vor §§ 22ff. Rdn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 65), Vor § 22 Rdn. 1.

261 BVerfGE 46, 34, 37; *Scheuten*, in: KK-StPO (Anm. 1), § 22 Rdn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 65), Vor § 22 Rdn. 1.

262 *Ignor*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257 b Rdn. 2; *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Anm. 1), Teil B § 257 b Rdn. 1; *Eschelbach*, in: *Graf* (Anm. 75), § 257 b Rdn. 1; v. *Heintschel-Heinegg*, in: KMR-StPO (Anm. 10), § 257 c Rdn. 1; *Velten*, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257 b Rdn. 1.

wird<sup>263</sup>. Um dieser Gefahr zu begegnen, wurde teilweise schon gefordert, dass zwischen dem Verständigungsverfahren und dem Hauptverfahren eine organisatorische und personelle Trennung stattfindet<sup>264</sup>. Hinzuweisen ist, insbesondere weil die Legitimität der Absprache oft mit einem vergleichenden Hinweis auf die Praxis des „*plea bargaining*“ im US-amerikanischen Rechtsraum gestützt wird<sup>265</sup>, auch auf einen interessanten Umstand, der gelegentlich übersehen wird: die Verständigung wird in diesem Rechtskreis im Rahmen des Bundesstrafverfahrens<sup>266</sup> ausschließlich zwischen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung getroffen<sup>267</sup>. Der Richter überprüft das „*guilty plea*“ des Angeklagten vor allem<sup>268</sup> auf dessen Freiwilligkeit. Soweit ein „*guilty plea*“ nicht zustande kommt, wird mit dem *jury trial* ein anderer Richter zuständig, der von dem Versuch einer Absprache – anders als im Rahmen der deutschen Absprachenpraxis – nichts erfährt<sup>269</sup>. In den Vorschriften des Verständigungsgesetzes hat eine solche Trennung allerdings keinen Niederschlag gefunden. Vielmehr gelten auch im Rahmen der Verständigungssituation die allgemeinen Regeln über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen. Einschlägig erscheint insbesondere § 24 StPO zu sein, wonach ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann. Die Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln<sup>270</sup>.

Aus den gesetzlichen Regelungen zur Verständigung im Strafverfahren ergibt sich zunächst, dass eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nicht alleine auf die Tatsache gestützt werden kann, dass sich das Gericht an einem offenen Rechtsgespräch beteiligt<sup>271</sup> und in diesem Rahmen seine Einschätzung

---

**263** Eschelbach, in: Graf (Anm. 75), § 257 b Rdn. 5; Beulke, in: SSW-StPO (Anm. 9), Einl. Rdn. 225; dazu ausführlich jetzt Isfen, ZStW 125 (2013), S. 325.

**264** Fischer, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 108; der DJT hat diesen Vorschlag allerdings abgelehnt, Beschluss II. 4. b) 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 172.

**265** Schlicht, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 83; siehe auch Deal (Weider), StV 1982, 545; zum „*plea bargaining*“ insbesondere Trüg, ZStW 120 (2008), S. 331, 340 ff.; Rosenau, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 74; Strate, HRRS 2014, 134, 138.

**266** Vgl. zur Beteiligung des Gerichts in den einzelnen Jurisdiktionen der Bundesstaaten, Trüg, ZStW 120 (2008), S. 331, 350 Anm. 88 sowie Rosenau, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 109. Zur Struktur des US-amerikanischen Strafrechtssystems, Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, 2010.

**267** Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil A Rdn. 4 Fn. 4; Trüg, ZStW 120 (2008), S. 331, 350; Kempf, StV 2009, 269, 272; Kempf, Stellungnahme zu BT-Drs. 16/11736, S. 3.

**268** Zu weiteren Prüfungspunkten, Trüg, ZStW 120 (2008), S. 331, 350.

**269** Kempf, Stellungnahme zu BT-Drs. 16/11736, S. 3; ders., StV 2009, 269, 272; Gillmeister, Stellungnahme zu BT-Drs. 16/11736, S. 2.

**270** BVerfGE 92, 138, 139; Scheuten, in: KK-StPO (Anm. 1), § 24 Rdn. 3a.

**271** Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257 b Rdn. 8.

des Verfahrenstandes bekanntgegeben hat<sup>272</sup>. Dies entspricht auch der vor der gesetzlichen Regelung ergangenen Rechtsprechung<sup>273</sup>, soweit die Gespräche nicht in Abwesenheit eines sonst üblicherweise mitwirkenden Verfahrensbeteiligten geführt wurden und dabei eine Festlegung erfolgte<sup>274</sup>. Nach Auffassung des BGH rechtfertigt es nicht die Besorgnis der Befangenheit, wenn die Berufsrichter die Sach- und Rechtslage vor der Eröffnung des Hauptverfahrens und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung unter umfassender Auswertung des Aktenmaterials geprüft haben und eine Prognose zu den Strafhöhen im Falle eines Geständnisses aufstellen, diese mit den Schöffen abstimmen und sodann den Verfahrensbeteiligten mitteilen<sup>275</sup>. Auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts begegnen Rechtsgespräche und Hinweise auf die vorläufige Beurteilung der Beweislage oder die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Solche Formen der kommunikativen Verhandlungsführung stellen nicht die Unvoreingenommenheit des Gerichts in Frage, solange sie transparent bleiben und kein Verfahrensbeteiligter hiervon ausgeschlossen ist<sup>276</sup>. In der Rechtssache *Kriegisch* hatte der EGMR allerdings festgehalten, das Zusammentreffen der Vorbefassung und eines unterbreiteten Verständigungsangebots könne im Einzelfall legitime Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters wecken<sup>277</sup>.

Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Maßstäbe werden durch in der Literatur herausgearbeitete Leitlinien, wann die Besorgnis der Befangenheit im Einzelfall bestehe, ergänzt. Ob die Besorgnis der Befangenheit gegeben ist, ist danach weiterhin eine Frage des Einzelfalls<sup>278</sup>. Da Gegenstand einer Erörterung im Sinne des § 257 b StPO auch die Angabe einer Ober- und Untergrenze der nach gegenwärtigem Verfahrensstand zu erwartenden Strafe durch das Gericht sein kann<sup>279</sup> und auch Gespräche über eine einstweilige Bewertung von Zeugenaussagen oder andere Beweiserhebungen dazu gehören<sup>280</sup>, ist die Grenze zur Besorgnis der Befangenheit noch nicht überschritten, wenn ein Richter eine gewisse Antizipation der Beweiswürdigung in einem Gespräch – als

**272** BT-Drs. 16/12310 S. 13; a. A. *Isfen*, ZStW 125 (2013), S. 325ff., der bei Verständigungen die Gefahr einer Befangenheit sieht.

**273** BGHSt. 36, 210, 214; BGHSt. 42, 46, 47f.; 45, 312, 315ff.; BGH NStZ 2008, 172, 173.

**274** BGHSt. 37, 298, 303ff.; siehe dazu auch *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Anm. 1), Teil A Rdn. 9

**275** BGH NStZ 2011, 590, 591.

**276** BVerfG NJW 2013, 1058, 1068.

**277** EGMR HRRS 2011, 493f.

**278** *Beulke*, in: SSW-StPO (Anm. 9), Einl. Rdn. 224.

**279** BT-Drs. 16/12310 S. 12.

**280** BT-Drs. 16/12310 S. 13.

vorläufige Einschätzung nicht nur der Beweisergebnisse, sondern auch der Glaubhaftigkeit anderer Aussagen – erkennen lässt<sup>281</sup>. Besorgnis der Befangenheit ist hingegen begründet, wo die Offenheit für einen Bewertungswechsel zweifelhaft wird, wenn also die Zweifel an solchen vorläufigen Würdigungen nicht mehr vorhanden sind<sup>282</sup>. So genügen Richter, die erkennen lassen, sie wollen praktisch nur noch über die Straffrage verhandeln und haben sich auf die Schuldannahme festgelegt, nicht den Anforderungen, die an einen unparteilichen und unvoreingenommenen Richter zu stellen sind<sup>283</sup>. Richter, die sich ohne vorherige Aktenlektüre auf ein Ergebnis festlegen, sind ebenso befangen<sup>284</sup>. Bei Schöffen, die sich auf ein Verfahren einlassen, dessen Prämissen in den vorherigen Verständigungsgesprächen sie nicht kennen und dessen Gegenstand ihnen mangels strengbeweislicher Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung systematisch vorenthalten wird, ist zu besorgen, dass sie befangen sind<sup>285</sup>.

Auch kann die inhaltliche Ausgestaltung der Erörterungen durch den Richter ein Indiz für die Befangenheit darstellen<sup>286</sup>. Weiter sind Anhaltspunkte für die Befangenheit des Richters gegeben, wenn dieser sein Interesse an einem bestimmten Verfahrensziel dadurch zu erkennen gibt, dass er versucht, den Angeklagten zu einem Geständnis zu überreden oder zu nötigen<sup>287</sup>. In diesen Zusammenhang ist es einzuordnen, wenn der Mangel an Kooperationsbereitschaft mit Empörung aufgenommen wird oder wenn dem Angeklagten Sanktionsalternativen aufgezeigt werden<sup>288</sup>. Folglich bildet die Nutzung der Sanktionsschere als Druckmittel einen Ablehnungsgrund<sup>289</sup>. Die gesonderte Behandlung eines Mitangeklagten in einer Weise, die eine Beweisantizipation zum Nachteil des anderen Angeklagten erkennen lässt, vermag ebenso einen Ablehnungsgrund zu begründen<sup>290</sup>.

Weder der Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht haben sich jedoch speziell des Problems angenommen, dass nach einem fehlgeschlagenen

---

**281** Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257b Rdn. 8.

**282** Paeffgen, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. 4, 4. Aufl. 2011, § 202a Rdn. 37; Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257b Rdn. 8.

**283** Eschelbach, in: Graf (Anm. 75), § 257b Rdn. 5; Paeffgen, in: SK-StPO (Anm. 281), § 202a Rdn. 37; Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257b Rdn. 8.

**284** Eschelbach, in: Graf (Anm. 75), § 257b Rdn. 5.

**285** Eschelbach, in: Graf (Anm. 75), § 257b Rdn. 5.

**286** Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257b Rdn. 8.

**287** Paeffgen, in: SK-StPO (Anm. 281), § 202a Rdn. 37; Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257b Rdn. 8.

**288** Velten, in: SK-StPO (Anm. 5), § 257b Rdn. 8.

**289** Eschelbach, in: Graf (Anm. 75), § 257b Rdn. 5; Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil C Rdn. 96.

**290** BGH NSTZ 2011, 44, 46; Eschelbach, in: Graf (Anm. 75), § 257b Rdn. 5.

Verständigungsversuch derselbe Spruchkörper für die Hauptverhandlung zuständig ist<sup>291</sup>. Dabei wird teilweise angenommen, der Richter sei danach strukturell voreingenommen<sup>292</sup>. Da es für § 24 StPO um die Besorgnis der Befangenheit geht und nicht auf deren tatsächliches Vorliegen ankommt<sup>293</sup>, ist dieses strukturelle Problem ernst zuzunehmen und sollte vom Gesetzgeber einer Lösung zugeführt werden. Bis dahin sollte der erhobene Einwand der Befangenheit durch die Verteidigung nicht leichthin unter Hinweis auf die formale Unabhängigkeit des Gerichts abgetan werden.

## 5. Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung im Amt und Rechtsbeugung<sup>294</sup>

In Bezug auf den bis zum Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes vorherrschenden „anarchischen Zustand“<sup>295</sup> bei den Absprachen<sup>296</sup>, wurde darauf hingewiesen, es sei der Praxis verwehrt, im „alten Trott“ weiterzumachen; denn auf diese Weise gerieten die Akteure in den Bereich des Strafbaren<sup>297</sup>. Teilweise wird deshalb vertreten, die Beachtung des Verständigungsgesetzes könne neben der Kontrolle der Verständigungen durch die Rechtsmittelgerichte zusätzlich im Wege der strafrechtlichen Verfolgung der Beteiligten an rechtswidrigen Absprachen abgesichert werden<sup>298</sup>. Angesichts der allgemein seltenen Strafverfahren und erst recht der geringen Verurteilungszahlen wegen Rechtsbeugung<sup>299</sup> und dem Umstand, dass es zur Einleitung von Strafverfahren und einschlägigen Entscheidungen in diesem Zusammenhang nicht gekommen ist<sup>300</sup>, erscheint dies doch als ein „sehr

---

**291** Weigend, StV 2013, 424, 427.

**292** Scheinfeld, ZJS 2013, 296, 297.

**293** Wassermann, in: AK-StPO (Anm. 78), § 24 Rdn. 3; Kudlich/Noltensmeier, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 24 Rdn. 6f.; Schroeder/Verrel (Anm. 8), Rdn. 159.

**294** Ausführlich Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil D Rdn. 1ff.; Erb, StV 2014, 103ff.; Globke, JR 2014, 9, 16ff.; Dießner, StV 2011, 43ff.

**295** Ignor, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 113.

**296** Siehe dazu, dass dem BGH schon etliche Urteilsabsprachen vorgelegen haben, die nach den höchstrichterlichen Kriterien den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt haben dürften, Schüinemann, ZRP 2009, 104f.

**297** Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Einleitung, S. 6; siehe auch Schlothauer/Weider, StV 2009, 600, 606.

**298** Satzger, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 76f.

**299** Siehe dazu Spendel, in: Leipziger Kommentar, Bd. 9, 11. Aufl. 2006, § 339 Rdn. 3; Kuhlen, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 339 Rdn. 4; Schiemann, NJW 2002, 112.

**300** Altenhain/Haimerl, JZ 2010, 327, 336; Kempf, StV 2009, 269, 271; Niemöller/Schlothauer/Weider (Anm. 1), Teil D Rdn. 1; von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wurde im Fall des

spezieller Ansatz“. Bei *Dahs* ist auch eine grundsätzlich starke Zurückhaltung zu verzeichnen, wenn er darauf hinweist, dass der Vorwurf der Rechtsbeugung weder vorgebracht werden noch anklingen darf, soweit die innere und äußere Tatseite nicht guten Gewissens bejaht werden kann<sup>301</sup> und er die Erstattung einer Strafanzeige als „schweres Geschütz“ bezeichnet, von der der Verteidiger tunlichst absehen sollte<sup>302</sup>. Die Drohung mit der Strafbarkeit nach § 339 StGB wird auch teilweise für „rührend“ gehalten, wobei die „wohlgemeinten Worte“ nichts wert seien<sup>303</sup>, um die Beachtung des Verständigungsgesetzes zu gewährleisten. Berücksichtigt man jedoch die jüngere Rechtsprechung des BGH zum Rechtsbeugungstatbestand<sup>304</sup> und die Hinweise des Bundesverfassungsgerichts bezüglich einer möglichen Strafbarkeit der an unzulässigen Absprachen Beteiligten<sup>305</sup>, so erscheint es nicht verfehlt, diesem Ansatz kurz nachzugehen.

### a) Rechtsbeugung (§ 339 StGB)

Mit der Strafandrohung des § 339 StGB soll die Rechtspflege geschützt werden<sup>306</sup>. Im Rahmen des 68. Juristentags in Berlin wurde deshalb beantragt, zu beschließen, dass sich derjenige wegen Rechtsbeugung strafbar mache, der die Vorgaben des Verständigungsgesetzes nicht einhalte<sup>307</sup>. Für einige Verstöße gegen das Verständigungsgesetz steht nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts unausgesprochen eine Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung im Raum<sup>308</sup>. *Kudlich* zufolge können gezielt informell gehaltene Verständigungen zur Ermöglichung eines Rechtsmittelverzichts unter Androhung einer Sanktionsschere den Rechtsbeu-

---

OLG München StV 2013, 495, nach § 152 Abs. 2 StPO abgesehen, dazu die Dokumentation in StV 2014, 569.

**301** *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, Rdn. 188.

**302** *Dahs*, Handbuch (Anm. 301), Rdn. 209.

**303** *Fischer*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 107; skeptisch auch *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 336; zugespitzt auch bei *Fischer*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 79: „Niemand wird sich doch hinstellen und sagen, wir haben eine gewisse Anzahl von mehreren hundert Rechtsbeugungsfällen in Deutschland, aber damit müssen wir einfach leben. ‚In meinem Bezirk gibt es relativ wenige Rechtsbeugungen‘ – es würde sich doch kein Generalstaatsanwalt in Deutschland trauen, das öffentlich zu sagen“.

**304** BGH StV 2014, 16.

**305** BVerfG NJW 2013, 1058, 1065.

**306** *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 49 Rdn. 74.

**307** *Freuding*, 68. DJT 2010 – Bd. II/2, N 96.

**308** *Scheinfeld*, ZJS 2013, 296, 301; *Meyer-Goßner*, StV 2013, 614.

gungstatbestand erfüllen<sup>309</sup>. Es wird mitunter jedoch darauf hingewiesen, dass bei einem expliziten gesetzlichen Verbot der informellen Absprachen der Rechtsbeugungsvorwurf leichter zu begründen wäre<sup>310</sup>. Allerdings lässt sich dies durchaus auch damit hinreichend begründen, dass das Bundesverfassungsgericht die Unzulässigkeit informeller Absprachen außerhalb des Verständigungsgesetzes klargestellt hat<sup>311</sup> sowie mit der Auffassung des OLG München, dass solche informellen Absprachen unter Umständen in keiner Weise mit dem Geist der StPO zu vereinbaren und deshalb nichtig sind<sup>312</sup>. Den vom BGH geforderten „Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege“<sup>313</sup> wird man im Fall der bewusst außerhalb des Verständigungsgesetzes praktizierten Absprache annehmen können. Der 2. Strafsenat hatte jüngst einen Freispruch aufgehoben und in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass in dem durch unzulässige Mittel erwirkten Rechtsmittelverzicht ein objektiver Rechtsbeugungsverstoß liegen kann<sup>314</sup>.

### b) Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB)

Im Zusammenhang mit einem Rechtsmittelverzicht, weist das Bundesverfassungsgericht auf die Protokollierungspflicht nach § 273 Abs. 1a Satz 1 StPO für eine solche Verständigung und die mögliche Strafbarkeit nach § 348 StGB hin<sup>315</sup>. Teilweise wird jedoch auf die Zweifelhafteigkeit einer Strafbarkeit nach § 348 StGB hingewiesen, denn das Sitzungsprotokoll sei keine öffentliche Urkunde<sup>316</sup> und protokolliert werden könne nur, was Gegenstand der Hauptverhandlung geworden ist<sup>317</sup>. In praktischer Hinsicht steht der Strafbarkeit nach § 348 StGB – nach hergebrachtem Verständnis – zudem die Sperrwirkung des § 339 StGB entgegen<sup>318</sup>.

---

**309** Kudlich, NStZ 2013, 379, 381; Förchner, StV 2013, 502, 503; vgl. auch König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 324, ob in der unterbliebenen Beurkundung einer informellen Verständigung allein ein elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege gesehen werden kann, ist zweifelhaft.

**310** Kudlich, ZRP 2013, 162, 165.

**311** BVerfG NJW 2013, 1058, 1064.

**312** OLG München StV 2013, 495, 502.

**313** BGHSt. 47, 105, 108f.; BGH NStZ 2013, 648, 651.

**314** BGH NStZ 2013, 106, 107.

**315** BVerfG NJW 2013, 1058, 1064; vgl. dazu die Verfügung des Leitenden Oberstaatsanwalts von Berlin (vom 20.3.2013) bei Mosbacher, NZWiSt 2013, 201, 206.

**316** Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 215; Weigend, StV 2013, 424, 426 Fn. 9; Knauer, NStZ 2013, 433, 435; vgl. dazu Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 672; König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 324.

**317** Knauer, NStZ 2013, 433, 435.

**318** Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 672; vgl. ausführlich König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 324.

Allerdings hat der BGH jüngst in einem *obiter dictum* angedeutet, an dieser Auffassung zumindest im Verhältnis von § 339 StGB und § 267 StGB nicht mehr festhalten zu wollen<sup>319</sup>; eine Übertragung dieser Idee auf § 348 StGB wäre nicht fernliegend. Dies könnte auch in den Fällen der unzutreffenden Beurkundung relevant werden, in denen auch eine Strafbarkeit nach § 267 StGB im Raum steht. Der BGH hatte zudem im Zusammenhang mit der heimlichen, aus den Akten nicht erkennbaren Beseitigung eines durchgreifenden Revisionsgrundes in Form der Ergänzung unvollständiger Urteilsgründe nach Ablauf der Urteilsabsetzungsfrist beiläufig festgestellt, dass der durch dieses Verhalten bewirkte Verfahrensverstöß den Tatbestand der Urkundenfälschung in der Alternative des § 267 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB erfülle<sup>320</sup>.

## IV. Bewertung der aktuellen Situation bei den Verständigungen

Festzuhalten bleibt, dass das Bundesverfassungsgericht die Regelungen des Verständigungsgesetzes unbeanstandet gelassen hat. § 257c StPO ist mithin verfassungskonform und als solches zugleich Ausdruck des eindeutigen Willens des parlamentarischen Gesetzgebers, in Strafverfahren den Gerichten eine Option der Verfahrensgestaltung zu geben, von der sie Gebrauch machen können. Regen die Strafgerichte also eine Verständigung im Rahmen der gesetzlichen Regelungen an, verfahren sie nicht „zweifelhaftig“ in einer rechtlichen Grauzone; vielmehr setzen sie – auch im Lichte des Karlsruher Urteils – verfassungskonformes, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefordertes<sup>321</sup> und vom parlamentarischen Gesetzgeber bewusst geschaffenes Recht um, halten sich also vollumfänglich an „Gesetz und Recht“, wie es das Grundgesetz vorsieht.

Der Beitrag hat weiter gezeigt, dass die Verständigung durch das Verständigungsgesetz und die höchstrichterliche Rechtsprechung eine starke Verrechtlichung erfahren hat. Dies ist zu begrüßen, war es doch Zweck des Verständigungsgesetzes, Vorgaben zu schaffen, die der Rechtsicherheit und gleichmäßigen Rechtsanwendung dienen<sup>322</sup>. Allerdings greift diese Tendenz der Verrechtlichung nur bedingt, wenn man teilweise weiterhin hört, die gesetzlichen und höchstrichterlichen Vorgaben wären lediglich etwas für das Landgericht, am Amts-

---

319 BGH StV 2014, 16, 19.

320 BGH StV 2014, 16, 18.

321 BGHSt. 50, 40, 64.

322 BT-Drs. 16/12310 S. 1; *Ignor*, in: SSW-StPO (Anm. 9), § 257c Rdn. 11.



gericht würden andere Maßstäbe für die Absprache gelten. Es zeigt sich daran, dass die Praxis das Verständigungsgesetz noch nicht durchweg angenommen hat. Obwohl dem Gesetzgeber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine Beobachtungspflicht dahingehend obliegt, ob in Zukunft die gesetzlichen Regelungen auch halbwegs beachtet werden, sollte man sich davon nicht allzu viel versprechen, denn das Bundesverfassungsgericht hat selbst eine Fehlerquote von 50 % nicht als Anlass für eine Nachbesserungspflicht angesehen. Solange es Verständigungsverfahren gibt, wird es wohl auch eine Umgehung der Verständigungsregelungen in der Praxis geben. Auch die seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nun ausdrücklich im Raum stehende Strafbarkeit der an einer informellen Absprache Beteiligten, hat offenbar noch nicht zu einem flächendeckenden Bewusstseinswandel geführt. Wichtig ist daher vor allem, dass der Gesetzgeber beziehungsweise die Rechtsprechung gegebenenfalls durch Sanktionen gegenüber den Beteiligten deutlich macht, dass die Umgehung des Verständigungsgesetzes als gravierende Rechtsverstöße beziehungsweise Rechtsbrüche eingestuft werden. Denn nicht so sehr die Nichtbeachtung der Verfahrensregeln einer Verständigung, als vielmehr deren nachträgliche „Billigung“ durch die zur Kontrolle von Verfahrensverstößen von der Rechtsordnung auf den Posten gestellten Organe würde deutlichen machen, dass das gesetzte Recht de facto nicht gelten soll.