

EBERHARD KARLS  
UNIVERSITÄT  
TÜBINGEN

Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie

TÜKRIM

**Jasmin Löffler**

# DIE ABSPRACHE IM STRAFPROZESS

Herausgegeben vom Direktor des Instituts für Kriminologie  
Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner

**TOBIAS-lib Universitätsbibliothek Tübingen**

JURISTISCHE FAKULTÄT  
Institut für Kriminologie





**Jasmin Löffler**

**Die Absprache im Strafprozess**



EBERHARD KARLS  
UNIVERSITÄT  
TÜBINGEN  
INSTITUT FÜR KRIMINOLOGIE



Jasmin Löffler

# **Die Absprache im Strafprozess**

**Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs**

TOBIAS-lib, Universitätsbibliothek Tübingen  
2010

# Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses elektronische Werk wird, mit Genehmigung der juristischen Fakultät, zugleich als textidentische

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen vorgelegt von Jasmin Löffler aus Göppingen

Dekan: Prof. Dr. Hermann Reichold  
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner  
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Kristian Kühl  
Tag der mündlichen Prüfung: 19.07.2010

Lebenslauf der Autorin in Stichworten:

Jasmin Löffler, geboren am 6.11.1977 in Seeheim-Jugenheim, 1984-1997 Altes Kurfürstliches Gymnasium in Bensheim, 1997-2001 Studium der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen, Januar 2002 Erste Juristische Staatsprüfung in Tübingen, 2002-2004 Referendariat im Landgerichtsbezirk Heilbronn, Oktober 2004 Zweite Juristische Staatsprüfung in Stuttgart, 2005 Zulassung als Rechtsanwältin, 2005-2008 Tätigkeit in einer wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Kanzlei in Stuttgart, seit 2009 Syndikus bei einem Kreditinstitut, seit 2008 Lehrbeauftragte für vertieftes Wirtschaftsrecht an der Fachhochschule für Technik in Stuttgart.

© Institut für Kriminologie der Universität Tübingen  
Sand 6/7, 72076 Tübingen

Fax: 07071- 29 51 04  
E-Mail: [ifk@uni-tuebingen.de](mailto:ifk@uni-tuebingen.de).  
Homepage: <http://www.ifk.jura.uni-tuebingen.de>

Alle Rechte vorbehalten.  
Tübingen 2010.

Gestaltung des Deckblatts: Hanns-Joachim Wittmann.  
Gestaltung des Textkorpus: Monika Lieb  
Gesamtherstellung: Institut für Kriminologie der Universität Tübingen.  
Printed in Germany.

ISSN: 1612-4650  
ISBN: 978-3-937368-38-2 (elektronische Version)  
ISBN: 978-3-937368-39-9 (gedruckte Version)

Hinweis: Die nach Bedarf gedruckte Version entspricht vollständig der elektronischen Originalpublikation.

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Sommersemester 2009 als Dissertation angenommen. Die Rechtsprechung und Literatur ist bis zum Jahr 2009 berücksichtigt. Kurz vor Beendigung der Arbeit erließ der BGH überraschend zügig ein Gesetz zur Regelung der Absprachen im Strafprozess. Da diese Arbeit jedoch grundsätzlich angelegt ist, bleibt der Inhalt aktuell und ist keineswegs als rechtshistorisch zu betrachten.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Hans-Jürgen Kerner, der die Anregung für die besondere Blickrichtung auf das Thema dieser Arbeit gab und mir immer ein geduldiger und ermunternder Gesprächspartner war. Seine Hinweise waren für mich stets sehr hilfreich. Bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Dr. Dr. h.c. Kristian Kühl für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Professor Dr. Norbert Grob danke ich für die intensive Durchsicht der Erstversion. Herzlich zu danken habe ich auch Herrn Kurt Müller, der mir mit seiner großen Begeisterung, die er für meine Arbeit aufbrachte, Motivation gab. Besonderer Dank aber gilt meinen Eltern, die mich in diesem Vorhaben und auch sonst jederzeit bedingungslos unterstützt haben. Nicht zuletzt möchte ich mich bei meinem Mann Andreas bedanken, der mich auch in schwierigen Phasen dieser Arbeit immer wieder ermutigt und mir den Blick auf das Wesentliche bewahrt hat.

Jasmin Löffler



# Inhaltsverzeichnis

<b>VORWORT</b> .....	5
<b>1. EINFÜHRENDER TEIL</b> .....	<b>13</b>
1.1 Einleitung .....	13
1.2 Anliegen und Gang der Untersuchung .....	14
1.3 Gründe für das Auftreten von Absprachen .....	16
1.3.1 <i>Gründe bei Gericht und Staatsanwaltschaft</i> .....	16
1.3.1.1 Überlastung .....	16
1.3.1.2 Beweisschwierigkeiten .....	17
1.3.1.3 Beweisantragsrecht .....	17
1.3.1.4 Missbrauch der Befangenheitsvorschriften .....	18
1.3.1.5 Vermeidung eines Revisionsrisikos .....	18
1.3.1.6 Verteidigerverhalten .....	18
1.3.2 <i>Gründe bei der Verteidigung</i> .....	19
1.3.3 <i>Gründe beim Angeklagten</i> .....	19
1.3.4 <i>Allgemeine Gründe</i> .....	20
1.3.4.1 Psychologische Aspekte .....	20
1.3.4.2 Wandel der Straftheorien.....	21
1.3.5 <i>Zusammenfassung</i> .....	21
<b>2. DIE ÜBERPRÜFUNG ABSPRACHBEDINGTER URTEILE MIT DER REVISION</b> .....	<b>23</b>
2.1 Absolute Revisionsgründe.....	24
2.1.1 <i>Vorschriftswidrige Besetzung</i> .....	24
2.1.2 <i>Vorschriftswidrige Abwesenheit</i> .....	25
2.1.3 <i>Mitwirkung eines abgelehnten Richters</i> .....	25
2.1.3.1 Befangenheit des Richters allgemein .....	26

2.1.3.2	Befangenheit des Richters bei einer Absprache .....	26
2.1.4	<i>Ungesetzliche Beschränkung der Öffentlichkeit</i> .....	30
2.1.5	<i>Zwischenergebnis</i> .....	32
2.2	Relative Revisionsgründe .....	32
2.2.1	<i>Die Anfechtung absprachebedingter Urteile mit der Verfahrensrüge</i> .....	32
2.2.1.1	Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz .....	32
2.2.1.2	Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht.....	34
2.2.1.3	Verletzung des § 136a StPO, verbotene Vernehmungsmethoden .....	36
2.2.1.4	Verstoß gegen die Unschuldsvermutung .....	42
2.2.1.5	Verstoß gegen das Legalitätsprinzip.....	45
2.2.1.6	Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör .....	47
2.2.1.7	Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz .....	48
2.2.1.8	Verstoß gegen den Mündlichkeitsgrundsatz.....	51
2.2.2	<i>Die Anfechtung absprachebedingter Urteile mit der Sachrüge</i> .....	52
2.2.2.1	Verstoß gegen Strafzumessungserwägungen .....	52
2.2.2.2	Fehler bei der Strafaussetzung zur Bewährung .....	54
<b>3.</b>	<b>ENTWICKLUNG UND FORTBILDUNG .....</b>	<b>57</b>
3.1	Die Entwicklung der Rechtsprechung .....	57
3.1.1	<i>Bundesverfassungsgericht</i> .....	57
3.1.2	<i>Bundesgerichtshof</i> .....	58
3.1.2.1	Die Rechtsprechung vor der Grundsatzentscheidung BGHSt 43,195 .....	58
3.1.2.2	Die Grundsatzentscheidung BGHSt 43,195 .....	61
3.1.2.3	Die Rechtsprechung nach der Grundsatzentscheidung BGHSt 43,195 .....	63
3.1.2.4	Die Entscheidung des Großen Strafsenats im Jahr 2005 .....	64
3.2	Die Rechtsprechung an den Grenzen der Rechtsfortbildung? .....	66
3.2.1	<i>Rechtsfortbildung als schöpferische Rechtsfindung</i> .....	67

---

3.2.2 <i>Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung</i> .....	68
3.2.2.1 Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als Legitimation .....	69
3.2.2.2 Opferschutzgedanke als Legitimation .....	69
3.2.3 <i>Fazit</i> .....	70
<b>4. EINZELFRAGEN</b> .....	<b>71</b>
4.1 Die Bindungswirkung .....	71
4.1.1 <i>Die Ansichten in der Literatur</i> .....	71
4.1.1.1 Unverbindliche Prognose .....	72
4.1.1.2 Faktische Bindung.....	72
4.1.2 <i>Die Rechtsprechung zur Frage der Verbindlichkeit bei Absprachen</i> .....	73
4.1.2.1 Unverbindlichkeit.....	73
4.1.2.2 Verbindlichkeit.....	76
4.1.2.3 Vereinbarkeit der Bindungswirkung mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz.....	85
4.1.2.4 Entfallen der Bindungswirkung/Vertrauensschutz.....	87
4.1.3 <i>Fazit</i> .....	90
4.2 Die fehlgeschlagene Absprache .....	90
4.2.1 <i>Begrifflichkeiten</i> .....	91
4.2.2 <i>Problematik</i> .....	92
4.2.3 <i>Kompensationsmöglichkeiten</i> .....	93
4.2.3.1 Prozesshindernis/Verfahrenshindernis .....	93
4.2.3.2 Beweisverwertungsverbot .....	95
4.2.3.3 Strafmilderung.....	104
4.2.4 <i>Fazit</i> .....	106
4.3 Die in Aussicht gestellte Strafe .....	107
4.3.1 <i>Schuldangemessenheit – Geständnis im Rahmen einer Absprache als Strafmilderungsgrund</i> .....	107

4.3.1.1	Auswirkungen der Tat .....	108
4.3.1.2	Geständnis als Nachtatverhalten.....	109
4.3.2	<i>Bedeutung der in Aussicht gestellten Strafe</i> .....	113
4.3.2.1	Bisherige Rechtsprechung .....	113
4.3.2.2	Neuere Rechtsprechung.....	113
4.3.2.3	Bewertung.....	119
4.4	Die Verfahrensbeteiligten .....	120
4.4.1	<i>Folgerungen aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz – Recht auf Information</i> .....	121
4.4.2	<i>Die Einbeziehung der einzelnen Verfahrensbeteiligten</i> .....	123
4.4.2.1	Angeklagter .....	123
4.4.2.2	Gericht .....	124
4.4.2.3	Schöffen.....	125
4.4.2.4	Nebenkläger.....	126
4.4.2.5	Staatsanwaltschaft .....	126
4.5	Die Aufklärung des Sachverhalts.....	139
4.5.1	<i>Problematik</i> .....	139
4.5.1.1	Beweiswert des Geständnisses im Rahmen einer Absprache .....	140
4.5.1.2	Aufklärungsumfang .....	141
4.5.2	<i>die Aufklärung des Sachverhalts in der Rechtsprechung</i> .....	143
4.5.2.1	Rechtsprechung zur Amtsaufklärungspflicht im herkömmlichen Verfahren .....	143
4.5.2.2	Rechtsprechung zur Aufklärung und Beweiswürdigung bei Geständnissen im Rahmen von verfahrensbeendenden Absprachen .....	144
4.5.3	<i>die Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung</i> .....	148
4.5.3.1	Entscheidung des 3. Strafsenats vom Januar 2003 .....	148
4.5.3.2	Entscheidung des 4. Strafsenats vom Dezember 2004 .....	150
4.5.4	<i>Stellungnahme</i> .....	151

---

4.6	Der Rechtsmittelverzicht.....	152
4.6.1	<i>Die Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht allgemein</i> .....	153
4.6.2	<i>Die Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache</i> .....	154
4.6.2.1	Rechtsmittelverzicht als Absprachegegenstand.....	155
4.6.2.2	Die Wirksamkeit des erklärten Rechtsmittelverzichts.....	160
4.6.2.3	Die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei qualifizierter Belehrung? .....	175
4.6.2.4	Folgen der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts – Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.....	179
4.6.2.5	Zusammenfassung .....	181
<b>5.</b>	<b>ERGEBNIS</b> .....	<b>183</b>
5.1	Zusammenfassung .....	183
5.2	Ausblick .....	186
	<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>189</b>



# 1. Einführender Teil

## 1.1 Einleitung

Seit Beginn der 1980er Jahre wird das Thema der Urteilsabsprache im Strafprozess in der juristischen Literatur erörtert.<sup>1</sup> Es gehört zu den umstrittensten prozessrechtlichen Themen überhaupt. In den öffentlichen Medien gibt das Thema in jüngster Zeit seit den Urteilen gegen Ludwig-Holger Pfahls, Peter Hartz und Josef Ackermann wieder vermehrt Anlass zur Entrüstung. So werden Stimmen laut, das Strafgesetzbuch wandle sich in ein Handelsgesetzbuch<sup>2</sup>. Der Angeklagte sei nur noch daran zu erkennen, dass er keine Robe trage<sup>3</sup>. Zuletzt hat das Bild des Ludwig-Holger Pfahls nach dem Prozess für ein unrühmliches Bild des Strafprozesses in der Bevölkerung gesorgt: Es zeigt einen strahlenden Pfahls, vor dem sich der vorsitzende Richter förmlich verbeugt und ihm die Hand reicht. Das Gericht hatte ihm während des Prozesses ein Strafmaß von 2 Jahren und 3 Monaten in Aussicht gestellt.

Mittlerweile existiert eine nicht mehr zu überschauende Menge an Literatur, die die Absprache und ihre Vereinbarkeit mit den strafprozessualen Maximen und Verfassungsgrundsätzen untersucht.<sup>4</sup> In der neueren Zeit mehren sich Werke zu einzelnen Problemen der Absprache<sup>5</sup> und empirische Untersuchungen<sup>6</sup> der Absprachenpraxis. Zahlreiche obergerichtliche Entscheidungen sind in der Zwischenzeit zur Absprachenproblematik ergangen. Diese nehmen in jüngster Zeit zur Frage der Zulässigkeit von Absprachen keine Stellung mehr, so dass darüber in der Rechtsprechung Einigkeit zu herrschen scheint.

Es existiert bislang jedoch keine ausführliche Analyse der Rechtsprechung zu dem brisanten Thema der Absprachen im Strafprozess. In der Literatur findet sich eine Darstellung der Rechtsprechung stets nur zu einzelnen erörterten Problempunkten. Es ist daher an der Zeit, die Rechtsprechung zu dieser Thematik und ihre Entwicklung im Gesamtzusammenhang zu untersuchen.

Im Jahr 1997 traf der 4. Senat des Bundesgerichtshofs eine Grundsatzentscheidung, mit der versucht wurde, die Absprache mit dem System der Strafprozessordnung in Einklang zu bringen. Es wurden dabei im Wege der Abgrenzung unzulässiger Elemente die Voraussetzungen dargestellt, unter denen eine Absprache in der Strafprozessordnung zulässig sein könne. Nach dieser Grundsatzentscheidung sind zahlreiche Einzelentscheidungen ergangen. Der damalige Vorsitzende und mutmaßliche spiritus rector der Grundsatzentscheidung, *Meyer-Goßner*, geht jüngst davon aus, dass sich die anderen Senate des Bundesgerichtshofs dieser Grundsatzentscheidung, die auch als Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren bezeichnet wird, angeschlossen haben.<sup>7</sup> Es wurde jedoch bislang nicht untersucht, ob der BGH tatsächlich eine einheitliche Linie verfolgt. Bereits im Jahr 2000 hatte *Weigend*<sup>8</sup> die Frage aufgeworfen, ob die Positionen der Senate nicht so weit vonein-

---

<sup>1</sup> Erstmals wurde das Thema durch den Strafverteidiger Hans-Joachim Weider unter dem Pseudonym Detlef Deal in StV 1982, 545ff. dargestellt.

<sup>2</sup> Süddeutsche Zeitung „Ein Deal, kein Urteil“ vom 26.01.2007

<sup>3</sup> Süddeutsche Zeitung „Ende eines kurzen Prozesses“ 26.01.2007

<sup>4</sup> Vgl. nur Rönnau, Thomas, Die Absprache im Strafprozess; Braun, Stefan, Die Absprache im deutschen Strafverfahren; Siolek, Wolfgang, Verständigung in der Hauptverhandlung; Tschewinka, Ralf, Absprachen im Strafprozess; Janke, Alexander, Verständigung und Absprachen im Strafverfahren.

<sup>5</sup> Heller, Jens, die gescheiterte Urteilsabsprache; Schoop, Christian, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht; Ioakimidis, Ariadne, Rechtsnatur von Absprachen.

<sup>6</sup> Altenhain, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren; Schöch, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis.

<sup>7</sup> Meyer-Goßner ZRP 2004, 187, 188

<sup>8</sup> BGH-FG 1011, 1029

ander entfernt seien, dass es einer prinzipiellen Klärung durch einen Beschluss des Großen Strafsenats bedürfe. Im Jahr 2005 kam es schließlich zu einer Entscheidung des Großen Strafsenats. Dieser hatte zur grundsätzlichen Frage der Wirksamkeit des vereinbarten Rechtsmittelverzichts zu entscheiden.

Die vorliegende Untersuchung wird zeigen, ob dies die einzige Frage war, über die Uneinigkeit zwischen den Senaten herrschte, so dass ansonsten mittlerweile von einem gemeinsamen Standard zwischen den Senaten ausgegangen werden kann oder ob nicht doch nicht unerhebliche Differenzen zu grundlegenden Fragen zwischen den Senaten selbst bestehen.

Kurz nach Abschluss dieser Arbeit wurde durch eine Gesetzesnovelle die Strafprozessordnung grundlegend für Absprachen geöffnet.<sup>9</sup> Selbst subtile Kenner der Materie waren in Anbetracht der Eile, die der Gesetzgeber bei diesem Verfahren an den Tag legte, „verwundert“. Angesichts der Tatsache, dass die bisherige Rechtsprechung dieses Gesetz nicht nur hervorgerufen<sup>10</sup>, sondern maßgeblich geprägt hat und vor dem Hintergrund, dass die Arbeit als Grundlagenstudie angelegt ist, bleibt der Blick auf die Rechtsprechung vor Erlass des Gesetzes auch im Hinblick auf die Analyse der künftigen Rechtsprechung des BGH wertvoll.

## 1.2. Anliegen und Gang der Untersuchung

Hauptanliegen der vorliegenden Arbeit ist eine kritische Darstellung und Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die bislang zu diesem Thema ergangen ist. Es ist zum einen die Frage zu klären, ob der BGH eine einheitliche Linie verfolgt oder unter Umständen verdeckte Divergenzen zwischen den einzelnen Senaten bestehen. Aufgezeigt wird dabei, welche Lösungen die Rechtsprechung zu einzelnen Problempunkten der Absprache entwickelt hat. Diese werden analysiert und einer kritischen Würdigung unterzogen. Es ist zum einen die Frage zu klären, ob die einzelnen Senate des BGH einer einheitlichen Linie folgen und, falls dies nicht durchweg der Fall sein sollte, welche Arten von Divergenzen zwischen den Senaten sichtbar werden und wie sie damit in ihrer Rechtsprechung umgehen. Dabei soll auch der Frage nachgegangen werden, ob der BGH überhaupt und bejahendenfalls bis zu welchem Grade bereit ist, Bindungen an Prozessmaxime abzuschütteln und Entscheidungen auf Kosten einer stringenten Dogmatik zu treffen; im Bereich der Absprachen scheinen bislang von den mehreren möglichen Motiven und Determinanten lediglich Nützlichkeitsabwägungen eine Rolle gespielt zu haben, weshalb sich die Arbeit ausschließlich darauf konzentrieren wird.

Es wird dabei kein chronologischer Aufbau der Entscheidungen gewählt. Ein kurzer chronologischer Überblick soll im 3. Kapitel, Teil A, gegeben werden. Auch werden die Entscheidungen nicht nach den zugrunde liegenden Rügen untersucht. (Die Möglichkeit, ein absprachegemäßes Urteil mit der Revision anzugreifen, wird im 2. Kapitel untersucht). Ein Aufbau nach Unterteilung der verschiedenen Rügen, die dem BGH vorlagen, wäre nicht sinnvoll gewesen, da sich dadurch letztendlich nicht hätte ermitteln lassen, ob bei den Senaten eine Stimmigkeit der Argumentation bei den wesentlichen Problempunkten der Absprache herrscht. Auch ein Aufbau nach den verletzten Vorschriften/Grundsätzen erschien nicht sinnvoll; insbesondere hätte dies nicht dem weiteren Ziel gedient, einen Leitfaden für die Praxis herzustellen. Zweckmäßig erschien es vielmehr, die Problempunkte, die den Entscheidungen zugrunde lagen, herauszuarbeiten und die Entscheidungen nach diesen

<sup>9</sup> Zu den Gesetzesinitiativen ausführlich Müller, S. 363ff.; einen Überblick gibt Hettinger S. 279f.

<sup>10</sup> Vgl. den Hilferuf des Großen Strafsenats vom 3.3.2005, BGH NJW 2005, 1440

Schwerpunkten zu analysieren. Nur so lässt sich feststellen, ob es bei diesen neuralgischen Punkten eine Grundlinie ergibt, die sich im Lauf der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelt hat. Diese Einzelfragen werden im 4. Kapitel der Arbeit dargestellt, das zugleich den Hauptteil der Arbeit bildet.

Im 2. Kapitel der Arbeit wird die Revisibilität absprachebedingter Urteile erörtert. Denn es erscheint zweckdienlich, vor einer Analyse der Revisionsrechtsprechung der Frage nachzugehen, worauf die Revision eines Urteils, das aufgrund einer verfahrensbeendenden Absprache zustande gekommen ist, überhaupt gestützt werden kann. Dieser Teil kann gleichwohl eine Wegleitung für die Praxis sein, für die ersichtlich wird, welche Rügen erhoben werden können.

Im Anschluss daran soll die Entwicklung der Rechtsprechung dargestellt werden. Dabei wird auch die Frage in den Blick genommen, ob der Bundesgerichtshof tatsächlich befugt war, das Abspracheverfahren, das gesetzlich nicht geregelt ist, durch seine Rechtsprechung einer Regelung zu unterwerfen oder ob dies nicht vielmehr eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung darstellt. Letztendlich werden im 4. Kapitel die Problempunkte des Abspracheverfahrens und ihre Behandlung in der Rechtsprechung einer Betrachtung unterzogen. Eine ausführliche Behandlung erfährt dabei insbesondere das Sonderproblem des vereinbarten Rechtsmittelverzichts. Bei dieser Frage haben die Kontroversen zwischen den einzelnen Senaten mittlerweile zu der oben erwähnten Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen geführt.

Nahezu unerörtert in der Literatur ist die Frage, wer von den Prozessbeteiligten und in welcher Weise bei einer Absprache zu beteiligen ist. Dies wird im 4. Kapitel Teil D erörtert. Auch gibt es bislang kaum Stellungnahmen dazu, welche Bedeutung die in Aussicht gestellte Strafe hat. Dieser Aspekt wird in Teil C des 4. Kapitels untersucht werden.

Die Analyse der Entscheidungen verbleibt dabei nicht nur auf der dogmatischen Ebene. An einigen Stellen wird über den herkömmlichen juristischen (dogmatischen) Tellerrand hinausgeschaut und danach gefragt, warum der Bundesgerichtshof so entschieden hat. Es wird dabei teilweise auch eine strukturelle Analyse der Rechtsprechung vorgenommen, die sich auf die Meta-Ebene begibt. Wenig Erfolg versprechend erschien dabei eine Aktenauswertung zu sein, denn die Umstände der Absprachen tauchen wenn überhaupt nur ansatzweise in Akten auf. Es wurden daher sämtliche Urteile und Beschlüsse des Bundesgerichtshofs, die, soweit ersichtlich, seit Beginn des Problems veröffentlicht wurden oder sonst über Datenbanken zugänglich waren, untersucht. Teilweise ließen sich daraus keine Erkenntnisse gewinnen, da diese den Sachverhalt nicht immer umfassend mitteilen und der BGH nicht zu allen aufgeworfenen Fragen Stellung nimmt. Worauf es dem BGH letztlich ankommt, lässt sich jedoch teilweise aus den obiter dicta ersehen.

Da eine Darstellung der gesamten Rechtsprechung den Umfang dieser Arbeit sprengen würde, wurde die Rechtsprechung zu den Problemkreisen ausgewertet, die in Literatur und Rechtsprechung immer wieder auftreten. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ging es sowohl um Absprachen im Ermittlungsverfahren als auch um Absprachen im Hauptverfahren. Wenn von Absprache die Rede ist, können also beide gemeint sein. Die für das konsensuale Phänomen verwendeten Begriffe sind auch in der Literatur nicht einheitlich. In der vorliegenden Arbeit sollen die Begriffe „Absprache“ und „Verständigung“ verwendet werden, da diese neutral sind und auch in den meisten obergerichtlichen Entscheidungen Verwendung finden.

## 1.3 Gründe für das Auftreten von Absprachen

Bevor die Absprache unter näherer Berücksichtigung der Rechtsprechung untersucht wird, ist eine Vergegenwärtigung der Gründe für das Auftreten von Absprachen zweckdienlich. Die Gründe sind vielfältig.<sup>11</sup>

### 1.3.1 Gründe bei Gericht und Staatsanwaltschaft

Zunächst sind die Gründe bei den Justizorganen einer Betrachtung zu unterziehen.

#### 1.3.1.1 Überlastung

Als primäre Ursache für die Entstehung von Absprachen wird die Überlastung der Justiz gesehen.<sup>12</sup> Der Arbeitsanfall sei ohne Absprachen nicht mehr zu bewältigen. Es ist gar von einer notstandsähnlichen Situation die Rede.<sup>13</sup> Bereits in einer Stellungnahme der StPO-Kommission des Deutschen Richterbundes aus dem Jahr 1987 heißt es: „Es ist nicht zu verkennen, dass in Umfangsverfahren, insbesondere im Bereich der Wirtschaftskriminalität, ein Strafprozess mit dem vorhandenen verfahrensrechtlichen Instrumentarium nicht zu bewältigen ist.“<sup>14</sup> Die Überlastung der Strafjustiz ist ihrerseits auf verschiedene Faktoren zurückzuführen.

##### 1.3.1.1.1 Arbeitsanfall

So führt *Schünemann* aus, dass man für die 1970er Jahre und die frühen 1980er Jahre von einem exponentiellen Wachstum der Geschäftsbelastung der Strafjustiz sprechen könne, welches nicht durch die lineare Vermehrung der Richter- und Staatsanwaltschaften allein, sondern nur in Verbindung mit einer auch ansteigenden „Bevorzugung summarischer Erledigungsformen aufgefangen werden konnte“.<sup>15</sup>

Die Dauer der einzelnen Verfahren nahm ebenfalls zu. In den Jahren 1971 bis 1980 stieg die durchschnittliche Zahl der Hauptverhandlungstage in den erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten von 1,96 Tagen auf 2,87 Tage und damit um 46,6 % an.<sup>16</sup> Der prozentuale Anteil unerledigter Verfahren am Jahresende hat sich dennoch vermindert, so bei den Landgerichten (erstinstanzliche Strafkammern) von 53,2 auf 44,4 %.<sup>17</sup> Dies sei auf die Zunahme summarischer Erledigung, sowie das Vordringen der Absprache zurückzuführen.<sup>18</sup> Hinzu kommt, dass ein Prozess um so anfälliger wird für unvorhergesehene Ereignisse (Krankheit, Tod von Verfahrensbeteiligten, Unauffindbarkeit von Zeugen), je länger er dauert.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 39, Heller S. 26

<sup>12</sup> Rönnau, Absprache, S. 42; Küpper/Bode Jura 1999, 351, 354; Kremer S. 22; Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 1ff.; Siolek, Verständigung, S. 56; Weigend JZ 1990, 774, 775

<sup>13</sup> Rönnau, Absprache, S. 42

<sup>14</sup> Stellungnahme der StPO-Kommission des DRB zum Thema „Verständigungen im Strafverfahren“ DRiZ 1987, 244

<sup>15</sup> Schünemann Gutachten B 28

<sup>16</sup> Küpper/Bode Jura 1990, 351, 354; Rieß DRiZ 1982, 201, 207; Braun S. 29

<sup>17</sup> Schünemann, Gutachten B 29; Braun S. 30; Schoop S. 41

<sup>18</sup> Braun S. 30; Schoop S. 41

<sup>19</sup> Siolek, Verständigung, S. 56

### 1.3.1.1.2 Gesetzgebung

Die Tätigkeit des Gesetzgebers wird als weitere Ursache für die Überlastung der Strafjustiz genannt.<sup>20</sup> Die Ausdehnung der Pönalisierung des menschlichen Verhaltens führt zwangsläufig zu einer Mehrbelastung der Justiz.<sup>21</sup> Auf die zunehmende Komplexität der Lebensverhältnisse hat der Gesetzgeber mit einer Erhöhung des Normenbestands reagiert, um die Gesellschaft zu steuern.<sup>22</sup> Die Legislative stellt dabei zur Vertypung von tatbestandlichem Unrecht insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht auf größere Lebenszusammenhänge ab, deren Sinn und damit auch deren Strafwürdigkeit erst durch vielschichtige Interaktion und Kommunikation begründet wird<sup>23</sup>. Der Rekonstruktion dieses Verhaltens und damit der Ermittlung des wahren Sachverhalts stehen deswegen enorme Schwierigkeiten entgegen, die dazu führen, dass der Versuch unternommen wird, das Verfahren durch eine Absprache zu erledigen.<sup>24</sup>

Zu einer Mehrbelastung führt jedoch nicht nur die Ausdehnung der Straftatbestände und der Komplexität dieser, sondern auch die Technik, die der Gesetzgeber zur Ausgestaltung von strafrechtlichen Tatbeständen verwendet. So verwendet der Gesetzgeber zu einem Großteil unbestimmte Rechtsbegriffe oder verlagert den Rechtsgüterschutz in den Gefährdungsbereich vor.<sup>25</sup>

### 1.3.1.2 Beweisschwierigkeiten

Die Komplexität der Rechtsvorschriften führt zu Beweisschwierigkeiten.<sup>26</sup> Dies gilt insbesondere in Bereichen wie der Wirtschaftskriminalität in welchem der Gesetzgeber wie gesagt neue und komplexere Normen eingeführt hat, wie beispielsweise §§ 216, 264a, 266a StGB oder im Bereich der Umweldelikte.<sup>27</sup> In Wirtschaftsstrafverfahren liegt die besondere Schwierigkeit darin, dass die Rechtsanwendung langwierige Ermittlungen der wirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der Täter, insbesondere die Aufklärung von Ablauf und Sinn komplizierter und bewusst undurchsichtiger Transaktionen von Waren oder Geldmittel im Ausland, voraussetzt.<sup>28</sup> Häufig ist die Vernehmung von ausländischen Zeugen unerlässlich. In Rauschgiftprozessen kommt die schwierige Problematik des Einsatzes von Vertrauensleuten der Polizei hinzu.<sup>29</sup> Es liegt dann oftmals nahe, derartige Großverfahren mit einer Absprache zu erledigen.<sup>30</sup>

### 1.3.1.3 Beweisantragsrecht

Zur Zunahme von verfahrensbeendenden Absprachen trägt nach verbreiteter Ansicht auch das Beweisantragsrecht bei. In Großverfahren kann sich das Gericht einer großen Anzahl von Beweisanträgen ausgesetzt sehen, die nicht mehr in den Griff zu bekommen sind.<sup>31</sup> Der Strafverteidiger ist damit in der Lage, das Verfahren beliebig in die Länge zu ziehen

<sup>20</sup> Küpper/Bode Jura 1999, 351, 355; Rönnau, Absprache, S. 44; Braun S. 30; Schoop S. 42

<sup>21</sup> Küpper/Bode Jura 1999, 351, 355; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 42

<sup>22</sup> Braun S. 30; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 42

<sup>23</sup> Rönnau, Absprache, S. 45

<sup>24</sup> Rönnau, Absprache, S. 45

<sup>25</sup> Braun S. 30; Rönnau, Absprache, S. 45; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 43

<sup>26</sup> Vgl. etwa Janke S. 26

<sup>27</sup> Braun S. 31

<sup>28</sup> Rönnau, Absprache, S. 48

<sup>29</sup> Rönnau, Absprache, S. 49

<sup>30</sup> Braun S. 31

<sup>31</sup> Rönnau, Absprache, S. 47

und die Justiz unter Druck zu setzen.<sup>32</sup> Es ist für das Gericht äußerst schwierig, einen Beweisantrag wegen Prozessverschleppung abzulehnen. Dies liegt nicht zuletzt an der restriktiven Auslegung dieses Begriffs in der Rechtsprechung.<sup>33</sup> Diese Situation fördert die Bereitschaft zur verfahrensbeendenden Absprache.<sup>34</sup>

#### 1.3.1.4 Missbrauch der Befangenheitsvorschriften

Ebenso wie das Beweisantragsrecht kann die effektive Nutzung der Befangenheitsvorschriften zu einer Verzögerung des Verfahrens führen und damit die Absprachenbereitschaft fördern.<sup>35</sup> Die Vorschriften der StPO ermöglichen es, die Anträge zur Richterablehnung in sachfremder Weise zu missbrauchen.<sup>36</sup>

#### 1.3.1.5 Vermeidung eines Revisionsrisikos

Für die Praxis spielt es eine nicht untergeordnete Rolle, dass im Rahmen einer Verständigung meist auf Rechtsmittel verzichtet wird.<sup>37</sup> Die Vermeidung des Revisionsrisikos dient zum einen der Arbeitsentlastung der Gerichte. Ist die Überlastung bereits ohnehin ein Faktor, der die Absprachenbereitschaft fördert, so ist die Verlockung umso größer, wenn das abgefasste Urteil nicht überprüft wird. Aber auch die zunehmende Verrechtlichung der tatrichterlichen Beweiswürdigung hat dazu beigetragen, dass sich die Absprachenbereitschaft ausbreitet. Die Revision, welche lange Zeit auf die Überprüfung der Rechtsanwendung des Tatrichters konzentriert war, hat sich nach und nach auch zu einem Kontrollinstrument der Sachverhaltsfeststellung, der Beweiswürdigung und der Rechtsfolgenbestimmung entwickelt.<sup>38</sup> An die Urteilsbegründung werden von den Revisionsgerichten immer höhere Anforderungen gestellt. Das Revisionsgericht prüft, ob die Urteilsfeststellungen überhaupt eine tragfähige Grundlage für diese Prüfung bieten, insbesondere, ob sie frei von Lücken, Widersprüchen und Verstößen gegen Denk- und Erfahrungsgrundsätze sind. Die Kontrolle der Voraussetzungen der richtigen Rechtsanwendung wird im Schrifttum unter dem Begriff „Darstellungsrüge“ zusammengefasst.<sup>39</sup> Insbesondere Beweiswürdigung und Strafzumessung sind mittlerweile einer Überprüfung zugänglich. Für eine begründete Revision genügt es mittlerweile, dass der Tatrichter bei der Beweiswürdigung andere naheliegende Möglichkeiten des Tatablaufs in der Urteilsbegründung außer Acht gelassen hat. Auch die Frage, ob die festgestellten Beweistatsachen die gezogenen Schlüsse tragen, kann mittels der Revision überprüft werden.<sup>40</sup> Um das Aufhebungsrisiko zu vermeiden, wird der Richter deshalb immer längere und ausführlichere Urteilsbegründungen verfassen. Dies kann er vermeiden, wenn ein allseits akzeptiertes Strafmaß die Urteilsgrundlage bildet und ein Rechtsmittel nicht zu befürchten ist.

#### 1.3.1.6 Verteidigerverhalten

Inzwischen hat sich eine Verteidigertyp entwickelt, „der die weiten und äußersten Möglichkeiten unserer Prozessordnung, anders als die Generation vor ihm, nicht nur aus-

<sup>32</sup> Kremer S. 27

<sup>33</sup> Gerlach S. 25

<sup>34</sup> Siolek, Verständigung, S. 60; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 45; Rönnau S. 48; Janke S. 27 spricht von dem „zündenden Funken für die Inanspruchnahme des Instrumentariums der Absprachen“

<sup>35</sup> Rönnau, Absprache, S. 46; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 44

<sup>36</sup> Janke S. 27

<sup>37</sup> Siolek, Verständigung, S. 64

<sup>38</sup> Rönnau S. 50

<sup>39</sup> Meyer-Goßner § 337 Rn. 21 m.w.N.

<sup>40</sup> Rönnau, Absprache, S. 50

nahmsweise ausnutzt, sondern der im Interesse seines Mandanten, auch wenn er ihn für schuldig hält, in alle gesetzlichen Freiräume vorstößt und dabei Verteidigungsstrategien entwickelt, die gerade auch auf die typischen Schwachpunkte unserer Justiz zielen“.<sup>41</sup> Durch diese Art der Verteidigung wird das Gericht dazu gebracht, Gespräche über eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung aufzunehmen. Beispielhaft seien hier das Beweis-antragsrecht sowie die Befangenheitsvorschriften genannt, die von der Verteidigung oftmals extensiv gebraucht werden.

Mittlerweile ist jedoch auch die Rede davon, dass das Gericht sich nunmehr die Vorteile der Absprache zunutze macht und es deshalb die Staatsorgane sind, die den Verteidiger und den Angeklagten zu einer Absprache nötigen.<sup>42</sup>

### 1.3.2 Gründe bei der Verteidigung

Auch für den Verteidiger lässt sich ein erhebliches Eigeninteresse feststellen. Zum einen hat die Absprache für den Verteidiger einen arbeitsökonomischen Effekt zur Folge. Durch die Absprache spart er Zeit schon allein dadurch, dass oftmals keine langwierige Beweis-aufnahme stattfindet. Aufwand und Umfang einer Hauptverhandlung werden geringer. Die ersparte Zeit kann er dazu verwenden, weitere Mandate zu übernehmen.<sup>43</sup> Die gesetzlichen Gebühren sind zwar bei langer Verfahrensdauer meist höher (mehrere Hauptverhandlungst- tage, Einlegung eines Rechtsmittels usw.). Da oftmals Honorare vereinbart werden<sup>44</sup>, wirkt sich dies bei einer Absprache jedoch nicht negativ aus. Versierte Strafverteidiger können gerade in Wirtschaftsstrafsachen wissen bzw. prognostizieren, mit wem und in welchem Verfahrensabschnitt sie eine Absprache treffen können. Dahingehend richten sie dann ihre Honorarvereinbarungen aus.<sup>45</sup> Die Absprache ist also aus finanziellen Aspekten für den Verteidiger keineswegs unattraktiv.

Trifft der Verteidiger mit dem Gericht eine Absprache, so hat er die Möglichkeit, seinem Mandanten eine Perspektive über Dauer und Ausgang des Verfahrens zu geben.<sup>46</sup> Die er- folgreiche Absprache mit dem Ergebnis einer gemilderten Strafe kann der Verteidiger ge- genüber dem Mandanten als Erfolg seines Verhandlungsgeschicks und seiner Beziehungen darstellen, mit denen er negative Auswirkungen für den Angeklagten vermeiden konnte.<sup>47</sup> Auch kann eine getroffene Absprache zukünftig für den Verteidiger von Nutzen sein. So gilt er nach erfolgreicher Absprache für das Gericht als attraktiver Absprachepartner, mit dem es sich lohnt, auf eine solche Weise vorzugehen. Möglicherweise wird er eher als Pflichtverteidiger in Erwägung gezogen, was insbesondere für Berufseinsteiger attraktiv sein dürfte.

### 1.3.3 Gründe beim Angeklagten

In erster Linie wird sich der Angeklagte durch das Mitwirken an einer Absprache eine mil- dere Strafe versprechen. Wird das Verfahren durch eine Absprache beendet, so lässt sich darüber hinaus die „Prangerwirkung“ in der Medienöffentlichkeit vermeiden.<sup>48</sup> Dies allein

---

<sup>41</sup> Hanack StV 1987, 500, 501

<sup>42</sup> Weider StraFo 2003, 406, 408

<sup>43</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 49

<sup>44</sup> Schünemann NJW 1989, S. 1895, 1901

<sup>45</sup> Rönnau, Absprache, S. 56

<sup>46</sup> Tscherwinka S. 34

<sup>47</sup> Rönnau, Absprache, S. 56

<sup>48</sup> Kremer S. 23; Braun S. 33

kann schon Grund für die Kooperation des Angeklagten sein, oftmals wird es jedoch auch die Sorge um den Ruf der Familie sein.<sup>49</sup> Durch die öffentliche Hauptverhandlung kann es zu einer „Stigmatisierung“ kommen. Für viele Angeklagte bedeutet der Prozess eine so starke nervliche Anspannung, dass sie ein schnelles Ende als Erlösung herbeisehnen.<sup>50</sup>

Auch können wirtschaftliche Gründe eine Rolle dafür spielen, dass der Angeklagte zur Verfahrensverkürzung beitragen will. Ein langes Verfahren kann ihn ebenso wie die Strafe selbst wirtschaftlich ruinieren.<sup>51</sup> Dabei spielen nicht nur berufliche Einbußen eine Rolle. Kosten entstehen ihm beispielsweise für die Organisation während der Zeit der Hauptverhandlung, wie etwa Übernachtungskosten, Fahrtkosten, Babysitter. Anwaltshonorare werden häufig pro Verhandlungstag vereinbart. Wenn sich die Hauptverhandlung verkürzt, fallen demgemäß weniger finanzielle Belastungen an. Bei längerer Hauptverhandlung wird der Angeklagte demzufolge abwägen zwischen den wirtschaftlichen Einbußen durch die Hauptverhandlung und den Nachteilen einer durch ein Geständnis möglichen schnellen Verurteilung.<sup>52</sup>

Durch die kommunikative Atmosphäre werden die psychischen Belastungen beim Angeklagten gemildert.<sup>53</sup> Im Strafverfahren steht der Staat dem Angeklagten autoritativ gegenüber. Zudem vermag die Unsicherheit über den Verfahrensausgang beim Angeklagten existentielle Ängste zu begründen, da die Entscheidung über die zu erwartende Strafe oder die Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung entscheidend für die persönliche Zukunft des Angeklagten ist.<sup>54</sup> Im Ermittlungsverfahren hat er kaum Einwirkungs- und Informationsmöglichkeiten, was zu einem Ohnmachtsgefühl führen kann.<sup>55</sup> Durch eine Absprache erlangt er eine gewisse Sicherheit über das Verfahrensergebnis<sup>56</sup> oder zumindest eine klare Perspektive.<sup>57</sup>

### 1.3.4 Allgemeine Gründe

Neben den Einzelinteressen und Motiven der Beteiligten gibt es auch allgemeine Gründe für die Absprachenpraxis

#### 1.3.4.1 Psychologische Aspekte

Durch eine harmonische Hauptverhandlung, die von konsensualer Kommunikation geprägt ist, bleiben die Beteiligten stärker als sonst von Stress- und Leistungsdruck verschont. Verschonung resultiert bereits daraus, dass kein schlechtes Verhandlungsklima entsteht<sup>58</sup> (z. B. werden keine Befangenheitsanträge gestellt). Der Richter trifft materiell betrachtet im Fall des konsensualen Vorgehens ein Urteil nicht allein und muss dieses nicht allein vor sich rechtfertigen, wenn dieses das Ergebnis eines Aushandlungsprozesses darstellt. Bei einem Urteil, das auf einer Absprache beruht, kann von einer hohen Akzeptanz des Urteils unter den Absprachebeteiligten ausgegangen werden.<sup>59</sup> Es lastet dadurch weniger psychischer

---

<sup>49</sup> Braun S. 33

<sup>50</sup> Tscherwinka S. 31

<sup>51</sup> Braun S. 33

<sup>52</sup> Siolek, Verständigung, S. 63

<sup>53</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 49/50

<sup>54</sup> Kremer S. 190/191

<sup>55</sup> Schmidt-Hieber Rn. 17

<sup>56</sup> Tscherwinka S. 32

<sup>57</sup> Tscherwinka S. 30

<sup>58</sup> Janke S. 32

<sup>59</sup> Tscherwinka S. 28

Druck auf ihm. Auch der Verteidiger wird durch ein harmonisches Verhandlungsklima geschont.<sup>60</sup> Der Angeklagte, der wahrnimmt, dass sein Verteidiger mit Gericht und Staatsanwaltschaft „kann“, wird sich weniger unter Druck gesetzt sehen als der Angeklagte, der sich der Staatsgewalt als übergeordneter Institution gegenüber sieht.

#### 1.3.4.2 Wandel der Straftheorien

Als weiterer Aspekt, der die Verbreitung der Absprachenpraxis begünstigt, wird der Wandel der Straftheorien angesehen.<sup>61</sup> So haben die relativen Theorien den Vergeltungsgedanken stark zurückgedrängt. Die absoluten Straftheorien sahen die sittliche Begründung der Strafe nur im Rückblick auf die Vergeltung.<sup>62</sup> Nach der Vergeltungstheorie muss das Übel, das der Täter der Rechtsgemeinschaft zugefügt hat, durch ein gleiches Übel, das dem Täter zugefügt wird, vergolten werden.<sup>63</sup> Strafe ist danach Vergeltung und Ausgleich und hat nicht irgendwelche Zwecke zur besseren Ordnung des sozialen Zusammenlebens zu verfolgen.<sup>64</sup> Die Sühnethorie geht davon aus, dass der Sinn der Strafe darin liege, dass sich der Täter mit der Gesellschaft wieder versöhnt.<sup>65</sup> Die absoluten Theorien, die auf dem Vergeltungsgedanken beruhen, lassen keinen Raum über Verhandlungen über das „ob“ und „wie“ einer Bestrafung.<sup>66</sup> Die relativen Straftheorien stellen dagegen die Frage nach dem in die Zukunft gerichteten Zweck des Strafens und nicht nach der sittlichen Rechtfertigung von Strafe. Dieser ergibt sich aus dem Wohle des Gemeinwesens.<sup>67</sup> Die relativen Theorien haben den Vergeltungsgedanken nahezu verdrängt. Heute ist die Überzeugung vorherrschend, dass nur zur Erhaltung der gesellschaftlichen Ordnung gestraft wird, zur Normstabilisierung.<sup>68</sup>

Bei einer Absprache können spezial- und generalpräventive Aspekte Geltung finden.<sup>69</sup> Durch die stärkere Einbeziehung wird dem Angeklagten vermehrt die Möglichkeit eingeräumt, seine Sicht der Dinge darzulegen.<sup>70</sup> Damit wird das Ziel angestrebt, Resozialisierung und Prävention schon im Strafverfahren beginnen zu lassen.<sup>71</sup> Auf der Ebene der (positiven) Generalprävention ist es zumindest denkbar, dass durch die schnelle Verurteilung der Eindruck entsteht, der Staat könne auf Normbrüche effektiv reagieren. Auch die Entwicklung im Bereich der Straftheorien hat daher zur Verbreitung und Akzeptanz der Absprachenpraxis beigetragen.

#### 1.3.5 Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es verschiedenste Gründe für das nach und nach verstärkte Auftreten von Absprachen gibt. Im Vordergrund stehen diejenigen Gründe, die das Hauptziel der verfahrensbeendenden Absprache im Auge haben, nämlich Verfahrensökonomie. Vornehmlich besteht das Interesse in der verfahrensbeschleunigenden Wirkung der Absprache. Die verschiedenen Gründe und Motive der Beteiligten sind dabei

---

<sup>60</sup> Janke S. 35

<sup>61</sup> Rönnau, Absprache, S. 61; Braun S. 24;

<sup>62</sup> Schmidhäuser AT 2. Kapitel Rn. 5

<sup>63</sup> Weber in Baumann/Weber/Mitsch Strafrecht AT § 3 Rn. 52

<sup>64</sup> Weber in Baumann/Weber/Mitsch Strafrecht AT § 3 Rn. 50

<sup>65</sup> Schmidhäuser Strafrecht AT 2. Kapitel Rn. 7

<sup>66</sup> Braun S. 25

<sup>67</sup> Schmidhäuser Strafrecht AT 2. Kapitel Rn. 8

<sup>68</sup> Rönnau, Absprache, S. 62; Braun S. 25

<sup>69</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 30

<sup>70</sup> Rönnau, Absprache, S. 65; Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 30

<sup>71</sup> Rönnau, Absprache, S. 65

nicht immer gegenläufig, was zu einer harmonischeren Verhandlungssituation führen kann. Auf der anderen Seite besteht jedoch für den Angeklagten dadurch die Gefahr, dass er sich einem Schulterschluss der professionellen Akteure<sup>72</sup> gegenüber sieht.

---

<sup>72</sup> Schönemann NJW 1989, 1895, 1901

## 2. Die Überprüfung absprachebedingter Urteile mit der Revision

Bevor die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Detail analysiert werden kann, ist zunächst ein Blick auf die Möglichkeit der Revision bei absprachebedingten Urteilen überhaupt erforderlich. In diesem Abschnitt wird untersucht, welche Revisionsgründe denkbar sind. In den weiteren Ausführungen zur Entwicklung der Rechtsprechung und den Einzelfragen wird zu zeigen sein, auf welche Rügen die Revisionen beim Bundesgerichtshof bei absprachebedingten Urteilen tatsächlich gestützt werden.

Bei der Frage der Revisibilität absprachebedingter Urteile<sup>73</sup> werden die strafprozessualen Maxime erörtert und dargestellt, wie eine Absprache gegen diese verstoßen kann. Es handelt sich dabei um eine Prüfung der denkbaren Rügemöglichkeiten. Letztendlich kommt es jedoch für den Erfolg jeder Rüge auf die Auffassung der Rechtsprechung an, die bei dieser abstrakten Betrachtung jedoch nicht einbezogen wird. Die Auffassung der Rechtsprechung zu einzelnen Rügen wird im 3. und 4. Kapitel dieser Arbeit behandelt.

Bei der Revision handelt es sich um ein beschränktes Rechtsmittel.<sup>74</sup> Das Wesen der Revision besteht in dem grundsätzlichen Ausschluss der Tatsachenfeststellungen der Instanzgerichte von der Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt wird als feststehend behandelt, und es findet lediglich eine Untersuchung statt, ob das untere Gericht sich einer Verletzung des materiellen oder formellen Rechts schuldig gemacht hat.<sup>75</sup>

Bei Absprachen im Strafverfahren sind mehrere Varianten von Verstößen gegen Normen denkbar. So kann es beispielsweise vorkommen, dass das Gericht nicht die nach § 244 Abs. 2 StPO notwendige Sachaufklärung durchführt, was mit der sog. Aufklärungsrüge geltend gemacht werden kann.<sup>76</sup> Oftmals werden die Gespräche einer verfahrensbeendenden Absprache außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden, so dass u. U. nicht mehr gewährleistet ist, dass das Gericht seine Überzeugung aus dem Inbegriff der Verhandlung bildet und somit eine Verletzung des § 261 StPO im Raum steht.<sup>77</sup>

Beim möglichen Revisionsvorbringen unterscheidet man zwischen der Verfahrensrüge und der Sachrüge, also der Verletzung des materiellen Rechts. Hinsichtlich der Verletzung von Verfahrensvorschriften unterscheidet das Gesetz zwischen den relativen Revisionsgründen und den absoluten Revisionsgründen. Bei den relativen Revisionsgründen ist für einen Erfolg der Revision im Ergebnis der Nachweis erforderlich, dass das Urteil im Einzelfall auf dem Verfahrensverstoß beruht, § 337 Abs. 1 StPO. Bei den absoluten Revisionsgründen, den Fällen des § 338 Nr. 1 bis 7 StPO, besteht die im Falle ihrer Feststellung unwiderlegbare Vermutung dafür, dass das Urteil auf einer Verletzung der Verfahrensvorschriften der Nr. 1 bis 7 beruht. Die Revision ist bei Verletzung dieser Verfahrensvorschriften stets begründet, da die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens insgesamt nicht mehr gewährleistet erscheint.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> Vgl. hierzu Bogner, Absprachen im deutschen und italienischen Prozessrecht, S. 23ff.; Braun, S. 110ff.; Schünemann, Gutachten B 127ff.; Küpper/Bode Jura 1999, S. 393, 397

<sup>74</sup> Meyer-Goßner Vorb. vor § 333 Rn. 1

<sup>75</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 53 A I Rn. 1

<sup>76</sup> Vgl. hierzu S. 37ff.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu S. 61ff.

<sup>78</sup> KK-Kuckein § 337 Rn. 7

Eine Überprüfung des Urteils mittels der Revision ist natürlich nur möglich, wenn nicht wirksam auf Rechtsmittel verzichtet wurde. Auf die Problematik des Rechtsmittelverzichts innerhalb einer Absprache wird im 4. Kapitel dieser Arbeit eingegangen.

## 2.1 Absolute Revisionsgründe

In Betracht kommen bei einer Absprache die absoluten Revisionsgründe aus § 338 Nr. 1, Nr. 5, Nr. 3 und Nr. 6 StPO.

### 2.1.1 Vorschriftswidrige Besetzung, § 338 Nr. 1 StPO

Die Vorschrift des § 338 Nr. 1 StPO sichert das Recht auf den gesetzlichen Richter. Nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, § 16 S. 2 GVG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die Rüge der vorschriftswidrigen Besetzung ist aber nur begründet, wenn der Verstoß auf Willkür beruht<sup>79</sup>, also eine Maßnahme erfolgt, die auf unsachlichen, sich von den gesetzlichen Maßstäben völlig entfernenden Erwägungen beruht und unter keinen Umständen mehr vertretbar erscheint.<sup>80</sup> Gesetzlicher Richter ist diejenige Gerichtsbesetzung, in der das erkennende Gericht nach den gesetzlichen Bestimmungen in Verbindung mit dem Geschäftsverteilungsplan in der Sache zu verhandeln und zu entscheiden hat. (§§ 28ff., 76f. GVG).<sup>81</sup> Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Garantie des gesetzlichen Richters liegt deshalb vor, wenn sämtliche Mitglieder einer Kammer, also auch die Schöffen bei der Absprache beteiligt werden, denn dann sind sämtliche Richter am Entscheidungsprozess beteiligt.

Im Rahmen einer Absprache verhandelt der Vorsitzende oder der Berichterstatter jedoch häufig allein mit den Beteiligten. Da mit dem gesetzlichen Richter im Sinne dieser Norm auch die Schöffen erfasst sind,<sup>82</sup> kann der Grundsatz, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, verletzt und damit der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 1 StPO erfüllt sein. Da die Erörterungen bezüglich der Absprache häufig außerhalb der Hauptverhandlung in den Sitzungspausen stattfinden, ließe sich formal argumentieren, dass das Gericht in der Hauptverhandlung vollständig besetzt war und außerhalb der Hauptverhandlung gar nicht mehr verhandelt wurde, demzufolge auch dort die für die Hauptverhandlung vorgeschriebene Besetzung nicht einzuhalten war. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die gerade sichern will, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen wird und nicht nur die Verletzung einer die Gerichtsbesetzung ausdrücklich regelnden Vorschrift (insbesondere §§ 21a ff., 59, 70, 76 II, 78 II, 122 GVG, 18, 19, 28, 29, 37 DRiG) erfasst.<sup>83</sup>

Eine nachträgliche Information der Schöffen durch die Berufsrichter erfüllt die Anforderungen an den Grundsatz des gesetzlichen Richters nicht.<sup>84</sup> Dies ändert nämlich nichts daran, dass der Angeklagte seinem gesetzlichen Richter entzogen war und die Laienrichter an dem Entscheidungsfindungsprozess (zumindest teilweise) nicht beteiligt waren. Die Information stammt aus zweiter Hand.<sup>85</sup> Festzuhalten bleibt, dass ein absprachebedingtes Urteil

---

<sup>79</sup> BVerfGE 92, 2075

<sup>80</sup> KK-Pfeiffer, Einl. Rn. 25

<sup>81</sup> KK-Kuckein § 338 Rn. 18

<sup>82</sup> Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 1059

<sup>83</sup> Meyer-Goßner § 338 Rn. 6

<sup>84</sup> Bogner, Absprachen, S. 32

<sup>85</sup> Bogner, Absprachen, S. 32

unter diesen Umständen mit der Rüge der vorschriftswidrigen Besetzung angegriffen werden kann.

### 2.1.2 Vorschriftswidrige Abwesenheit, § 338 Nr. 5 StPO

Nach § 338 Nr. 5 StPO kann die Revision darauf gestützt werden, dass die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft oder einer anderen Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat. Für den Angeklagten ergibt sich die Pflicht zur Anwesenheit aus § 231 StPO. In Fällen der notwendigen Verteidigung darf die Verhandlung nicht ohne den Verteidiger durchgeführt werden, § 145 StPO. § 226 StPO schreibt die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft vor. Mit dieser Rüge kann jedoch die Abwesenheit von zur Anwesenheit verpflichteten Personen nur bei Verfahrensteilen gerügt werden, die Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen sind und nicht bei Teilen des Verfahrens, die hätten Gegenstand der Hauptverhandlung sein müssen.<sup>86</sup> Bei einer Absprache greift diese Rüge also nicht, da Teile, die Gegenstand der Hauptverhandlung sein müssten, gerade ausgliedert werden und außerhalb der förmlichen Hauptverhandlung stattfinden.

### 2.1.3 Mitwirkung eines abgelehnten Richters, § 338 Nr. 3 StPO

Die Revision kann ferner darauf gestützt werden, dass ein wegen Befangenheit abgelehnter Richter am Urteil mitgewirkt hat, § 338 Nr. 3 StPO. Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO spielt meist bei nicht zustande gekommenen bzw. fehlgeschlagenen Absprachen<sup>87</sup> eine Rolle, da zuvor ein Ablehnungsantrag gestellt worden sein muss. Ein solcher wird in der Regel dann nicht gestellt werden, wenn alle Beteiligten übereinstimmend eine Absprache getroffen haben und diese eingehalten wird. Voraussetzung für die Rüge nach § 338 Nr. 3 StPO ist, dass ein Richter oder Schöffe am Urteil mitgewirkt hat und dass er in der Hauptverhandlung wegen Befangenheit abgelehnt worden ist oder trotz erfolgloser Rüge weiter mitgewirkt hat. Tatsächliche Bedeutung für die Rüge nach § 338 Nr. 3 StPO hat dabei wohl nur die Mitwirkung bei erfolgloser Ablehnung eines Ablehnungsgesuches, da es kaum vorkommen wird, dass ein Richter am Urteil mitwirkt, der zuvor erfolgreich wegen Befangenheit abgelehnt wurde.<sup>88</sup> Gemäß § 24 Abs. 1 StPO kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Gemäß Abs. 2 findet die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Die §§ 22ff. StPO garantieren die unparteiische Neutralität des Richters.<sup>89</sup>

Das notwendige Revisionsvorbringen beinhaltet die Mitteilung des Ablehnungsgesuchs und des Ablehnungsbeschlusses, den Inhalt der dienstlichen Äußerung, welche nach § 26 Abs. 3 StPO erforderlich ist und sonstiges zum Verständnis der Rüge erforderliches Vorbringen. Bei erfolgloser Ablehnung eines erkennenden Richters ist eine Anfechtung gem. § 28 Abs. 2 StPO nur zusammen mit dem Urteil möglich. Es handelt sich bei der Rüge nach § 338 Nr. 3 StPO ihrer Natur nach darum um eine sofortige Beschwerde.<sup>90</sup> Das Revisionsgericht behandelt die Rüge nach Beschwerdeg Gesichtspunkten. Es prüft die Entscheidung auch in tatsächlicher Hinsicht und ist befugt, eigenes Ermessen an die Stelle des trichter-

---

<sup>86</sup> SK-StPO Schlüchter vor § 213 Rn. 32

<sup>87</sup> zur fehlgeschlagenen Absprache vgl. 4. Kapitel B

<sup>88</sup> LR-Hannack § 338 Rn. 62

<sup>89</sup> Meyer-Goßner vor § 22 Rn. 1

<sup>90</sup> Meyer-Goßner § 338 Rn. 25

lichen Ermessens zu setzen.<sup>91</sup> Dies bedeutet auch, dass das Revisionsgericht vom Tatrichter unterlassene Ermittlungen nachholen können muss.<sup>92</sup>

### 2.1.3.1 Befangenheit des Richters allgemein

Sachlich begründet ist ein Ablehnungsgesuch, wenn wie gesagt ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen, der Ablehnende also objektivierbaren Anlass zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die dessen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit stark beeinflussen könne. Die Voreingenommenheit des Richters stellt auch eine Verletzung des Rechts auf einen gesetzlichen Richter dar.<sup>93</sup> Die Besorgnis der Befangenheit besteht immer dann, wenn entgegen der Unschuldsvermutung und der Regel, dass nur verfahrensförmig festgestellte Tatsachen eine Entscheidung tragen können, der Anschein besteht, der Richter habe sich schon vor Aufklärung des Sachverhalts eine feste Meinung gebildet.

### 2.1.3.2 Befangenheit des Richters bei einer Absprache

Bei informellen Absprachen im Strafprozess kommt die Befangenheit des Richters unter mehreren Gesichtspunkten in Betracht, die im Folgenden erörtert werden.

Gesichert ist die Auffassung, dass ein Richter nicht die Besorgnis der Befangenheit erweckt, wenn er gelegentlich sein vorläufiges Urteil über die Prozessaussichten nach dem jeweiligen Stand des Verfahrens preisgibt.<sup>94</sup> Da aber zur Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit eines Richters ansonsten keine allgemeinen Aussagen getroffen werden können, gebietet es die Untersuchung, sich den konkreten Einzelfall anzuschauen. Es wird daher bereits hier ein Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erforderlich. Die Mehrzahl der zu den Absprachen ergangenen Entscheidungen hat die Problematik der richterlichen Befangenheit zum Gegenstand. Das Ablehnungsgesuch erweist sich als erfolgreiches Instrument, mit dem der Beschuldigte teilweise den Gefahren, die sich aus informellen Absprachen ergeben, entgehen kann.<sup>95</sup>

Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass häufig von der Verteidigung kein Ablehnungsgesuch gestellt wird, da diese auch künftig weiter mit dem Gericht „zusammenarbeiten“ möchte. Bei einer von allen Seiten akzeptierten und eingehaltenen Absprache besteht für ein Ablehnungsgesuch ohnehin kein Grund. Anders kann dies beispielsweise dann aussehen, wenn die Staatsanwaltschaft mit einem durch das Gericht in Aussicht gestellten Ergebnis nicht einverstanden ist, dann wird sie regelmäßig einen Befangenheitsantrag stellen.<sup>96</sup>

#### 2.1.3.2.1 Befangenheitbegründendes Verhalten

Der Richter kann schon allein durch sein Verhalten bei einer Absprache Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit hervorrufen.

---

<sup>91</sup> Meyer-Goßner § 338 Rn. 27

<sup>92</sup> Meyer-Goßner § 338 Rn. 27

<sup>93</sup> Meyer-Goßner vor § 22 Rn. 1

<sup>94</sup> Götz, Befangenheitsrecht, S. 156 ff.

<sup>95</sup> Rönnau, Absprache, S. 246

<sup>96</sup> Vgl. zur Beteiligung der Staatsanwaltschaft Kapitel 4 Teil B.

### 2.1.3.2.1.1 Befangenheit durch die Teilnahme an einer Absprache

Es fragt sich, ob bereits durch die Teilnahme des Richters an Gesprächen über den möglichen Fortgang des Verfahrens schon die Befangenheit begründet werden kann. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1977<sup>97</sup> hat der BGH ausgeführt, dass es einem Vorsitzenden Richter nicht verwehrt sein könne, zur Förderung des seiner Leitung unterliegenden Verfahrens mit den Prozessbeteiligten auch außerhalb der Hauptverhandlung Fühlung aufzunehmen und eine sachgerechte Antragstellung anzuregen. Hintergrund der Entscheidung war jedoch keine Absprache, sondern ein Hinweis des Vorsitzenden an den Dienstvorgesetzten des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft, dieser fungiere wie ein vierter Verteidiger. Der entscheidende 3. Strafsenat ging hier davon aus, dass dieser Sachverhalt auch bei vernünftiger Beurteilung Grund zu der Annahme gab, der Kammervorsitzende nehme dem Angeklagten gegenüber eine nicht mehr ganz unvoreingenommene und unparteiliche Haltung ein (die Einflussnahme erfolgte zu Ungunsten des Angeklagten). Trotz ihrer Uneinschlägigkeit wurde auf diese Entscheidung in späteren Entscheidungen zu Absprachen immer wieder Bezug genommen. Dem Obersatz bleibt zumindest zu entnehmen, dass eine gewisse Kontaktaufnahme des Richters mit den Verfahrensbeteiligten möglich sein muss. Diese Aussage und die Herleitung etwaiger Anhaltspunkte für die Zulässigkeit von Absprachen relativiert sich jedoch durch die weitere Aussage des Senats, auch bei einer etwaigen Kontaktaufnahme obliege dem Vorsitzenden ein gewisses Maß an Zurückhaltung, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden.<sup>98</sup>

In der Literatur<sup>99</sup> wird teilweise davon ausgegangen, dass bereits die schlichte Teilnahme des Richters an einer Absprache Rückschlüsse auf seine Unvoreingenommenheit zulasse, da er seine Neutralität und Distanz verliere. Sobald er in die Absprachenverhandlungen voll eingebunden sei, begeben er sich auf die Ebene der Verfahrensbeteiligten und habe dadurch seine Rolle als „streitenthobener Dritter“ verloren. Dabei komme es auch nicht darauf an, von wem die Initiative zur Absprache ausgegangen sei.<sup>100</sup>

Richtig an dieser Auffassung ist, dass durch die Absprachenpraxis die klassische Rolle des Richters Veränderungen erfährt. Daraus generell den Schluss auf eine Unvoreingenommenheit des Richters zu ziehen, geht jedoch zu weit. Bei dieser weiten Ansicht dürften Richter nicht einmal Fragen hinsichtlich des Verfahrensablaufs mit den Beteiligten erörtern.<sup>101</sup> Erforderlich ist vielmehr ein Blick auf den jeweiligen Einzelfall, ob der Richter es an der gebotenen Zurückhaltung fehlen lässt. So liegt sicher kein unvoreingenommenes Verhalten des Richters mehr vor, wenn dieser vor Abschluss der Beweisaufnahme ohne ausreichendes Beweisergebnis den Angeklagten zu einem Geständnis auffordert.<sup>102</sup> Eine Besorgnis der Befangenheit wird auch dann angenommen, wenn eine schwerwiegende Rechtsverletzung in materieller oder verfahrensrechtlicher Hinsicht die parteiliche Haltung des Richters widerspiegelt.<sup>103</sup>

---

<sup>97</sup> BGH Beschluss vom 4.5.1977 - 3 StR 93/77 (unveröffentlicht)

<sup>98</sup> BGH Beschluss vom 4.5.1977 - 3 StR 93/77 (unveröffentlicht)

<sup>99</sup> Rönnau, Absprache, S. 247

<sup>100</sup> Rönnau, Absprache, S. 248

<sup>101</sup> Tscherwinka, Absprachen im Strafprozess, S. 165

<sup>102</sup> So aber noch BGH NJW 82, 1712

<sup>103</sup> Rönnau, Absprache, S. 246

### 2.1.3.2.1.2 Befangenheit des Richters durch Abgabe einer Strafmaßprognose

Lehnt man das weite Verständnis der Befangenheitsvorschriften ab, dass bereits die bloße Teilnahme an einer Absprache die Befangenheit des Richters begründen kann, so kann ein Verdacht mangelnder Unvoreingenommenheit oder zumindest der Anschein dieser durch das jeweilige Verhalten des Richters im Rahmen einer Absprache begründet sein. Regelmäßig stellt das Gericht ein (geringeres) Strafmaß in Aussicht.

Ein Ablehnungsgesuch kann insoweit dadurch begründet sein, dass ein Richter hinsichtlich des Strafmaßes eine Prognose abgibt für den Fall, dass der Angeklagte ein Geständnis ablegt. Auch hier muss jedoch im Einzelfall untersucht werden, ob der Richter sich durch das Inaussichtstellen eines Ergebnisses bereits so weit gebunden hat, dass er bei objektiver Betrachtung nicht mehr als unvoreingenommen gelten kann.

#### 2.1.3.2.1.2.1 Inaussichtstellen einer bestimmten Strafe vor Schuldspruchreife

Nach herrschender Meinung gilt ein Richter jedenfalls dann als befangen, wenn er eine bestimmte Strafe vor Schuldspruchreife für die Ablegung eines Geständnisses in Aussicht gestellt hat.<sup>104</sup> Der Richter, der eine bestimmte Strafe zusagt, obwohl sich diese Entscheidung nicht auf Tatsachen aus der Beweisaufnahme stützen lässt, ist innerlich festgelegt und voreingenommen.

#### 2.1.3.2.1.2.2 Inaussichtstellen einer bestimmten Strafe

Weiter ist zu fragen, ob ein Richter, der ein bestimmtes Ergebnis in Aussicht stellt, dabei jedoch deutlich die Unverbindlichkeit dieses Ergebnisses betont, durch dieses Vorgehen Rückschlüsse auf eine Voreingenommenheit zulässt. Dagegen lässt sich einwenden, dass gerade keine Selbstbindung des Gerichts vorliegt, da die Absprache in diesem Fall ja gerade nicht bindend sein soll. Nach *Schmidt-Hieber*<sup>105</sup> lässt eine Mitteilung über das Ergebnis einer Vorberatung keinen Grund für die Besorgnis der Befangenheit entstehen, wenn zum Ausdruck kommt, dass es sich nur um eine vorläufige Stellungnahme handelt.

Eine gewisse faktische Bindungswirkung der Absprachen kann jedoch nicht geleugnet werden.<sup>106</sup> Dies gilt auch dann, wenn seitens des Gerichts darauf hingewiesen wird, dass die Stellungnahme lediglich eine vorläufige sei. Untersuchungen zufolge fühlen sich Richter bei einer Absprache auch „moralisch“ verpflichtet, ihre Zusagen einzuhalten.<sup>107</sup> *Siolek* stellte in seiner Erhebung am LG Hildesheim bereits sehr früh fest, dass die vereinbarten Ergebnisse in den einzelnen Kammern als „vertrauensvolle und verlässliche“ Grundlage verstanden wurden.<sup>108</sup> Gerade für den Angeklagten - und auf die Sichtweise eines vernünftigen Angeklagten kommt es bei der Beurteilung der Befangenheit an - muss eine Zusage des Gerichts wie ein Versprechen wirken.

Bereits durch diese faktische Bindung kommt es zu einer inneren Festlegung auf den einzuschlagenden Weg bzw. auf die Herbeiführung des abgesprochenen Ergebnisses. Da zudem die Gefahr besteht, dass er am Ende der Verhandlung in eine Zwickmühle geraten könnte (Wortbruch bei Nichteinhaltung der Zusage oder Rechtsbeugung (§ 339 StGB) bei

<sup>104</sup> Zschokelt NStZ 1991, 305, 308

<sup>105</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 167

<sup>106</sup> zur rechtlichen Bindung s. 4. Kapitel Teil A.

<sup>107</sup> Schünemann NJW 1989, 1895, 1897

<sup>108</sup> Siolek, Verständigung, S. 38

einer nach jetziger Erkenntnis schuldunangemessenen Strafe), wird er ggf. dazu tendieren, alles auszublenden, was das zugesagte Ergebnis „stören“ könnte.<sup>109</sup> Die innere Entscheidungsfreiheit des Richters wäre dabei nicht mehr gewährleistet. Auch bei der Unverbindlichkeit eines nach Gesprächen bzw. Beratungen in Aussicht gestellten Strafmaßes liegt deshalb eine innere Bindung des Richters vor und besteht mithin der Anschein der Befangenheit. Erst recht muss dies gelten, wenn die Absprache für das Gericht verbindlich ist. Der BGH nimmt mittlerweile die Bindungswirkung der Absprache an, lässt diese jedoch beim Vorliegen neuer schwerwiegender Umstände entfallen.<sup>110</sup> Eine Befangenheit läge unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung jedenfalls dann vor, wenn neue schwerwiegende Umstände vorliegen und das Gericht sich dennoch an die Absprache gebunden fühlt.

#### 2.1.3.2.1.2.3 Inaussichtstellen eines bestimmten Strafrahmens

Auch das Inaussichtstellen lediglich eines Strafrahmens statt einer genauen Strafe vermag den Anschein der Befangenheit des Richters nicht zu verhindern. Auch hier besteht das Problem der Bindungswirkung. Man könnte jedoch einwenden, der Richter, der nur einen Strafrahmen in Aussicht stelle, sei noch nicht auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt und damit nicht voreingenommen.

Es ist jedoch bereits verschiedentlich darauf hingewiesen worden, dass die Zusage eines bestimmten Strafrahmens nur theoretischer Natur sei und die Differenzierung zwischen der Zusage einer bestimmten Strafe und eines Strafrahmens letztendlich nur sprachlicher Natur sei. So weist insbesondere *Weider*<sup>111</sup> darauf hin, dass die Benennung einer nicht zu überschreitenden Strafobergrenze in der Praxis nichts anderes als eine Vereinbarung einer genauen Strafhöhe bedeute. Das Gericht stelle nur eine solche Strafobergrenze in Aussicht, die auch die Akzeptanz von Staatsanwaltschaft und Verteidigung findet. Es sei dann von einer Strafobergrenze die Rede, den Beteiligten sei jedoch klar, dass die bekannt gegebene Maximalstrafe die Strafe des Urteils sein werde.<sup>112</sup>

#### 2.1.3.2.2 Befangenheit in bestimmten Absprachesituationen

Die vorangestellten Ausführungen haben gezeigt, dass bei Absprachen von vornherein Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Richters bestehen. Abgesehen von der vorherigen Festlegung des Richters auf ein bestimmtes Ergebnis durch Bindung an die Absprache liegt auch in folgenden Situationen die Besorgnis der Befangenheit der beteiligten Richter nahe:

##### 2.1.3.2.2.1 Befangenheit bei Absprachen zu Lasten Dritter

In Fällen, in denen das ursprünglich gegen zwei Beschuldigte geführte Verfahren gegen einen Beschuldigten abgetrennt wird und die in diesem Verfahren ausgesprochene Verurteilung auf einer Absprache basiert, kann sich aus Sicht des nicht an dem Verfahren beteiligten Dritten die Frage der Besorgnis der Befangenheit stellen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es in dem Verfahren, in dem eine Absprache getroffen wurde, durch den Angeklagten zu Angaben zur Rollenverteilung bei der Tatausführung kommt und diese in

---

<sup>109</sup> Niemöller StV 1990, 34, 38

<sup>110</sup> BGHSt 43,195, 209

<sup>111</sup> Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 134

<sup>112</sup> Weider bezeichnet dies als „Etikettenschwindel“, a.a.O., S. 135

das Urteil übernommen werden.<sup>113</sup> In dem abgetrennten Verfahren wird sich ein Richter ggf. von diesen (durch die Absprache erlangten) Feststellungen nicht lösen können.

#### 2.1.3.2.2 Befangenheit bei Absprachen ohne den Angeklagten

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Besorgnis der Befangenheit auch besteht, wenn der Richter eine Absprache unter Ausschaltung anderer Prozessbeteiligter trifft.<sup>114</sup> Zwar wird ein Angeklagter, der die Entstehungsgeschichte des abgesprochenen Urteils nicht kennt, nicht zuverlässig beurteilen können, ob sich das Ergebnis zu seinem Nachteil auswirkt<sup>115</sup> und ob der Richter neutral eingestellt ist, jedoch führt dies nicht zu einer Befangenheit des Richters. Allein aus der Gefahr, dass eine etwaige Befangenheit nicht wahrgenommen wird, kann nicht auf das Vorliegen einer solchen geschlossen werden.

#### 2.1.4 Ungesetzliche Beschränkung der Öffentlichkeit, § 338 Nr. 6 StPO

Gem. § 169 GVG ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich. Die Öffentlichkeitsmaxime bezieht sich auf das „Kernstück“ des Strafverfahrens, die Hauptverhandlung. Gemeint ist die Hauptverhandlung gem. §§ 226ff. StPO in ihrem gesamten Umfang.<sup>116</sup> Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung ist eine grundlegende Einrichtung des Rechtsstaats,<sup>117</sup> der Öffentlichkeitsgrundsatz ist jedoch kein Verfassungsrechtssatz<sup>118</sup>. Verletzt ist der Öffentlichkeitsgrundsatz durch die unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit. Nicht anwendbar ist § 338 Nr. 6 StPO bei unzulässiger Erweiterung der Öffentlichkeit<sup>119</sup>.

Durch die Öffentlichkeitsmaxime soll die Kontrolle der Justiz zur Förderung des Vertrauens in die Rechtsprechung gefördert werden. Diese Maxime dient auch dazu, dass dem Informationsinteresse der Allgemeinheit z. B. durch Berichterstattung in den Medien Rechnung getragen wird. Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung dient jedoch ebenso general- und spezialpräventiven Zwecken.<sup>120</sup> Die Beachtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes ist nicht disponibel.<sup>121</sup>

Da die Absprache häufig außerhalb der Hauptverhandlung und heimlich erfolgt<sup>122</sup>, ist eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes durchaus denkbar. *Schünemann*<sup>123</sup> nimmt in seinem Gutachten zum 58. DJT eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes an. Heimlichkeit und Verschwiegenheit seien typische Begleiterscheinungen, wenn nicht gar die Voraussetzungen einer erfolgreichen Absprache.

<sup>113</sup> Herzog StV 1999, 455; vgl. auch das Beispiel bei Rönna, Absprache, S. 220

<sup>114</sup> Bogner, Absprachen, S. 42; Dahs Rdn. 16

<sup>115</sup> Zschokelt NStZ 1991, 305, 308

<sup>116</sup> BGHSt 4, 279, 280

<sup>117</sup> Meyer-Goßner § 338 Rn. 46

<sup>118</sup> KK-Pfeiffer, Einl. Rn. 21

<sup>119</sup> BGH St 23, 176, 178

<sup>120</sup> KK-Diemer § 169 GVG Rn. 2

<sup>121</sup> KK-Diemer § 169 GVG Rn. 5

<sup>122</sup> Bereits in dem Aufsatz von Detlef Deal StV 1982, 545 (hinter dem sich wie gesagt der Strafverteidiger Hans-Joachim Weider verbarg) heißt es: Zu den strengst einzuhaltenden Spielregeln des strafprozessualen Vergleichs gehört weiter die absolute Vertraulichkeit der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche.“

<sup>123</sup> Gutachten, B 87

Teilweise wird jedoch ganz gegensätzlich dazu die Auffassung vertreten, die Öffentlichkeitsmaxime sei durch eine Absprache außerhalb der Hauptverhandlung überhaupt nicht betroffen.<sup>124</sup> Diese Ansicht argumentiert formal, dass sich § 169 GVG nur auf die Hauptverhandlung beziehe und nicht auf den Zeitraum außerhalb der Hauptverhandlung. Mit dieser Sichtweise wäre eine Umgehung der Vorschriften über die Öffentlichkeit jedoch ein Leichtes, da es die Beteiligten in der Hand hätten, willkürlich zu bestimmen, was Teil der Hauptverhandlung ist und was nicht.

Eine vermittelnde Auffassung sieht die Öffentlichkeitsmaxime zwar als verletzt an, wenn die Absprache außerhalb der Hauptverhandlung stattfindet. Der Verstoß kann nach dieser Auffassung jedoch dadurch geheilt werden, dass zumindest das Ergebnis der Verständigungsgespräche in der Hauptverhandlung offengelegt wird.<sup>125</sup>

*Braun*<sup>126</sup> sieht zwar den Öffentlichkeitsgrundsatz als verletzt an, betrachtet diese Verletzung jedoch durch die widerstreitenden Interessen der Verfahrensökonomie und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zugunsten der Verfahrensökonomie gerechtfertigt. Ausgangspunkt dieser Argumentation ist die Prämisse, dass eine Gewichtung der Öffentlichkeitsmaxime in Richtung der Befriedigung des allgemeinen Informationsinteresses stattgefunden habe. Auch schränken einige Vorschriften mittlerweile die Öffentlichkeitsmaxime zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Angeklagten ein, so z. B. §§ 171b, 172 Nr. 2 und 3 StPO. Für diese Ansicht spricht zwar der Bedeutungswandel,<sup>127</sup> den die Öffentlichkeitsmaxime erfahren hat, jedoch wird sie der Wichtigkeit des Öffentlichkeitsgrundsatzes nicht gerecht. Die Öffentlichkeitsmaxime hat ihre fundamentale Bedeutung nicht zuletzt durch die Ausgestaltung als absoluten Revisionsgrund erfahren. Eine Verletzung der Öffentlichkeit ist damit nicht mit anderen Verfahrenszielen zu rechtfertigen, da dem Öffentlichkeitsgrundsatz für den Schutz des Angeklagten besondere Bedeutung zukommt. Findet demgemäß eine Absprache vollständig außerhalb der Hauptverhandlung statt, so liegt daher eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes auf der Hand.

Fraglich ist jedoch, ob man der vermittelnden Ansicht folgen kann, dass durch die nachträgliche Offenlegung in der Hauptverhandlung eine Heilung des Verstoßes gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz eintreten kann. Hierbei ist auf den Zweck des Öffentlichkeitsprinzips abzustellen. Dieser besteht zum einen in der Kontrolle des Verfahrensgangs zum anderen aber auch in der Befriedigung des Informationsinteresses der Allgemeinheit. Lagert man die Absprache aus der Hauptverhandlung aus, so ist weder eine Kontrolle der Absprachengespräche möglich, noch wird die Öffentlichkeit über das Ergebnis der Abspracheverhandlungen informiert. Legt man nun das Ergebnis der Absprache in der Hauptverhandlung offen, so wird dem Zweck der Befriedigung des Informationsinteresses Genüge getan. Eine Kontrolle der Absprachengespräche ist jedoch nicht gewährleistet. Der Absprachenvorgang kann jedoch ebenso erheblich sein wie dessen Ergebnis.<sup>128</sup> Denn es besteht stets die Gefahr, dass die Absprache auf unzulässige Art und Weise zustande kommt, beispielsweise Druck auf den Angeklagten ausgeübt wird und der Angeklagte zum Geständnis oder zum Versprechen eines Rechtsmittelverzichts gedrängt wird. Besteht nicht zumindest die Möglichkeit einer Kontrolle durch die Öffentlichkeit, so besteht die Gefahr, dass der Angeklagte sich dem Schulterschluss der Beteiligten gegenüber sieht und von diesen über den

<sup>124</sup> Cramer, FS-Rebmann, S. 145, 149

<sup>125</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 194ff., der es allerdings als entbehrlich ansieht, die Absprache offenzulegen, wenn die Verständigung das Verfahrensergebnis nicht beeinflussen kann.

<sup>126</sup> Braun S. 66

<sup>127</sup> Meyer-Goßner § 169 GVG Rn. 1

<sup>128</sup> Siolek, Verständigung, S. 158f.

Tisch gezogen wird. Hierbei darf nicht verkannt werden, dass die Öffentlichkeit gerade auch dem Schutz des Angeklagten vor staatlicher Willkür dient.<sup>129</sup> Die Absprache und auch die Verknüpfung der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungen lässt sich nur zuverlässig beurteilen, wenn der gesamte Absprachenvorgang beobachtet wird.<sup>130</sup> Eine Offenlegung in der Hauptverhandlung kann den Verstoß gegen das Öffentlichkeitsprinzips also nicht vollständig heilen.

### 2.1.5 Zwischenergebnis

Ein Urteil, das auf einer Absprache beruht, kann daher ggf. mit den Rügen des § 338 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 6 StPO angegriffen werden.

## 2.2 Relative Revisionsgründe

Ein relativer Revisionsgrund liegt dann vor, wenn ein Verstoß gegen ein Gesetz gegeben ist und das Urteil auf dieser Verletzung beruhen könnte, § 337 StPO. Es ist folglich ein Kausalzusammenhang erforderlich. Für diesen Zusammenhang reicht jedoch die Möglichkeit aus, dass das Urteil bei richtiger Anwendung des Gesetzes anders ausgefallen wäre.<sup>131</sup> Nur wenn diese Möglichkeit ausgeschlossen oder rein theoretisch ist, mangelt es an dem ursächlichen Zusammenhang.<sup>132</sup> Es sind dabei zwei Arten von Revisionsbegründungen denkbar. Die Verletzung von Verfahrensvorschriften wird mit der Verfahrensrüge beanstandet, die Verletzung materiellen Rechts wird mit der Sachrüge geltend gemacht.

### 2.2.1 Die Anfechtung absprachebedingter Urteile mit der Verfahrensrüge

Bei der Verfahrensrüge muss klar und eindeutig vorgetragen werden, durch welche Tatsachen Normen verletzt sein sollen,

vgl. § 344 II StPO. Die allgemeine Behauptung eines Fehlers genügt nicht. Von Amts wegen geprüft werden lediglich Verfahrenshindernisse.

#### 2.2.1.1 Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz

Einen relativen Revisionsgrund bildet der Verstoß gegen den fair-trial Grundsatz. Der fair-trial-Grundsatz wird verstanden als allgemeiner, übergeordneter Verfahrensgrundsatz.<sup>133</sup> Gewährleistet wird das Recht auf ein faires Verfahren durch das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>134</sup> Positiviert ist das Fairnessprinzip durch Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Danach hat jedermann den Anspruch, dass seine Sache in billiger Weise gehört wird. Es wird jedoch davon ausgegangen, dass darüber hinaus mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK der anglo-amerikanische Rechtsgrundsatz des fair trial garantiert wird, der dem Beschuldigten die Chance sichern soll, sich gegenüber der ihm an Mitteln überlegenen Anklagebehörde bestmöglich zu verteidigen.<sup>135</sup>

---

<sup>129</sup> Rönna, Absprache, S. 165; Braun S. 66

<sup>130</sup> Bogner, Absprachen, S. 27

<sup>131</sup> Meyer-Goßner § 337 Rn. 17

<sup>132</sup> BGHSt 14, 265, 268

<sup>133</sup> Meyer-Goßner Einl. Rn. 19

<sup>134</sup> Meyer-Goßner Einl. Rn. 19

<sup>135</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 V Rn. 10

Eine Verletzung dieses Grundsatzes spielt auch in der Absprachenpraxis eine Rolle. Teilweise wird per se ein Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz angenommen aufgrund der Machtstruktur, die bei einer Absprache vorherrschend ist.<sup>136</sup> So sei der Angeklagte stets vorleistungspflichtig, während das Gericht eine Information erhalte, ohne dass der Angeklagte eine Sicherheit habe.<sup>137</sup> Anders zu sehen wäre dies bei einer Bindung des Gerichts an die Absprache. Eng verbunden mit der Frage, ob der fair-trial-Grundsatz verletzt sein kann, steht daher die Frage nach der Bindungswirkung der Absprache.<sup>138</sup> Denn es könnte ein unfares Verfahren bedeuten, wenn sich das Gericht ohne Hinweis an den Angeklagten von einer Absprache wieder lösen könnte.

Die Rüge der Verletzung der richterlichen Hinweispflicht ist nur eine Sonderform der Rüge der Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren. Eine Verletzung des fair-trial-Grundsatzes ist bei Absprachen in vielen Variationen denkbar. Die Verletzung dieses Grundsatzes wird häufig gerügt. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die unmittelbare Wirkkraft dieses Grundsatzes umso stärker wirkt, je weniger normativ vorgestaltet ein Verfahrensabschnitt ist.<sup>139</sup> Im Wesentlichen ist der Grundsatz des fairen Verfahrens im Strafprozess durch einzelne Fallgruppen konkretisiert. An dieser Stelle sollen deswegen auch kurz diejenigen Fallgruppen dargestellt werden, in denen bei einer Absprache ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens problematisiert wird.

So stellt beispielsweise ein plötzliches Abweichen der Justizorgane von einer Absprache ohne sachlichen Grund ein unfares Verhalten dar.<sup>140</sup> Nach einer Ansicht stellt es bereits einen unfair trial dar, wenn das Gericht den Angeklagten durch das Inaussichtstellen einer milden Strafe zu einem Geständnis und damit in eine Verurteilung drängt.<sup>141</sup> Auch könne bei Absprachen mangels Kondizierbarkeit des Geständnisses nicht mehr von „Waffengleichheit“ die Rede sein, die dem Fairnessgrundsatz immanent sei.<sup>142</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass dem Angeklagten keine Position einer vollständigen Gleichheit der Rechte einzuräumen ist.<sup>143</sup> Waffengleichheit bedeutet aufgrund der Verfahrensstruktur im Strafverfahren eine Ausbalancierung der Rechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Prozessrollen der Verfahrensbeteiligten.<sup>144</sup> Verhindert werden soll, dass der Beschuldigte sich auf eine Absprache einlässt, in der er in eine Lage gerät, bei der er seine Verteidigung schlechter führen kann als im normalen Verfahren.<sup>145</sup> Eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens wird ferner dann angenommen, wenn eine Verständigung mit Mitangeklagten beabsichtigt werde und diese nach kurzer Zeit auf das Angebot des Gerichts eingehen.<sup>146</sup> In dieser Konstellation würde die Verteidigungsstrategie des Angeklagten vollständig untergraben.

---

<sup>136</sup> Bogner, Absprachen, S. 75

<sup>137</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 126

<sup>138</sup> Vgl. hierzu 4. Kapitel Teil A; Ioakimidis ist der Auffassung, dass nur ein Vertrag dem Angeklagten eine Gewähr bieten könne, vgl. Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 126

<sup>139</sup> Rieß FS Rebmann 1989, 381, 396; Rönnau, Absprache, S. 211

<sup>140</sup> Der 4. Senat des BGH leitet daher die Bindungswirkung der Absprache aus dem fair trial Grundsatz ab, vgl. BGHSt 43, 195, 210.

<sup>141</sup> Hamm ZRP 1990, 339

<sup>142</sup> Siolek, Verständigung, S. 140f.

<sup>143</sup> Rönnau, Absprache, S. 210

<sup>144</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 V Rn. 13; Meyer-Goßner Einl. Rn. 88; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 53 Fn. 236

<sup>145</sup> Rönnau, Absprache, S. 210

<sup>146</sup> Rönnau, Absprache, S. 211, 212

Denkbar sind aufgrund der Absprachensituation viele Verletzungen des fair-trial-Grundsatzes und des ihm innewohnenden Grundsatzes der Waffengleichheit. Eine Verletzung muss jeweils im Einzelfall festgestellt werden. Der fair-trial-Grundsatz darf dabei jedoch nicht an die Stelle von Vorschriften aus der StPO oder von Prinzipien, die sich daraus ergeben, gesetzt werden.<sup>147</sup> Für die Strafgerichte kommt der fair-trial-Grundsatz deshalb nur dann zur Anwendung, wenn die StPO keine Einzelbestimmungen zur Verfügung stellt. Nachdem jedoch, wie bereits gezeigt wurde und noch zu zeigen sein wird, zahlreiche Verfahrensprinzipien verletzt sein können, ist bei einer Rüge gegen ein Urteil, das auf eine verfahrensbeendende Absprache gestützt wird, der fair-trial-Grundsatz nur sekundär heranzuziehen und als Prinzip der Lückenfüllung<sup>148</sup> zu verstehen.

### 2.2.1.2 Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht

Da die Möglichkeit besteht, dass das Gericht einfach das im Rahmen einer Absprache abgegebene Geständnis seinem Urteil zugrunde legt, ohne dass es den Sachverhalt weiter aufklärt, ist eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht denkbar. Diese sich aus § 244 Abs. 2 StPO ergebende Pflicht begründet für die Prozessbeteiligten einen unverzichtbaren Anspruch darauf, dass die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und erlaubten Beweismittel erstreckt wird, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Das Gericht darf sich nicht auf die von den Beteiligten angebotenen Beweismittel beschränken, sondern muss die zur Klärung des Sachverhalts notwendigen Beweise erheben.<sup>149</sup> Es gilt, den wahren Sachverhalt anhand sämtlicher entscheidungserheblicher Tatsachen zu ermitteln.<sup>150</sup> *Schünemann* bezeichnet das Gebot der materiellen Wahrheitsfindung als das „Herz des deutschen Strafverfahrens“.<sup>151</sup> Nur die Ermittlung des wahren Sachverhalts könne notwendige Grundlage eines gerechten Urteils sein.<sup>152</sup> Ohne die Ermittlung des wahren Sachverhalts kann das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden.<sup>153</sup> Für die Polizei und die Staatsanwaltschaft ist dieser Grundsatz in §§ 160, 163 I, 163a I StPO verankert.

#### 2.2.1.2.1 Grundsätzliches

Geltend gemacht wird eine Verletzung der Aufklärungspflicht mit der sog. Aufklärungsrüge. Bei der Aufklärungsrüge handelt es um eine Verfahrensrüge mit hoher Bedeutung für die Praxis. Selten ist diese Rüge jedoch von Erfolg gekrönt, da an ihre Begründung hohe Anforderungen gestellt werden. Diese liegen insbesondere auf einem strengen formalen Maßstab auf der Ebene der Zulässigkeit.<sup>154</sup> So erfordert die Aufklärungsrüge die Angabe eines bestimmten Beweismittels, denen sich das Gericht hätte bedienen müssen, der konkreten Beweistatsache, des Ergebnisses, das bei Beweisaufnahme zu erwarten wäre und der Umstände, die das Gericht zu der fehlenden Beweisaufnahme hätten drängen müssen.<sup>155</sup>

Die Aufklärungspflicht gilt als verletzt bei der Unterlassung weiterer Sachaufklärung, wenn die Umstände zum Gebrauch eines weiteren Beweismittels drängen oder ihn nahe

<sup>147</sup> Meyer-Goßner, Einl. Rn. 21

<sup>148</sup> Vgl. Schünemann, Gutachten, B 115

<sup>149</sup> Schmehl/Vollmer S. 127

<sup>150</sup> Meyer-Goßner § 244 Rn. 11

<sup>151</sup> Schünemann, FS Rieß, S. 525, 539

<sup>152</sup> BGHSt 50, 40ff.

<sup>153</sup> BVerfG NStZ 1987, 419

<sup>154</sup> Fezer, BGH-FG, S. 848, 860; ders., FS-Hanack, S. 331, 351

<sup>155</sup> Schmehl/Vollmer S. 259

legen.<sup>156</sup> Das Verhalten der Beteiligten ist dabei auf die dem Gericht aus dem Aufklärungsgebot erwachsenden Pflichten ohne Einfluss.<sup>157</sup> So ist es beispielsweise unbeachtlich, wenn der Angeklagte seine Einlassung als Geständnis gewertet wissen will. Der Richter muss auch ohne Antrag und selbst gegen den Willen des Angeklagten, entlastende Umstände ausschöpfend aufklären und darüber Beweis erheben.<sup>158</sup>

Die Gefahr des Unterlassens weiterer Sachaufklärung besteht immer dann, wenn verfahrensverkürzende Maßnahmen in Erwägung gezogen werden, denn diese Maßnahmen werden oftmals auf Kosten der umfassenden Sachaufklärung betrieben. Es liegt daher auf der Hand, dass verfahrensbeendende Absprachen mit der gerichtlichen Aufklärungspflicht kollidieren können. Vorrangiges Ziel einer Absprache ist es, den Aufklärungsaufwand, insbesondere den Beweisführungsaufwand, zu reduzieren.<sup>159</sup> Die Leistung des Angeklagten besteht gerade darin, beispielsweise durch die Ablegung des Geständnisses, dem Gericht eine zeitaufwändige Beweiserhebung zu ersparen. Es handelt sich um einen Austausch von „Strafmilderung gegen Verfahrensverkürzung“.<sup>160</sup>

Ein Verstoß gegen den Aufklärungsgrundsatz lässt sich jedenfalls dann verneinen, wenn eine Absprache nach Schuldspruchreife getroffen wird,<sup>161</sup> denn dann ist der Sachverhalt so weit aufgeklärt, dass sich das Gericht eine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten verschafft hat. Dieser Absprachentypus spielt in der Praxis jedoch keine große Rolle.<sup>162</sup> Wenn das Gericht von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist, besteht normalerweise keine Veranlassung, mit dem Angeklagten eine Verständigung zu treffen. Ob eine Verletzung der Aufklärungspflicht erfolgt, ist wiederum am besten anhand von Einzelfällen zu beurteilen.

#### 2.2.1.2.2 Einzelfälle

Es kann absprachenbedingte Leistungen geben, die den Aufklärungsgrundsatz unberührt lassen, beispielsweise die Bezahlung einer Steuerschuld. Den Regelfall bilden jedoch Leistungen des Angeklagten, die dazu führen, dass das Verfahren verkürzt werden kann, wie beispielsweise das Geständnis, das Absehen von einem Beweisantrag<sup>163</sup> oder der Rechtsmittelverzicht.<sup>164</sup>

##### 2.2.1.2.2.1 Geständnis

Als Musterform einer die richterliche Aufklärungspflicht berührende Absprache kann wie ausgeführt der Typus Geständnis gegen Strafmilderung gesehen werden. Gerade im Rahmen einer Absprache besitzt das Geständnis die Funktion, eine weitere Beweisaufnahme entbehrlich zu machen<sup>165</sup> und damit das Verfahren zu verkürzen. Teilweise wird nun vertreten, durch eine Absprache werde der Grundsatz der Amtsaufklärung nicht verletzt. Dies gelte auch dann, wenn sich das Gericht mit einem Geständnis begnüge, sofern keine An-

---

<sup>156</sup> Schmehl/Vollmer S. 27

<sup>157</sup> KK-Herdegen § 244 Rn. 20

<sup>158</sup> KK-Herdegen § 244 Rn. 20

<sup>159</sup> Braun S. 49; Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 57

<sup>160</sup> Janke S. 58

<sup>161</sup> So auch Schönemann, Gutachten, B 80

<sup>162</sup> obwohl diese Konstellation laut Schönemann, Gutachten, B 81, als besonders befriedigende Art der Prozess erledigung unter den Beteiligten empfunden wird.

<sup>163</sup> Vgl. S. 40

<sup>164</sup> Vgl. S. 41

<sup>165</sup> Schmitt GA 2001, 411, 420

haltspunkte dafür vorlägen, dass es falsch ist.<sup>166</sup> Demzufolge bestehe für den Amtsermittlungsgrundsatz keine Besonderheit bezüglich eines Geständnisses, das im Rahmen einer Absprache zustande gekommen sei.<sup>167</sup> Die StPO sehe auch andere Aktenlageentscheidungen vor.<sup>168</sup> So ermöglichten §§ 153ff StPO eine Entscheidung nach Aktenlage, ohne dass zuvor alle Beweismittel ausgeschöpft würden.<sup>169</sup> Gegen diese Argumentation spricht jedoch, dass diese Ausnahmen vom Untersuchungsgrundsatz alle gesetzlich bestimmt sind und deswegen keine Rückschlüsse darauf zulassen, ob dies auch im Rahmen einer Absprache gelten soll.<sup>170</sup> Vertreten wird außerdem, der Angeklagte könne auf die vollständige Sachaufklärung verzichten.<sup>171</sup> Dagegen spricht jedoch bereits, dass wegen der Instruktionsmaxime keine Dispositionsbefugnis der Beteiligten besteht. Eine Verletzung des Aufklärungsgrundsatzes wird demgemäß immer dann vorliegen, wenn sich das Gericht mit einem Geständnis begnügt, obwohl der Sachverhalt noch nicht erschöpfend aufgeklärt ist.

#### 2.2.1.2.2.2 Absehen von Beweisantrag

Häufig ist Inhalt einer Absprache auch das Absehen von der Beweisantragsstellung oder die Rücknahme eines Beweisantrags. Nimmt der Angeklagte einen Beweisantrag zurück, dessen Stellung jedoch Hinweise auf noch nicht erörterte entscheidungserhebliche Tatsachen enthielt, so ist das Gericht zu weiterer Sachaufklärung angehalten. Das Gericht darf nicht durch die Rücknahme von Beweisanträgen hinter den Erfordernissen des § 244 Abs. 2 StPO zurückbleiben.<sup>172</sup> Der aus dem ursprünglich gestellten Beweisantrag entstehende Zweifel am Anklagevorwurf aktualisiert gleichsam die Sachaufklärungspflicht des Gerichts.<sup>173</sup> Unterlässt das Gericht in diesem Fall diese Sachaufklärung, so liegt darin eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes.

#### 2.2.1.2.2.3 Rechtsmittelverzicht

Durch die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts kann es zu einer Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht kommen. Denn wenn das Gericht von vorneherein weiß, dass das Urteil nicht überprüft werden wird, kann es dazu verleitet werden, den Sachverhalt nicht erschöpfend aufzuklären. Hinzu kommt: Wird ein Rechtsmittelverzicht vereinbart und erklärt, so kann, wenn dieser Rechtsmittelverzicht wirksam ist, das Revisionsgericht das Urteil nicht überprüfen. Verstöße gegen die Aufklärungspflicht bleiben bestehen. Die Wahrheit kommt daher nicht einmal im Nachhinein ans Licht.<sup>174</sup>

#### 2.2.1.3 Verletzung des § 136a StPO, verbotene Vernehmungsmethoden

Die Revision kann auch darauf gestützt werden, dass ein absprachebedingtes Urteil gegen § 136 a StPO verstößt, welcher verbotene Vernehmungsmethoden untersagt. Diese Vorschrift weist eine Ausprägung des Art. 1 I GG auf.<sup>175</sup>

<sup>166</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 178; Janke S. 106

<sup>167</sup> Widmaier, Referat, L 37

<sup>168</sup> Braun S. 51

<sup>169</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 58; Braun S. 51; Anklagereife muss jedoch gegeben sein, vgl. § 170 Abs. 1 StPO

<sup>170</sup> Siolek, Verständigung, S. 117

<sup>171</sup> Braun S. 51

<sup>172</sup> Rönnau, Absprache, S. 149

<sup>173</sup> SK-Schlüchter vor § 213 Rn. 49

<sup>174</sup> Rönnau, Absprache, S. 151

<sup>175</sup> Meyer-Goßner § 136a Rn. 1

Der BGH hat lange Zeit zur grundsätzlichen Problematik des § 136 a StPO im Zusammenhang mit den Absprachen im einzelnen keine Stellung genommen, was angesichts dessen, dass die Garantie § 136a StPO als „der wichtigste Prüfstein der informellen Absprache“ und „das solideste Bollwerk des Beschuldigten“ bezeichnet wird<sup>176</sup>, nicht selbstverständlich ist. Die Bedeutung dieser Norm an sich wurde jedoch seitens des BGH immer wieder betont. So hat der 4. Strafsenat ausgeführt, dass § 136a StPO bei Verständigungsgesprächen ebenso zu beachten ist wie der Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst anzuklagen.<sup>177</sup>

Im Hinblick auf § 136a StPO ergeben sich im Zusammenhang mit der Absprache zahlreiche Probleme. So kann es sein, dass durch das Anbieten einer Absprache durch das Gericht der Angeklagte in eine Drucksituation gerät und sich verpflichtet fühlt, ein Geständnis abzulegen oder sich selbst zu belasten.<sup>178</sup> Es besteht die nicht unwahrscheinliche Möglichkeit, dass der Angeklagte sich „bedroht“ fühlt, bei Nichtkooperieren mit einer höheren Strafe belegt zu werden. Diese Situation führt dazu, dass der Angeklagte in seiner Entscheidung, wie er sich prozessual am besten verhält, nicht mehr frei ist. Die Berührung des § 136 a StPO kann sich aus dem besonderen Machtverhältnis zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligtem ergeben. So sieht sich der Angeklagte den professionellen Justizorganen gegenüber.<sup>179</sup>

#### 2.2.1.3.1 Die Bedeutung des § 136a StPO und des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum prodere“

Zu den übergeordneten Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens gehört der Grundsatz, dass sich der Angeklagte nicht selbst belasten oder in sonstiger Weise an seiner eigenen Überführung mitwirken muss.<sup>180</sup> Zwar gilt im Strafverfahren auch der Grundsatz der Wahrheitsermittlung und die Amtsaufklärungspflicht (vgl. § 244 Abs. 2 StPO), der Vorschrift des § 136a StPO ist jedoch zu entnehmen, dass die Wahrheit im Strafrecht nicht um jeden Preis zu erforschen ist, sondern nur in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren erforscht werden darf.<sup>181</sup> § 136a StPO schützt den Beschuldigten vor Beeinträchtigungen seines Aussagewillens bei Vernehmungen.<sup>182</sup> Der Beschuldigte muss frei entscheiden können, ob er aussagen will und welche Aussagen er machen will.<sup>183</sup>

Zwischen § 136a StPO und dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum prodere“ besteht ein enger Zusammenhang. Überwiegend wird § 136a StPO als lex specialis des nemo-tenetur-Grundsatzes angesehen, der zumindest den Absprachenbereich vollständig abdeckt.<sup>184</sup> Die Vorschrift ist auch Ausfluss des Grundsatzes, dass der Beschuldigte nicht zum Objekt des Verfahrens gemacht werden darf. Zugleich ist § 136a StPO eine Ausprägung des Art. 1 I GG.<sup>185</sup> Der Grundsatz findet in allen Stadien des Verfahrens Anwendung und schützt den Angeklagten auch in der Hauptverhandlung.<sup>186</sup> Die Durchführung einer gem. § 136a StPO

<sup>176</sup> Schünemann, Gutachten, B 99

<sup>177</sup> BGHSt 43, 195, 204

<sup>178</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 75

<sup>179</sup> Kremer S. 131

<sup>180</sup> Meyer-Goßner Einl Rn. 29a

<sup>181</sup> Meyer-Goßner § 136a Rn. 2

<sup>182</sup> Rönnau, Absprache, S. 183

<sup>183</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 1

<sup>184</sup> Schünemann, Gutachten, B 99; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 201 a.A. Rönnau, Absprache, S. 182 (zusätzliche Sicherung)

<sup>185</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 1 StPO; Meyer-Goßner § 136a Rn. 1

<sup>186</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 1; Kremer S. 129

verbotenen Vernehmungsmethode hat ein Verwertungsverbot der so gewonnenen Erkenntnisse zur Folge, § 136a Abs. 3 StPO. Ein Verstoß gegen § 136 a StPO führt nicht zur Nichtigkeit des Urteils.<sup>187</sup> Das auf einem Verstoß gegen § 136 a StPO beruhende Urteil kann jedoch mit der Verfahrensrüge angefochten werden.<sup>188</sup>

#### 2.2.1.3.2 Die einzelnen Alternativen unter Berücksichtigung der Absprachensituation

In Betracht kommt die Verletzung des § 136a StPO bei Absprachen vor allem unter den Gesichtspunkten der Täuschung, der Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme und des Versprechens eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils.

##### 2.2.1.3.2.1 Täuschung

Durch Täuschung an Informationen zu gelangen, ist eines Rechtsstaates unwürdig.<sup>189</sup> Demgemäß ist die Täuschung als Vernehmungsmethode verboten. Zu prüfen ist, ob es im Rahmen einer Absprache zu einer Täuschung kommen kann, so dass das daraufhin ergangene Urteil erfolgreich angegriffen werden kann.

Das Merkmal der Täuschung ist nach herrschender Meinung restriktiv auszulegen. Nicht darunter fallen nach überwiegender Auffassung unbeabsichtigte Irreführungen<sup>190</sup> und kriminalistische List<sup>191</sup>. Unzulässig ist jedoch das bewusste Vorspiegeln oder Entstellen von Tatsachen<sup>192</sup>. Gegenstand der Täuschung können auch Rechtsfragen sein.<sup>193</sup> Umstritten bei dem Tatbestandsmerkmal der Täuschung ist, ob dieses Merkmal Vorsatz erfordert oder auch bei einem fahrlässigen Verhalten erfüllt sein kann. Wird dem Angeklagten bewusst die Unwahrheit gesagt, man werde eine Gegenleistung erbringen, ohne dies wirklich zu beabsichtigen, mit dem Ziel an die Gegenleistung des Geständnisses des Angeklagten zu kommen, so liegt eine Täuschung vor.<sup>194</sup> Eine Täuschung kann auch darin liegen, dass das Gericht den Eindruck erweckt, es habe Einfluss auf die Strafvollstreckung, obwohl die Strafvollstreckung außerhalb seiner Kompetenz liegt (vgl. § 451 StPO).<sup>195</sup> Keine Täuschung liegt allerdings vor, wenn das Gericht zusagt, sich in einer gewissen Weise einzusetzen.

Lange Zeit ging man davon aus, dass die Modalität der Täuschung im Rahmen der Absprachen lediglich eine untergeordnete Rolle spiele<sup>196</sup>. Dies führte man vornehmlich darauf zurück, dass die Absprachen von gegenseitigem Vertrauen leben und die Beteiligten auch in Zukunft untereinander Vereinbarungen treffen möchten.<sup>197</sup> Nachdem jedoch durch die Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195 eine Bindungswirkung für zulässige Absprachen statuiert wurde, wächst die Bedeutung der Täuschungsalternative im Rahmen einer Absprache. *Heller* sieht eine Täuschung bereits darin, dass das Gericht beispielsweise von

<sup>187</sup> BGH NStZ 1993, 28; KK-Boujong § 136a Rn. 7

<sup>188</sup> Schünemann, Gutachten, B 128

<sup>189</sup> Meyer-Goßner § 136a Rn. 12

<sup>190</sup> Meyer-Goßner § 136a Rn. 13; BGHSt 31, 395, 400

<sup>191</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 19; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 22

<sup>192</sup> LR-Hannack § 136a Rn. 35

<sup>193</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 19; Meyer-Goßner § 136a Rn. 14

<sup>194</sup> Braun S. 69; Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 79; Rönnau, Absprache, S. 197

<sup>195</sup> Bogner, Absprachen, S. 84

<sup>196</sup> So auch Rönnau, Absprache, S. 197; vgl. auch Dencker, Vergleich, S. 97 „Erpressung gehört zum Vergleich, Betrug nicht.“; eine größere Rolle spielt die Täuschungsmodalität beim Rechtsmittelverzicht, worauf jedoch an anderer Stelle einzugehen ist.

<sup>197</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 80

einer Protokollierung der Absprache absieht.<sup>198</sup> Mit *Kuckein* geht er davon aus, dass eine tatbestandsrelevante Täuschung immer dann vorliege, wenn es auf Veranlassung des Gerichts zu einer formell oder inhaltlich unzulässigen Absprache kommt. Dagegen könnte sprechen, dass das Tatbestandsmerkmal der Täuschung, wie oben gesagt, nach verbreiteter Ansicht, eng auszulegen ist. So ist das Täuschen durch Unterlassen nicht verboten<sup>199</sup>, und noch nicht einmal die unterlassene Belehrung fällt unter den Begriff der Täuschung.<sup>200</sup>

Ob eine Täuschung vorliegt, ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Eine Täuschung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn das Gericht eine Strafe in Aussicht stellt und von vorneherein die Absicht hat, eine höhere Strafe zu verhängen. Festzuhalten ist daher, dass in einem Verfahren, dem eine Absprache zugrunde liegt, das Merkmal der Täuschung erfüllt sein kann und damit ggf. eine Verletzung des § 136a StPO stattfindet.

#### 2.2.1.3.2.2 Drohung

Weiter kann das Merkmal der Drohung einschlägig sein.

##### 2.2.1.3.2.2.1 Grundsätzliches

Unter Drohung versteht man das Inaussichtstellen eines künftigen Nachteils, auf das der Drohende sich Einfluss zuschreibt.<sup>201</sup> Die Drohung kann auch konkludent erfolgen. Möglicherweise enthält das Angebot zu einer Verständigung die konkludente Ankündigung eines Nachteils für den Fall, dass man das Angebot nicht annimmt. Dies würde eine Drohung i.S.d. § 136a StPO darstellen. Belehrungen, Vorhaltungen und Warnungen erfüllen dagegen nicht das Tatbestandsmerkmal der Drohung. Der Hinweis, dass ein Geständnis strafmildernd wirken kann, ist zulässig.<sup>202</sup> Begründet wird dies damit, dass solche Vorhaltungen nur Vorüberlegungen darstellten, die der Beschuldigte auch selbst treffen könne. Nach dem Wortlaut erfasst § 136a StPO die Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme. So verstößt das Gericht gegen § 136a StPO, wenn dem Angeklagten seitens des Gerichts eine schuldunangemessen hohe Strafe in Aussicht gestellt wird.<sup>203</sup>

##### 2.2.1.3.2.2.2 Drohung mit zulässiger Maßnahme

Ist die in Aussicht gestellte Maßnahme jedoch zulässig, so ist darin regelmäßig dann keine Drohung zu sehen, wenn der „Drohende“ unmissverständlich zum Ausdruck bringt, er werde sich dabei nur von sachlichen Erwägungen leiten lassen.<sup>204</sup>

Eine Auffassung sieht eine Drohung dagegen dann als gegeben an, wenn zwar die in Aussicht gestellte Maßnahme für sich genommen rechtmäßig sei, durch die Gesamtsituation jedoch beim Angeklagten der Eindruck der Unzulässigkeit vermittelt werde.<sup>205</sup> Musste der Angeklagte das Verhalten der Justizorgane so verstehen, dass der in Aussicht genommenen Maßnahme willkürliche Überlegungen zugrunde liegen, sei die Willensbetätigung des Angeklagten nicht mehr frei. Diese Ansicht schließt jedoch von sachwidrigen Erwägungen der Leistung des Gerichts auf die Unfreiheit der Entschließung des Angeklagten zur eige-

---

<sup>198</sup> Heller S. 114

<sup>199</sup> BGH NJW 1994, 596, 599

<sup>200</sup> LR-Hannack § 136 Rn. 37; Meyer-Goßner § 136a Rn. 16

<sup>201</sup> LR-Hannack § 136a Rn. 48; Meyer-Goßner § 136a Rn. 21; KK-Boujong § 136a Rn. 30

<sup>202</sup> BGH NJW 1960, 1212

<sup>203</sup> Heller S. 121; Tscherwinka S. 140

<sup>204</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 30

<sup>205</sup> Seier JZ 1988, 683, 688

nen Leistung. Gerade dann, wenn der Angeklagte den Eindruck der Unzulässigkeit einer Maßnahme hat, wird er sich ggf. bei seinem Verteidiger vergewissern, ob diese Maßnahme zulässig oder unzulässig ist. Gegen diese Auffassung spricht weiter, dass die Anknüpfung an den Eindruck des Angeklagten auch zu unbestimmt ist. Wann ein zulässiger Hinweis und wann eine unzulässige Drohung vorliegt, wäre nicht mehr klar abgrenzbar.<sup>206</sup> Es kann daher - im Unterschied zur Befangenheit - nicht auf den Eindruck des Angeklagten abgestellt werden.

Das Inaussichtstellen einer zulässigen Maßnahme kann jedoch dann eine unzulässige Drohung darstellen, wenn mit dieser Inaussichtstellung konkludent mit einem Nachteil gedroht wird für den Fall, dass der Beschuldigte das Angebot nicht annimmt. Der Grat zwischen dem Angebot einer Strafmilderung und der Drohung mit einer Strafschärfung ist äußerst schmal.<sup>207</sup> Der Gegenschluss lässt sich leicht ziehen: Verweigert der Angeklagte eine Verständigung, so kann er kein Entgegenkommen mehr erwarten und muss u. U. mit einer härteren Strafe rechnen.<sup>208</sup> So gehen Teile der Literatur davon aus, dass entscheidendes Element der Absprache nicht die Gewährung einer Vergünstigung sei, sondern die implizit damit verbundene Drohung mit Strafschärfung bei fehlendem prozessualen Wohlverhalten.<sup>209</sup> Der Angeklagte werde vor die Alternative gestellt, entweder den gerichtlichen Vorschlag zu akzeptieren oder Gefahr zu laufen, nach „streitiger“ Verhandlung zu einer wesentlich höheren Strafe verurteilt zu werden.<sup>210</sup> Zudem entfalte die Absprache eine große Erwartungshaltung bei Gericht und könne im Falle ihres Fehlschlagens zu einer Verschlechterung des Verhandlungsklimas führen.<sup>211</sup>

In jedem Inaussichtstellen einer Strafmilderung schlechthin eine unzulässige Drohung mit einer härteren Strafe zu sehen, geht jedoch zu weit. Die Gegenseite einer Besserstellung ist stets eine Schlechterstellung.<sup>212</sup> Daraus kann jedoch nicht der Schluss auf eine gegen § 136a StPO verstoßende Drohung geschlossen werden. Diese Drohung wäre sonst auch in dem Hinweis auf die regelmäßig gewährte Strafmilderung bei Abgabe eines Geständnisses enthalten.

Eine Drohung liegt dagegen stets vor, wenn das Gericht andeutet oder ausdrücklich anspricht, bei Verweigerung einer Verständigung werde der Angeklagte härter bestraft. Es ist demzufolge stets auf den Einzelfall abzustellen, ob eine unzulässige Drohung und damit ein Verstoß gegen § 136a StPO vorliegt.

#### 2.2.1.3.2.3 Versprechen eines nicht vorgesehenen Vorteils

Da es einer Absprache immanent ist, dass „Leistungen“ zugesagt werden, ist ein Verstoß gegen § 136a StPO in der Alternative des Versprechens eines nicht vorgesehenen Vorteils denkbar. Ein Vorteil i.S.d. § 136 a Abs. 1 S. 3 StPO ist eine Vergünstigung, die geeignet ist, das Aussageverhalten des Vernommenen zu beeinflussen.<sup>213</sup> Ein zielgerichtetes Verhalten wird dabei nicht vorausgesetzt.<sup>214</sup> Streit herrscht darüber, wann ein Vorteil gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Nach einer Auffassung ist der Vorteil schon unstatthaft, wenn er eine Gegenleistung für eine Aussage oder eine Aussage mit bestimmtem Inhalt darstellt.<sup>215</sup> Eine andere Auffas-

<sup>206</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 81

<sup>207</sup> Weigend BGH-FG, 1011, 1031

<sup>208</sup> Kremer S. 135

<sup>209</sup> Weigend JZ 1990, 774, 778

<sup>210</sup> Weider FS Lüderssen 773, 784

<sup>211</sup> Rönna, Absprache, S. 193

<sup>212</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 81

<sup>213</sup> SK-Rogall § 136a Rn. 66; OLG Hamm StV 1994, 456; KK-Boujong § 136a Rn. 32

<sup>214</sup> Schmehl/Vollmer S. 26

<sup>215</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 32; BVerfG NJW 1984, 428

sung<sup>216</sup> geht davon aus, dass ein Vorteil dann nicht vorgesehen ist, wenn er nach dem Gesetz überhaupt nicht oder in dem konkreten Fall nicht versprochen werden durfte. *Schünemann*<sup>217</sup> sieht eine Vereinbarkeit mit dem Schutzgedanken des § 136a StPO nur dann als gegeben an, wenn es sich bei der zugesagten Prozesshandlung entweder um eine vom Gesetz vorgeschriebene Reaktion auf die Aussage des Beschuldigten handle oder wenn dadurch die Konkretisierung eines Beurteilungs- oder Ermessensspielraums in einer vom Zweck der betreffenden Norm dreifach gedeckten Weise vorgenommen werde: wenn die Ausfüllung des Spielraumes überhaupt vorweggenommen werden dürfe, wenn die konkrete Ausfüllung auch schon von der jetzigen Beurteilungsbasis her möglich sei und zwischen dem Normzweck und der Herbeiführung einer Aussage durch das Vorteilsversprechen Konnexität bestehe.

Die erste Ansicht ist zu weitgehend, da es zum Beispiel gesetzlich vorgesehene Vorteile gibt, bei denen der Täter im Gegenzug für Wissenspreisgabe eine gemilderte Strafe erhält.<sup>218</sup> Dies impliziert auch bereits der Wortlaut der Vorschrift § 136a StPO, der davon ausgeht, dass es gesetzlich vorgesehene Vorteile geben muss.<sup>219</sup> So sehen die Vorschriften §§ 31 BtmG, 87 Abs. 3, 98 Abs. 2, 99 Abs. 3, 129 Abs. 6, 129a Abs. 5, 158 Abs. 1 StGB gesetzliche Vorteile vor.

Zudem kann nicht lediglich auf eine Verknüpfung mit einer Gegenleistung abgestellt werden. Denn auch dies lässt sich dem Wortsinn von § 136a StPO nicht entnehmen. (Unzulässig sein kann jedoch die Verknüpfung im konkreten Einzelfall.) Es ist demgemäß nicht schon jede Gegenleistung, die gesetzlich nicht explizit geregelt ist, schon deshalb gesetzlich nicht vorgesehen. Vorzugswürdig ist die Auffassung, die darauf abstellt, ob der Vorteil grundsätzlich nicht gewährt werden darf oder im konkreten Fall nicht gewährt werden darf. Es sind deshalb die Einzelfälle der Gegenleistungen des Gerichts unter diesem Gesichtspunkt zu untersuchen:

#### 2.2.1.3.2.3.1 Grundsätzlich nicht zu gewährende Vorteile

Gesetzlich nicht vorgesehen und deshalb nicht zu gewähren sind Zusagen, die Leistungen außerhalb der Kompetenz des Zusagenden umfassen. So ist es ein unzulässiger Vorteil, seitens des Gerichts Freigang für ein Geständnis zuzusagen, da der Strafvollzug nicht in den Zuständigkeitsbereich des Gerichts fällt, §§ 7, 11 Abs. 1, 156 Abs. 2 StVollzG<sup>220</sup>. Unzulässig und ein Verstoß gegen § 136a StPO ist es, wenn das Gericht Zusagen hinsichtlich eines späteren Gnadenverfahrens macht,<sup>221</sup> denn diese Befugnisse stehen gem. § 452 StPO und Art. 60 Abs. 2 GG dem Bundespräsidenten zu. Das Gericht darf mangels Zuständigkeit keine Zusagen bezüglich Verfahrensteilen machen, die nicht zur Hauptverhandlung gehören.<sup>222</sup> Auch kann z. B. der Staatsanwalt nicht eine milde Strafe zusagen, da er darüber nicht die Entscheidungskompetenz hat.<sup>223</sup> Er kann jedoch zusichern, sich für den Beschuldigten einzusetzen. Ebenso darf die Staatsanwaltschaft keine Zusagen zu bestimmten Strafvollstreckungsbedingungen machen, die sie mangels Zuständigkeit nicht einhalten kann<sup>224</sup>. Unzulässig wäre beispielsweise eine Zusage der Staatsanwaltschaft, der Ange-

<sup>216</sup> Gerlach S. 77; Pfeiffer § 136a Rn. 10; Füllkrug MDR 1989, 119, 120; Kremer S. 139; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 170

<sup>217</sup> Gutachten, B 104, 105

<sup>218</sup> Janke S. 171

<sup>219</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 83, Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 170

<sup>220</sup> Kuckein FS Meyer-Goßner 63, 71

<sup>221</sup> Kremer S. 140

<sup>222</sup> So bereits Tscherwinka S. 138

<sup>223</sup> Schmehl/Vollmer S. 26

<sup>224</sup> Heller S. 118

klage komme in eine bestimmte Strafvollzugsanstalt, denn die Festlegung der Vollzugsanstalt fällt in den Zuständigkeitsbereich der Landesjustizverwaltung, §§ 152, 153 StVollzG. Auch stellen Zusagen der Staatsanwaltschaft zur Teileinstellung nach § 154 Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung gesetzlich nicht vorgesehene Vorteile dar, da diese nach Anklageerhebung nicht mehr allein von der Staatsanwaltschaft zugesagt werden können, vgl. § 254 Abs. 2 StPO.<sup>225</sup> Ein Vorteil ist dann unzulässig, wenn der Versprechende darüber überhaupt nicht disponieren kann. So ist auch eine Zusage unzulässig, bei der das Gericht erklärt, es werde auf eine Wahrheitsermittlung verzichten.<sup>226</sup>, denn das Gericht hat, wie oben bereits dargelegt, keine Dispositionsbefugnis über die Wahrheitsermittlung.

Auch kann die Anwendung von Jugendstrafrecht nicht Gegenstand einer Absprache sein,<sup>227</sup> Gem. § 105 JGG hat das Gericht bei allen Heranwachsenden darüber zu entscheiden, ob Erwachsenen- oder Jugendstrafrecht zur Anwendung kommt. Das Gericht hat zwar bei der Beurteilung des persönlichen Eindrucks einen großen Beurteilungsspielraum, jedoch kann bei der Beurteilung der Frage, ob Jugendstrafrecht Anwendung finden soll, nicht das prozessuale Verhalten des Heranwachsenden herangezogen werden. Dafür spricht bereits der Wortlaut von § 105 I 1 JGG, der auf den Zeitpunkt der Tat für die Beurteilung abstellt.<sup>228</sup> Alle diese Fälle haben gemeinsam, dass sie bereits unzulässige Leistungen seitens der Justizorgane beinhalten und es nicht auf eine Verknüpfung der im Synallagma stehenden Leistungen ankommt. Dürfen jedoch Leistung und Gegenleistung nicht miteinander verknüpft werden, so darf der Vorteil im konkreten Fall nicht gewährt werden.

#### 2.2.1.3.2.3.2 Im konkreten Fall nicht zu gewährende Vorteile

Besondere Relevanz hat in diesem Zusammenhang die Gewährung von Strafmilderung gegen Abgabe eines Geständnisses. Das Geständnis kann als Nachtatverhalten Strafzumessungsfaktor i.S.d. § 46 Abs. 2 StGB sein. Die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs BGHSt 43, 195 geht davon aus, dass kein Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils vorliege, wenn das Gericht dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafmilderung in Aussicht stellt. Es kommt demzufolge zum einen darauf an, ob ein Geständnis überhaupt zu einer Strafmilderung führen darf und zum anderen, ob dies auch für abgesprochene Geständnisse gilt. Dies muss stets für den Einzelfall festgestellt werden. Ein unzulässiger Vorteil wäre es jedenfalls, wenn eine Strafmilderung für jedes Geständnis in Aussicht gestellt wird. Es ist auch nicht zulässig, dass sich das Gericht für das Inaussichtstellen einer mildereren Strafe vom Angeklagten versprechen lässt, dieser werde auf Rechtsmittel verzichten.<sup>229</sup>

Festzuhalten ist also, dass es denkbar ist, dass bei einer Absprache unzulässige Vorteile versprochen werden und damit gegen § 136a Abs. 1 StPO verstoßen wird.

#### 2.2.1.4 Verstoß gegen die Unschuldsvermutung

Möglich ist weiter, dass bei einem abgesprochenen Urteil gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung verstoßen wird.

Die Unschuldsvermutung ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Sie ist in Art. 6 Abs. 2 EMRK festgelegt, wonach die Unschuld eines Angeklagten bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld vermutet wird. Die MRK ist unmittelbar geltendes innerstaatliches

<sup>225</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 84

<sup>226</sup> Niemöller StV 1990, 34, 36

<sup>227</sup> BGH NJW 2001, 2642

<sup>228</sup> Noak StV 2002, 445, 447

<sup>229</sup> Zum Sonderproblem der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts siehe 4. Kapitel Teil F

Recht der Bundesrepublik mit dem Rang eines einfachen Bundesgesetzes.<sup>230</sup> Der Grundsatz der Unschuldsvermutung lässt sich jedoch verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip Art. 20 Abs. 3 GG ableiten.<sup>231</sup> Inhalt und Reichweite der Unschuldsvermutung werden durch die Achtung der Menschenwürde bestimmt.<sup>232</sup> Die Unschuldsvermutung soll davor schützen, jemanden als schuldig zu behandeln, ohne dass ihm in einem gesetzlichen Verfahren seine Schuld nachgewiesen worden ist.<sup>233</sup> Sie ist jedoch auch Ausdruck des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots.<sup>234</sup> Dem Beschuldigten darf nichts zugemutet werden, was einem in Wahrheit Unschuldigen schlechterdings nicht zugemutet werden kann.<sup>235</sup>

Eine Verletzung der Unschuldsvermutung kann sich im Rahmen von Absprachen aus zwei Gesichtspunkten ergeben. Zum einen wird eine Verletzung der Unschuldsvermutung in der Situation der Absprache als solcher gesehen, wenn die Abspracheninitiative vom Gericht ausgeht<sup>236</sup>. Bietet das Gericht dem Beschuldigten eine Strafmilderung gegen ein Geständnis an, so bringt es damit eine Schuldvermutung zum Ausdruck. Keinen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung beinhalten unter diesem Gesichtspunkt diejenigen Absprachen, die vom Verteidiger initiiert werden. Zum anderen wird eine Verletzung der Unschuldsvermutung darin gesehen, dass das Gericht bei einer Verständigung ein Urteil fällt, ohne dass eine ausreichende Sachaufklärung erfolgt ist, so dass eine Schuld u. U. noch gar nicht nachgewiesen ist.<sup>237</sup>

#### 2.2.1.4.1 Unschuldsvermutung und die Verurteilung aufgrund einer Verständigung

Teilweise wird davon ausgegangen, dass eine Absprache dann gegen die Unschuldsvermutung verstoße, wenn die Verurteilung aufgrund eines schlanken Geständnisses, also eines Geständnisses, welches lediglich das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens anerkennt, erfolge.<sup>238</sup> Auf den Nachweis der Schuld des Angeklagten werde verzichtet, um eine Verfahrenskürzung zu erzielen.<sup>239</sup> Ist das Gericht jedoch von der Schuld des Angeklagten überzeugt und bietet dem Angeklagten dann eine Strafmilderung gegen ein Geständnis an, so kann darin unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Sachaufklärung, kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung gesehen werden.

Die Vereinbarung mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung wird daher teilweise nach dem Zeitpunkt der Absprache entschieden.<sup>240</sup> In einem frühen Stadium sei eine Überzeugung von der Schuld des Täters noch nicht möglich, so dass eine solche Absprache immer gegen die Unschuldsvermutung verstoße. Zu einem späteren Zeitpunkt, in dem das Stadium des Schuldspruchs erreicht sei, liege dagegen kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung vor.<sup>241</sup> Dagegen spricht, dass die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten nicht pauschal nach dem Zeitpunkt der Absprache beurteilt werden kann. So kann der Richter auch in einem frühen Stadium des Verfahrens von der Schuld des Täters überzeugt sein. Richterliche Überzeugung ist eine bestimmte aus dem Inbegriff der Verhandlung (vgl. § 261 StPO) erwachsene Stellungnahme des Richters zum Gegenstand der

<sup>230</sup> Meyer-Goßner MRK vor Art. 1 Rn. 3 m.w.N.

<sup>231</sup> BVerfGE 19, 342, 347; Meyer-Goßner A 4 MRK Rn. 12; Kühl, Unschuldsvermutung, S.9ff.

<sup>232</sup> LR-Gollwitzer Art. 6 MRK Rn. 105

<sup>233</sup> BVerfGE 22, 265; Meyer-Goßner A 4 MRK Rn. 12

<sup>234</sup> Kremer S. 141; Rönnau, Absprache, S. 173, Tscherwinka S. 103

<sup>235</sup> Schünemann, Gutachten, B 95; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 II.

<sup>236</sup> Rönnau, Absprache, S. 176

<sup>237</sup> Siolek, Verständigung, S. 122

<sup>238</sup> Siolek, Verständigung, S. 122

<sup>239</sup> Kremer S. 142

<sup>240</sup> Siolek, Verständigung, S. 128

<sup>241</sup> Siolek, Verständigung, S. 128

Untersuchung, die nicht nur vom logischen Verstand, sondern auch vom Gefühl beeinflusst ist.<sup>242</sup> Sie ist die subjektive Gewissheit des Richters von der objektiven Wahrheit.<sup>243</sup> Diese subjektive Gewissheit kann sich der Richter auch schon in einem frühen Verfahrensstadium und zwar auch aus dem bis dahin erreichten Stand des Inbegriffs der Verhandlung bilden. Eine Verurteilung, der eine Verständigung zugrunde liegt, erfolgt auch nicht stets nach einem schlanken Geständnis. Zwar wird dies häufig der Fall sein, jedoch werden im Rahmen einer Absprache auch qualifizierte Geständnisse abgegeben. So gaben bei einer Befragung von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* 85,2 % der Befragten an, dass der Angeklagte bei einem selbst vorgetragenen Geständnis das Tatgeschehen auch ausführlicher geschildert habe.<sup>244</sup>

Mit dem Argument, eine Absprache nach Schuldspruchreife komme in der Praxis nicht vor,<sup>245</sup> lässt sich freilich nichts gewinnen. Denn man kann nicht aus dem Vorkommen in der Rechtswirklichkeit verbindlich Schlüsse auf die Zulässigkeit eines Verfahrens ziehen. Einzüräumen ist jedoch, dass eine Absprache nach Schuldspruchreife selten der Fall sein wird, da es Sinn und Zweck der Absprache ist, das Verfahren zu verkürzen. Ist das Gericht von der Schuld des Angeklagten überzeugt, so macht es vor diesem Hintergrund wenig Sinn, eine Absprache anzuregen.

#### 2.2.1.4.2 Unschuldsvermutung und Absprachesituation als solche

Bereits in der Ausgangssituation der Absprache kann jedoch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung gesehen werden. Macht das Gericht dem Angeklagten ein Angebot „Geständnis gegen Strafmilderung“, so bringt es, wie bereits wiederholt angesprochen, damit zum Ausdruck, dass es den Angeklagten für schuldig hält.<sup>246</sup> Der Richter setzt die Schuld als Grundlage für die Absprache voraus.<sup>247</sup> Durch das Anbieten einer Absprache bei lückenhafter Beweislage kann demgemäß die Unschuldsvermutung verletzt sein.

Die überwiegende Auffassung in der Literatur geht davon aus, dass die Absprachensituation so gegen die Unschuldsvermutung verstoße.<sup>248</sup> Das Anbieten einer Absprache ziele darauf ab, auf dem schnellsten Weg zu einer Verurteilung zu führen und verletze damit die Unschuldsvermutung.<sup>249</sup> Gegen diese Ansicht spricht, dass der Richter sich auch im herkömmlichen Verfahren einer gewissen Würdigung nicht entziehen kann. Schließlich hat der Richter auch das Hauptverfahren eröffnet, was nach § 203 StPO hinreichenden Tatverdacht voraussetzt. Auch stellen Zwangsmaßnahmen aufgrund eines bestimmten Tatverdachts keinen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung dar.<sup>250</sup> Bedenkt man, dass eine Freispruchsquote von 3 % die Regel ist,<sup>251</sup> so kann auch aus diesem Gesichtspunkt einiges für die Würdigung des Tatgeschehens vor der Hauptverhandlung sprechen. Mit der Unschuldsvermutung ist auch nicht nur eine völlige „reine“ Unvoreingenommenheit vereinbar.<sup>252</sup> Die Vorabwürdigung der Beweislage ist eine allgemeines Phänomen und nicht absprachenspezifisch.<sup>253</sup> Die Rechtsprechung hat bislang einen Verstoß gegen die Un-

<sup>242</sup> KK-Engelhardt § 261 Rn. 2

<sup>243</sup> Lampe FS Pfeiffer 353, 367; KK-Engelhardt § 261 Rn. 2

<sup>244</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 244

<sup>245</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 92

<sup>246</sup> Rönnau, Absprache, S. 176; Braun S. 60; Kremer S. 142; Weigend JZ 1990, 774, 777

<sup>247</sup> Braun S. 60, 62

<sup>248</sup> Rönnau, Absprache, S.176

<sup>249</sup> Schünemann, Gutachten, B 96

<sup>250</sup> KK-Pfeiffer Einl. 32

<sup>251</sup> Eschelbach HRRS 2005, 190, 200

<sup>252</sup> Tscherwinka S. 104

<sup>253</sup> Tscherwinka S. 101

schuldsvormutung nicht in Erwägung gezogen. Die Auffassung, die in der Absprachenkommunikation einen Verstoß gegen die Unschuldsvormutung sieht, verkennt zudem die Reichweite der Unschuldsvormutung. Die Unschuldsvormutung ist eine formale Rechtsposition des Angeklagten, die mit der Rechtskraft der Entscheidung ihr Ende findet.<sup>254</sup> Erst wenn die Schuld auszusprechen und die Strafe zuzumessen ist, ist voller Schuld nachweis nötig.<sup>255</sup> Ein Verstoß gegen die Unschuldsvormutung aufgrund der Situation bei einer Absprache ist deshalb im Allgemeinen eher zu verneinen. Im Einzelfall ist jedoch ein Verstoß gegen die Unschuldsvormutung denkbar.

#### 2.2.1.4.3 Unschuldsvormutung und Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit für den Beschuldigten

Ein Verstoß gegen die Unschuldsvormutung wird, wie oben schon angesprochen, auch darin gesehen, dass die Maxime, dass durch die Handlungen des Gerichts dem Beschuldigten nichts zugemutet werden darf, was einem Unschuldigen auch unter dem Gesichtspunkt einer Aufopferung für das gemeine Wohl schlechterdings nicht zugemutet werden könne, verletzt werde.<sup>256</sup> Einem in Wahrheit Unschuldigen könne das Angebot einer Absprache schlechthin nicht vorgeschlagen werden. Die Initiative zielt nicht auf eine objektive Verdachtsklärung ab, die nach beiden Seiten hin ausfallen kann, sondern auf den direktesten Weg zur Verurteilung. Dies stelle den Unschuldigen in eine unzumutbare Situation, denn er habe dem Gericht nichts anzubieten als ein falsches Geständnis.

Die Gegenauffassung<sup>257</sup> verneint einen Verstoß gegen die Unschuldsvormutung unter diesem Gesichtspunkt mit dem Argument, dass der Unschuldige dem Gericht nichts anbieten müsse. Er könne das Ansinnen einer Absprache ablehnen und wird dies auch tun. Der in Wahrheit Unschuldige habe gar keinen Entscheidungsspielraum.<sup>258</sup> Seine Situation würde durch das Angebot der Absprache nicht verschlechtert. Vielmehr könne er durch das Ablehnen der Absprache das Gericht von seiner Unschuld überzeugen. Diese Auffassung verkennt, dass sich ein Angeklagter angesichts der in Aussicht gestellten Folgen bei einer Absprache in Einzelfällen zumindest der Versuchung ausgesetzt sehen wird, ein Falschgeständnis anzubieten beispielsweise wenn er die Wahl hat zwischen einer Geldstrafe und einem langwierigen Verfahren und/oder Bedenken hat, trotz seiner Unschuld verurteilt zu werden. Dies zeigt, dass die Frage, ob der Angeklagte einen Entscheidungsspielraum hat letztendlich vom Einzelfall abhängt, so dass auch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit ein Verstoß gegen die Unschuldsvormutung in Betracht kommt. Festzuhalten bleibt, dass in Einzelfällen gegen die Unschuldsvormutung verstoßen wird.

#### 2.2.1.5 Verstoß gegen das Legalitätsprinzip

Auch ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip kann mit der Revision beanstandet werden. Seine Verletzung ist im Wege der Revision dann überprüfbar, wenn es lediglich zu einer Teileinstellung und damit zu einem Urteil gekommen ist.<sup>259</sup>

Gem. § 152 Abs. 2 StPO ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächlich Anhaltspunkte vorliegen und soweit keine gesetzliche Ausnahme vorliegt, vgl. auch § 160 Abs. 1 StPO. Hieraus lässt sich das Legalitätsprinzip ableiten. Das Legalitätsprinzip ordnet einen Verfolgungszwang gegen

<sup>254</sup> Weigend JZ 1990, 774, 777

<sup>255</sup> BVerfG NJW 1990, 2741

<sup>256</sup> Schünemann, Gutachten, B 95

<sup>257</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 93

<sup>258</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 93

<sup>259</sup> Bogner, Absprachen, S. 86 m.w.N.

jeden an, ohne Ansehung seiner Person.<sup>260</sup> Das Legalitätsprinzip ist das essentielle Prinzip des Ermittlungsverfahrens<sup>261</sup>. Gesichert wird das Legalitätsprinzip durch § 258a StGB, welcher die Strafvereitelung im Amt unter Strafe stellt, und das Klageerzwingungsverfahren nach den §§ 172 ff. StPO. Die StPO selbst sieht jedoch Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vor. Bereits der Wortlaut des § 152 Abs. 2 StPO ermöglicht Ausnahmen vom Legalitätsprinzip. Das Legalitätsprinzip wird begrenzt durch die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege.<sup>262</sup>

Gegenstück des Legalitätsprinzips ist das Opportunitätsprinzip, nach dem die Staatsanwaltschaft bei Anklagereife (§ 170 Abs. 1 StPO) zwischen Anklageerhebung und Einstellung des Verfahrens wählen kann, auch wenn die Ermittlungen ergeben haben, dass sich der Angeklagte einer Straftat schuldig gemacht hat.<sup>263</sup> Der Anklagezwang ist gem. §§ 153 – 154 e StPO durchbrochen, wenn der Tatvorwurf geringfügig und kein Strafverfolgungsinteresse besteht oder dieses auf andere Weise befriedigt werden kann, wenn staatliche Interessen entgegenstehen oder wenn der Verletzte selbst die Strafverfolgung gem. §§ 374ff. StPO betreiben kann.<sup>264</sup>

Verstöße gegen das Legalitätsprinzip als beherrschendes Prinzip im Ermittlungsverfahren sind insbesondere vor Eröffnung des Hauptverfahrens denkbar. So stellt es einen Verstoß dar, wenn mit der Staatsanwaltschaft eine Vereinbarung darüber getroffen wird, dass ein bestimmter Straftatbestand zur Anklage kommt etwa Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) statt Totschlag (§ 212 StGB).<sup>265</sup> Verstöße können jedoch auch im Hauptverfahren stattfinden. Findet im Rahmen einer Absprache während einer Hauptverhandlung eine Herabstufung statt, bei der etwa ein Verbrechen als Vergehen eingestuft wird, um dieses nach § 153a Abs. 2 StPO einzustellen, liegt eindeutig ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip vor.<sup>266</sup> Besteht die Möglichkeit, dass das Urteil auf einer Verletzung des Legalitätsprinzips beruht, das Urteil bei richtiger Anwendung der §§ 153ff. StPO anders ausgefallen wäre, ist es über die Erhebung der Verfahrensrüge gemäß § 337 StPO revisibel.<sup>267</sup>

Auch in anderen Absprachefällen wird jedoch die Verletzung des Legalitätsprinzips gesehen. Dies wird damit begründet, dass die Verständigung auf dem Konsens der Beteiligten und nicht auf dem Gesetz beruhe.<sup>268</sup>

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es beim Legalitätsprinzip nicht um die Durchsetzung prozessualer Normen, sondern um die Durchsetzung des materiellen Strafrechts geht. Der Strafanspruch wird grundsätzlich auch im Rahmen einer Absprache durchgesetzt, wenn nicht einer der oben geschilderten Fälle vorliegt. Zudem handelt es sich bei dem Legalitätsprinzip um keinen Selbstzweck. Inhalt und Reichweite des Legalitätsprinzips haben eine Veränderung erfahren. Insbesondere durch die Ablösung der Vergeltungstheorie als absoluter Straftheorie, in der das Legalitätsprinzip seinen Ursprung hat, hat dieses Prinzip seine wesentliche theoretische Grundlage in wichtigen Teilen eingebüßt.<sup>269</sup> Nach der absoluten Vergeltungstheorie war jedwede Einschränkung des Verfolgungszwangs unmöglich.

<sup>260</sup> Meyer-Goßner § 152 Rn. 2

<sup>261</sup> Bogner, Absprachen, S. 86

<sup>262</sup> BVerfGE 46, 214

<sup>263</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 14 A I

<sup>264</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht § 14 B II 1 Rn. 6 S. 69, 70

<sup>265</sup> Beispiel bei Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 40, der darauf hinweist, dass eine Vereinbarung über den Charakter der anzuklagenden Tat eine typische Form des in den USA üblichen plea bargainings ist.

<sup>266</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 61

<sup>267</sup> Bogner, Absprachen, S. 87

<sup>268</sup> Nestler-Tremel DRiZ 1988, 288; Dencker/Hamm S. 52, nach denen sich aus diesem Grund im Zusammenhang mit den Absprachen kaum über das Legalitätsprinzip zu reden lohne.

<sup>269</sup> Braun S. 40; Rönnau, Absprache, S. 109

Diese absolute Theorie ist jedoch abgelöst durch general- und spezialpräventive Auffassungen, die die Bestrafung auch von der gesellschaftlichen Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit abhängig machen.<sup>270</sup> Es wird gar von der „Verwässerung“ dieses Prinzips gesprochen.

Das Legalitätsprinzip ist zudem stets unter dem Gebot der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege zu sehen.<sup>271</sup> Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ist eine Pflicht des Staates, die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten ist. Sie dient dem öffentlichen Interesse an der Effizienz des Strafprozesses.<sup>272</sup> Durch die Kooperation bei einer Verständigung wird die Beschleunigung des Verfahrens erreicht. Da das Legalitätsprinzip durch die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege begrenzt werden kann, ist eine Vereinbarkeit der Absprachen mit diesem Prinzip zu bejahen.

Einschränkungen des Legalitätsprinzips können auch wegen der rechtsfriedensichernden Aufgabe des Strafverfahrens geboten sein.<sup>273</sup> Da auch in Fällen einer Absprache der Rechtsfrieden gesichert sein kann, so muss sich dieses Prinzip zumindest vor diesem Hintergrund eine Einschränkung gefallen lassen. Aufgrund der weiteren zahlreichen Einschränkungen, die dem Legalitätsprinzip widerfahren sind, ist daher der Auffassung zuzustimmen, die die Absprache als mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ansieht.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass Absprachen grundsätzlich mit dem Legalitätsprinzip vereinbar sind. Sie verstoßen jedoch dann gegen das Legalitätsprinzip, wenn die §§ 153ff. zur Anwendung aufgrund der Absprache kommen, obwohl deren Voraussetzungen nicht gegeben sind.

#### 2.2.1.6 Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

Zu den möglichen Rechtsverletzungen bei einer Absprache gehört auch die Nichtgewährung von rechtlichem Gehör. Gemäß Art. 103 Abs. 1 GG hat vor Gericht jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör, vgl. auch §§ 33, 33a, 308, 311 Abs. 3, 311a StPO. Der Beschuldigte muss zu allen Tatsachen und Rechtsfragen der gerichtlichen Entscheidung Stellung nehmen können.<sup>274</sup> Nur solche Tatsachen dürfen der Entscheidung zugrundegelegt werden, zu denen der Angeklagte während des Verfahrens Stellung nehmen konnte.

Teilweise wird in der Absprachenpraxis ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs gesehen.<sup>275</sup> Durch die Verlagerung zumindest eines Teils der Beweisaufnahme auf die informellen Gespräche komme es zu Bedeutungsverlust der aktiven Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Angeklagten.<sup>276</sup> Dagegen könnte sprechen, dass der Angeklagte, selbst wenn es zu einer Verlagerung von Teilen in die informellen Gespräche kommt, durch seinen Verteidiger von den Gesprächen informiert wird. So gaben bei der oben bereits erwähnten Befragung von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* 32,2 % der Richter bei der Frage nach den Gründen für den Ausschluss des Angeklagten an, dieser werde ausreichend durch den Verteidiger vertreten.<sup>277</sup>

---

<sup>270</sup> S. bereits oben S. 15f.

<sup>271</sup> BVerfGE 46, 215, 222

<sup>272</sup> Siolak DRiZ 1989, 325

<sup>273</sup> Rönnau, Absprache, S. 114

<sup>274</sup> Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 1077

<sup>275</sup> Rönnau, Absprache, S. 200ff.

<sup>276</sup> Rönnau, Absprache, S. 201

<sup>277</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 93

Beleuchtet man die Situation, in der der Verteidiger sich befindet, so zeigt dies, dass der Angeklagte durch die bloße Information seine Rechte nicht in der gleichen Weise wahrnehmen können wird, wie dies in der Hauptverhandlung der Fall ist. Der Verteidiger hat häufig ein eigenes Interesse an der Absprache. So besteht die Gefahr, dass er eine Absprache und deren Inhalte einhält, um seine Reputation bei Gericht nicht zu verlieren. Auch darf der bereits erörterte Aspekt des positiven Effekts auf die Honorierung des Verteidigers nicht außer Betracht bleiben.<sup>278</sup> Die Befragung<sup>279</sup> ergab, dass für 22,6 % der Richter ein Grund für den Ausschluss des Angeklagten war, dass die Verteidiger die Gespräche ohne den Angeklagten führen wollten. Da sich der Angeklagte in solchen Fällen somit einer Allianz von Justizangehörigen gegenüber sieht, die in informellen Gesprächen das weitere Verfahren und die Verteidigungsstrategie des Angeklagten erörtern, so liegt es auf der Hand, dass er seine Beteiligungsrechte nicht in vollem Umfang ausüben kann. Durch die reine Information, die in den meisten Fällen auch nicht vollständig ist, kann der Angeklagte die gerichtliche Entscheidungsfindung nicht in der Weise beeinflussen, wie er dies durch seine Anwesenheit und Mitwirkung kann. Auch ist die Kontrolle des Verteidigerhandelns nicht gesichert.<sup>280</sup> Der Richter, der auf das korrekte Handeln des Verteidigers vertraut, muss sich vor Augen halten, dass das rechtliche Gehör verletzt sein könnte.<sup>281</sup> Durch die nur unvollständige Information ist auch eine nachträgliche Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte ausgeschlossen. Der Angeklagte kann auch nicht auf seinen Anspruch auf rechtliches Gehör an sich verzichten.<sup>282</sup> Ihm steht lediglich die Wahrnehmung des Anspruchs frei.

Festzuhalten bleibt demzufolge, dass eine Absprache, bei der der Angeklagte nicht an den Gesprächen beteiligt wird gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstößt.

#### 2.2.1.7 Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz

Weiter ist bei absprachebedingten Urteilen eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes denkbar.

Bei diesem Grundsatz ist zwischen formeller und materieller Unmittelbarkeit zu unterscheiden. Während die formelle Komponente, welche sich § 261 StPO entnehmen lässt, verlangt, dass die Entscheidungen des Gerichts auf den Wahrnehmungen beruht, die das Gericht selbst in der Hauptverhandlung getroffen hat<sup>283</sup>, wird von der materiellen Seite dieses Grundsatzes gefordert, dass diejenigen Beweismittel herangezogen werden, die der Beweistatsache am nächsten sind.<sup>284</sup> Gemäß § 250 StPO darf der Beweis einer Tatsache, die auf Wahrnehmung eines Zeugen beruht, nicht durch Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung ersetzt werden. Eine Verletzung der materiellen Unmittelbarkeit ist jedoch kein absprachespezifisches Problem, so dass auf diesen Aspekt nicht weiter eingegangen werden soll.

In Betracht kommt eine Verletzung der formellen Komponente des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Die Ausgangsfrage ist dabei, ob bei Absprachen das Gericht seine Überzeugung zur Entscheidungsfindung tatsächlich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gem. § 261 StPO geschöpft hat. Es wird nun vertreten, bei einer Absprache werde die Überzeugung

---

<sup>278</sup> S. 1. Kapitel C. II.

<sup>279</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren a.a.O.

<sup>280</sup> Terhorst DRiZ 1988, 296, 297

<sup>281</sup> Rönnau, Absprache, S. 202

<sup>282</sup> Rönnau, Absprache, S. 111

<sup>283</sup> Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 65

<sup>284</sup> LR-Gollwitzer § 250 Rn. 1

des Gerichts gerade nicht aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpft. Ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und damit eine Möglichkeit der Verfahrensrüge kommt bei einer Absprache unter verschiedenen Gesichtspunkten in Betracht. Geltend gemacht wird ein solcher Verstoß mit der sog. Nicht-Inbegriffsrüge.<sup>285</sup>

#### 2.2.1.7.1 Stattfinden der Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung

Regelmäßig werden verfahrensbeendende Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung getroffen. Lediglich die Prozesshandlung wird dann in der Hauptverhandlung vorgenommen.<sup>286</sup> Wenn eine Absprache außerhalb der Hauptverhandlung stattfindet, so kann der Unmittelbarkeitsgrundsatz verletzt sein. Dies ließe sich mit einem formellen Verständnis des Unmittelbarkeitsgrundsatzes verneinen: Der Unmittelbarkeitsgrundsatz gälte danach nur für die Hauptverhandlung. Man könnte folglich argumentieren, wenn Gespräche über die Strafhöhe außerhalb der Hauptverhandlung stattfänden, so würde dieser Grundsatz nicht verletzt.

Die gegenteilige Ansicht geht jedoch davon aus, dass Abspracheverhandlungen außerhalb der Hauptverhandlung den Unmittelbarkeitsgrundsatz unterlaufen und daher ein Verstoß vorliegt. Durch die Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung werde die Art und der Umfang der Beweisaufnahme oftmals festgelegt und vereinbart, was und in welchem Umfang überhaupt in die Hauptverhandlung kommt.<sup>287</sup> Infolge der Substituierung der Beweisaufnahme durch eine Absprache außerhalb der Hauptverhandlung würde nun dem Unmittelbarkeitsgrundsatz der Boden entzogen.<sup>288</sup> Der Unmittelbarkeitsgrundsatz verliere insbesondere dann seinen Bedeutungsgehalt, wenn die zentralen Gesichtspunkte außerhalb der Hauptverhandlung besprochen würden. Die Absprache über rein prozessuale Fragen, die keinen Einfluss auf den Inhalt des Urteils haben, verstößt deshalb auch nach dieser Ansicht nicht gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz.<sup>289</sup>

Um einen zentralen Gesichtspunkt handelt es sich jedoch bei der Initiierung eines Geständnisses außerhalb der Hauptverhandlung. Denn nicht nur das Geständnis als Ergebnis einer Absprache ist für die Entscheidung von Bedeutung, sondern auch dessen Zustandekommen, der Kommunikationsprozess.<sup>290</sup> Finden zentrale Erörterungen, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, außerhalb der Hauptverhandlung statt, so schöpft das Gericht seine Überzeugung nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man davon ausgeht, das Gericht würdige dennoch nur das in der Hauptverhandlung stattgefundene Geständnis. Dabei ist jedoch zweifelhaft, ob sich die Wahrnehmung von außerhalb und innerhalb der Hauptverhandlung gewonnenen Erkenntnisse strikt trennen lassen wird.<sup>291</sup> Die außerhalb der Hauptverhandlung stattgefundene Kommunikation wird immer mitursächliche Grundlage des Urteils sein.

Zudem sei der Unmittelbarkeitsgrundsatz dadurch verletzt, dass außerhalb der Hauptverhandlung nicht alle Verfahrensbeteiligten an der Absprache teilnehmen. Insbesondere seien Laienrichter und der Angeklagte an der Absprache häufig nicht beteiligt.<sup>292</sup> Der nicht anwesende Teil könne dann seine Überzeugung gerade nicht aus dem Inbegriff der Haupt-

---

<sup>285</sup> Schmehl/Vollmer S. 244

<sup>286</sup> Bogner, Absprachen, S. 25

<sup>287</sup> Rönnau, Absprache, S. 155

<sup>288</sup> Rönnau, Absprache, S. 157

<sup>289</sup> Braun S. 57; Schünemann, Gutachten B 87

<sup>290</sup> S. oben 2. Kapitel A. IV.

<sup>291</sup> Bogner, Absprachen, S. 63

<sup>292</sup> Rönnau, Absprache, S. 160f

verhandlung schöpfen.<sup>293</sup> Hiergegen lässt sich auch nicht argumentieren, die Absprachenkommunikation könne nachträglich in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Es ist bereits fraglich, ob eine Einführung prozessordnungsgemäß möglich ist. So weist *Schünemann* darauf hin, dass der Angeklagte kein probates Mittel sei, da dieser an den Gesprächen nicht teilgenommen habe und zudem schweigen dürfe. Auch gebe es keine Möglichkeit, ein außerhalb der Hauptverhandlung erworbenes Wissen des Richters einzuführen, ohne ihn als Zeugen zu vernehmen.<sup>294</sup>

Selbst wenn man diesen formalistischen Ansatz ablehnt und mit *Siolek*<sup>295</sup> davon ausgeht, dass es eine Möglichkeit zur Einführung in die Hauptverhandlung gebe, so lässt sich damit ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht verneinen. Denn de facto bildet sich der Richter auch dann, wenn noch eine Beweisaufnahme stattfindet, seine Überzeugung nicht ausschließlich aus der Hauptverhandlung. Werden an der Absprache nicht alle zur Urteilsfindung berufenen Personen beteiligt, so können diese sich nicht unmittelbar ein Bild vom Zustandekommen des Geständnisses machen, so dass auch dabei gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstoßen wird.

Festzuhalten ist daher, dass ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz dann in Betracht kommt, wenn eine Absprache nicht in der Hauptverhandlung stattfindet, aber auch dann, wenn nicht alle beteiligt wurden, die zu beteiligen sind. Dies gilt auch dann, wenn die Absprache nachträglich offengelegt wird.

#### 2.2.1.7.2 Bindung an eine Strafobergrenze

Insbesondere *Niemöller*<sup>296</sup> hat schon früh darauf hingewiesen, dass ein Richter, der eine Absprache eingegangen sei, eine freie Beweiswürdigung gar nicht mehr vornehmen könne, da durch eine Selbstbindung ein großer Druck entstehe.

Die Frage, ob und inwieweit das Gericht bei einer Verständigung noch aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpft, kann nicht entschieden werden, ohne die Bindungswirkung einer Absprache zu berücksichtigen.<sup>297</sup> § 261 StPO soll auch gewährleisten, dass die Entscheidungsfreiheit des Gerichts bis zur Urteilsberatung sichergestellt bleibt.<sup>298</sup> Dies bedeutet, dass das Gericht sich nicht vor Abschluss der Beratung und Abstimmung, dem die Urteilsverkündung folgt (§ 260 Abs. 1 StPO), festgelegt haben darf.<sup>299</sup> Dem steht eine Bindungswirkung der Absprache entgegen, denn wenn die Absprache, die das Gericht getroffen hat, dieses bindet, so kann nicht mehr von einer freien Entscheidungsfindung gesprochen werden.

Verneint man eine Bindungswirkung von Absprachen, so kommt eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht in Betracht. So stuft *Schmidt-Hieber* die Verständigung über das Verfahrensergebnis als unverbindliche Prognose ein.<sup>300</sup> Er geht dabei von der Prämisse aus, dass es vor Abschluss des Verfahrens keine bindende Erklärung über das Verfahrensergebnis geben dürfe.<sup>301</sup> Durch einen Hinweis des Gerichts auf die fehlende Bindungswirkung solle eine faktische Bindungswirkung des Gerichts vermieden werden.<sup>302</sup> Der Aspekt der Vorläufigkeit müsse stets hervorgehoben werden.<sup>303</sup>

<sup>293</sup> Schünemann, Gutachten, B 89

<sup>294</sup> Schünemann Gutachten B 86

<sup>295</sup> Verständigung, S. 163f.

<sup>296</sup> Niemöller StV 1990, 34, 38

<sup>297</sup> Schäfer, Referat 58. DJT, 1990, Band II, L 37

<sup>298</sup> Bogner, Absprachen, S. 65

<sup>299</sup> Schlüchter FS Spindel 1992, 737, 745

<sup>300</sup> So Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 419ff

<sup>301</sup> Schmidt-Hieber DRiZ 1990, 321

<sup>302</sup> Schmidt-Hieber NJW 1990, 1884, 1885

Auch *Schünemann*<sup>304</sup> geht ausschließlich von der Zulässigkeit nur unverbindlicher Absprachen aus und hat für eine Kategorisierung das Modell der labilen Absichtserklärung entwickelt. Bei dieser Erklärung wird nach Antizipation eines zukünftigen Verhaltens des Absprachepartners diesem mitgeteilt, wie man darauf nach gegenwärtiger Beurteilung reagieren würde, wobei jedoch offen bleibe, ob sich nicht schon aufgrund erneuter Überlegungen die gegenwärtige Einschätzung verändern könne.<sup>305</sup>

Ein Teil der Literatur misst der Absprache eine faktische Bindungswirkung bei. Da die Absprache auf gegenseitigem Vertrauen beruhe, führe dies zu einer gegenseitigen „Erfüllungserwartung“.<sup>306</sup> So wird berichtet, dass kein Fall bekannt wurde, in dem das Gericht zu einem anderen als dem abgesprochenen Ergebnis gekommen war.<sup>307</sup> Nach den entwickelten Modellen von *Schünemann*<sup>308</sup> stellt dies eine stabile Absichtserklärung dar, bei der die eigene Einschätzung als definitiv dargestellt werde, bei der aber ein expliziter oder implizierter Vorbehalt dazukomme. Eine ähnliche Einordnung findet sich bei *Dahs*, der diese Praxis als „gentlemen´s agreement“ bezeichnet und dabei davon ausgeht, dass die Akteure sich trotz Nichtbestehens einer Bindung im rechtlichen Sinne sich dessen ungeachtet an die gemachte Zusage halten.<sup>309</sup> Eine zumindest faktische Bindung der Absprache lässt sich nicht leugnen.<sup>310</sup>

Bereits angedeutet wurde, dass die Rechtsprechung der Absprache seit der Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195 Bindungswirkung beimisst. Eine Qualifizierung dieser kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, wenn bereits die faktische Bindungswirkung geeignet ist, einen Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip zu begründen.

Allein durch die faktische Bindung an die Absprache könnte es zu einer Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit kommen. Dies wird von den Kritikern der Absprachenpraxis angenommen. Dafür spricht, dass auch die freie Überzeugungsbildung des Gerichts etwas faktisches, nämlich eine Wahrnehmung, ist. Eine faktische Wirkung in der Weise, dass sich das Gericht gebunden fühlt, ohne dass eine rechtliche Bindung vorliegt, könnte deshalb ausreichen, um die Beweiswürdigung nicht mehr als frei erscheinen zu lassen. Fast einhellig abgelehnt wird eine rechtliche Bindungswirkung der Absprache.<sup>311</sup> Die Problematik und die Darstellung der verschiedenen Ansichten soll an dieser Stelle jedoch nur angerissen werden. Eine ausführliche Darstellung findet sich im 4. Kapitel Teil A.

Festzuhalten ist, dass bereits bei faktisch bindenden Absprachen die Möglichkeit des Verstoßes gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz besteht.

### 2.2.1.8 Verstoß gegen den Mündlichkeitsgrundsatz

Ein weiterer Verfahrensverstoß, welcher mit der Revision angegriffen werden kann, ist der gegen den Mündlichkeitsgrundsatz. Der Grundsatz der Mündlichkeit besagt, dass nur derjenige Prozessstoff zur Grundlage eines Urteils gemacht werden darf, der auch mündlich

---

<sup>303</sup> Schmidt-Hieber NJW 1990, 1884, 1885

<sup>304</sup> Gutachten, B 74

<sup>305</sup> Schünemann, Gutachten, B 74

<sup>306</sup> Kremer S. 179

<sup>307</sup> Vgl. Richter Söhnen in Verhandlungen zum 58. Deutschen Juristentag, L 154 „Selbstachtung erzeugt eine Bindung, die für mich jedenfalls stärker ist als ein Gesetzesbefehl.“

<sup>308</sup> Schünemann, Gutachten, B 74

<sup>309</sup> Dahs NJW 1987, 1318

<sup>310</sup> Siolak, Verständigung, S. 174, auf Seite 173 weist er auf die Aussage Schmidt-Hiebers im Rahmen einer Diskussion hin „Natürlich sind bindende Absprachen nicht möglich. Aber der Verteidiger muss sich doch darauf verlassen können. Sonst klappt das doch alles nicht.“; vgl. auch Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 141

<sup>311</sup> Vgl. nur Siolak, Verständigung S. 168 m.w.N.

vorgetragen und erörtert wurde.<sup>312</sup> Der Mündlichkeitsgrundsatz kommt in enge Berührung mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz,<sup>313</sup> welcher besagt, dass ein Gericht nur das dem Urteil zugrunde legen darf, was es selbst aus dem Inbegriff der Verhandlung wahrgenommen hat. Zur Frage, ob der Mündlichkeitsgrundsatz verletzt sein kann, wenn eine verfahrensbeendende Absprache getroffen wird, kann auf die obigen Ausführungen zum Unmittelbarkeitsgrundsatz verwiesen werden.

## 2.2.2 Die Anfechtung absprachebedingter Urteile mit der Sachrüge

Mit der sog. Sachrüge oder auch materiellen Rüge kann die Verletzung materiell-rechtlicher Vorschriften gelten gemacht werden. Grundlagen der Prüfung sind allein die Urteilsurkunde und die Abbildungen, auf die nach § 267 I S. 3 StPO verwiesen worden ist.<sup>314</sup>

Sachliches Recht ist dann verletzt, wenn eine auf den festgestellten Sachverhalt anzuwendende Norm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist oder wenn eine unanwendbare Rechtsnorm oder eine „Norm“ angewendet worden ist, die keine Norm ist. Der Fehler kann insbesondere in der falschen Auslegung der Rechtsnorm oder in falscher Subsumtion liegen.<sup>315</sup>

Bei Urteilen, denen eine Absprache zugrunde liegt, kommen als Verletzungen materiellen Rechts Rechtsfehler bei der Strafzumessung und Rechtsfehler bei der Strafaussetzung zur Bewährung in Betracht

### 2.2.2.1 Verstoß gegen Strafzumessungserwägungen

Denkbar ist, dass mit einer Absprache und dem darauf beruhenden Urteil gegen Strafzumessungserwägungen verstoßen wird, sind die Absprachen doch geprägt von einer Strafmilderung, welche das Gericht als „Leistung“ in Aussicht stellt.

Grundlage für die Strafzumessung ist die Schuld des Täters, § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB. Diese „Schuld des Täters“ ist als Maß des Vorwurfs, der dem Täter für seine Tat zu machen ist, zu sehen. Es handelt sich dabei nicht um Schuld i.S.d. Vorwerfbarkeit, welche jede Straftat voraussetzt, sondern um sog. Strafmaßschuld. Die Strafzumessung beruht auf einer Ganzheitsbetrachtung von Tatgeschehen und Täterpersönlichkeit.<sup>316</sup> Der Verstoß gegen Strafzumessungserwägungen kommt hierbei dann in Betracht, wenn eine Strafmilderung vorgenommen wird, obwohl kein Grund für eine solche Milderung vorliegt, wenn also der Angeklagte eine „Leistung“ erbringt, für die das geltende Recht keine Milderung der Strafe vorsieht. Im Regelfall besteht das Angebot des Angeklagten in der Ablegung eines Geständnisses.<sup>317</sup> Als weitere mögliche Inhalte des Verhaltens des Angeklagten kommen Aufklärungshilfe, Schadenswiedergutmachung, Nichtstellung oder Rücknahme von Beweisanträgen und Aussagebereitschaft in anderen Verfahren in Betracht.<sup>318</sup>

<sup>312</sup> Pfeiffer, StPO, Einleitung Rn. 7; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 16 A Rn. 1

<sup>313</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 44 A I

<sup>314</sup> Meyer-Goßner § 337 Rn. 22

<sup>315</sup> Meyer-Goßner § 337 Rn. 33

<sup>316</sup> BGHSt 16, 351, 353; 24, 268, 270

<sup>317</sup> Heller S. 7

<sup>318</sup> Schünemann, Gutachten, B 38

### 2.2.2.1.1 Das Geständnis als Strafmilderungsgrund

Das Geständnis spielt in der tatrichterlichen Praxis und vor allem in der Absprachenpraxis eine wesentliche Rolle.<sup>319</sup> Der Angeklagte hat in dem Verfahren nicht viele Gegenleistungen, die er dem Gericht anbieten kann. Neben dem Geständnis (teilweise nach Aktenlage oder auch ohne Kenntnis der Akten) kommen, wie bereits erörtert, die Rücknahme bzw. das Nichtstellen eines Beweisantrags, der Verzicht des Einlegens von Rechtsmitteln, Aufklärungshilfe und Schadenswiedergutmachung in Betracht<sup>320</sup>. §§ 46 Abs. 2 StGB nennt eine Reihe von Strafzumessungsfaktoren. Das Geständnis wird dabei nicht ausdrücklich genannt, kann jedoch, wie bereits ausgeführt, unter das Nachtatverhalten subsumiert werden.<sup>321</sup> Die gewichtigste Gegenleistung neben dem Rechtsmittelverzicht ist das Geständnis des Angeklagten. Das ist auf die beweissparende Wirkung des Geständnisses zurückzuführen. Ist der Angeklagte geständig, so entfällt eine Beweisaufnahme zum Tatvorwurf im Wesentlichen.<sup>322</sup> Unter einem Geständnis versteht man das Zugestehen der Tat oder einzelner Tatsachen, die für die Entscheidung zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage erheblich sein können.<sup>323</sup>

Zu klären ist dabei, ob dem Geständnis strafmildernde Wirkung zukommt, insbesondere im Rahmen einer Absprache. Sicher ist, dass es ohne diese strafmildernde Wirkung kaum noch zu Geständnissen in praxi kommen würde, jedoch sagt dies nichts über die Legitimierung der strafmildernden Wirkung des Geständnisses aus. Wenn das Geständnis nicht strafmildernd wirkt und dennoch berücksichtigt wird, so stellt dies einen Verstoß gegen Strafzumessungsregeln dar. Es ist umstritten, ob und wann ein Geständnis strafmildernd zu werten ist. Eine strafmildernde Wirkung des Geständnisses kommt unter der Alternative des „Verhaltens des Täters nach der Tat“ oder der „Auswirkungen der Tat“ in Betracht. Die Frage der strafmildernden Wirkung des Geständnisses gilt es jedoch an anderer Stelle zu vertiefen.<sup>324</sup>

### 2.2.2.1.2 Erleichterung der Beweisaufnahme als Strafmilderungsgrund

Das Gericht kann es mit Strafmilderung honorieren, wenn der Angeklagte einen Beweisantrag nicht stellt oder einen gestellten Beweisantrag zurücknimmt.<sup>325</sup> Die Nichtstellung bzw. Rücknahme eines Beweisantrags könnte als Verhalten nach der Tat strafmildernd zu berücksichtigen sein. Dafür spricht, dass Prozessverhalten grundsätzlich bei der Strafzumessung von Bedeutung sein kann.<sup>326</sup> Wird ein Beweisantrag nicht gestellt, so wird dadurch aller Wahrscheinlichkeit nach das Verfahren verkürzt, so dass verfahrensökonomische Gesichtspunkte für eine Strafmilderung in Betracht kommen. Eine Abkürzung oder Verlängerung der Hauptverhandlung ist jedoch für sich allein kein Strafzumessungsgrund<sup>327</sup>. Das Prozessverhalten ist stets auf seine Gründe hin zu untersuchen.<sup>328</sup> Aus einem solchen Prozessverhalten wie der Nichtstellung eines Beweisantrags kann jedoch kaum auf strafmildernde Beweggründe, wie Reue und Einsicht, geschlossen werden.<sup>329</sup> Hinzu kommt, dass der Beweisantrag des Angeklagten vielleicht eben gerade dazu dient, seine Unschuld zu

<sup>319</sup> Rönna, Absprache, S. 89

<sup>320</sup> Schadenswiedergutmachung und Aufklärungshilfe treten regelmäßig erst infolge eines Geständnisses auf

<sup>321</sup> Hierzu näher S. 160ff.

<sup>322</sup> Meyer-Goßner NStZ 1992, 167

<sup>323</sup> Dencker, ZStW 102, 62, 68

<sup>324</sup> s.hierzu 4. Kapitel C. i.

<sup>325</sup> Vgl. Fälle bei Deal StV 1982, S. 547ff.

<sup>326</sup> Tröndle/Fischer § 46 Rn. 50ff

<sup>327</sup> Tröndle/Fischer § 46 Rn. 54

<sup>328</sup> Tröndle/Fischer § 46 Rn. 50

<sup>329</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 187

beweisen.<sup>330</sup> Es wäre deswegen höchst widersprüchlich, dem Unterlassen des Beweisantrags Reue und Einsicht zu entnehmen. Aus dem Beweisantragsverhalten des Täters sind folglich keine positiven Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zu ziehen.<sup>331</sup> Das Unterlassen eines Beweisantrags darf also nicht mit einer Strafmilderung gem. § 46 Abs. 2 StGB honoriert werden.

#### 2.2.2.1.3 Schadenswiedergutmachung als Strafmilderungsgrund

Als weiterer „Tauschgegenstand“ im Rahmen einer Absprache kommt das Angebot des Täters in Betracht, den durch die Tat entstandenen Schaden wieder gut zu machen. § 46 Abs. 2 StGB nennt als Strafzumessungsgesichtspunkt zum einen die verschuldeten Auswirkungen der Tat, zum anderen das Verhalten des Täters nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen. In der Regel ist davon auszugehen, dass eine Wiedergutmachung des Schadens nicht nur auf prozesstaktischen Erwägungen, sondern auch auf Einsicht und Reue beruht.<sup>332</sup> so dass ein positiver Schluss die innere Einstellung des Täters bei Wiedergutmachung bzw. beim Bemühen dazu indiziert wird. § 46 Abs. 2 StGB lässt zudem das Bemühen des Angeklagten um Wiedergutmachung ausreichen. Es genügt demnach, wenn der Angeklagte eine Sicherheit für die Wiedergutmachung einräumt. Stellt man auf die Auswirkungen der Tat ab, so bleiben bei der Beurteilung des Ausmaßes der Rechtsgutsverletzung die der Wiedergutmachung zugrundeliegenden Motive ohnehin außer Betracht.<sup>333</sup>

Strafmilderungsgrund und damit in Frage kommender „Tauschgegenstand“ ist zudem die Schadenswiedergutmachung im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs, § 46a StPO. Danach reicht es für eine Strafmilderung aus, wenn der Täter eine Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt hat, § 46a Nr. 1 StPO. Die Möglichkeit, einen Ausgleich zwischen Täter und Opfer zu erreichen soll in jedem Stadium des Verfahrens von Gericht und Staatsanwaltschaft geprüft werden, § 155a StPO.

#### 2.2.2.1.4 Rechtsmittelverzicht als Strafmilderungsgrund

Verzichtet der Angeklagte auf Rechtsmittel, so stellt dies unter keinen Umständen einen Strafmilderungsgrund dar. Da der Rechtsmittelverzicht nach Urteilsverkündung ausgesprochen wird, ist die Auswirkung des Rechtsmittelverzichts auf die Höhe der Strafe bereits denklogisch ausgeschlossen. Es gehört jedoch häufig zu einer Urteilsabsprache, dass der Angeklagte vor Urteilsverkündung zusagt, er werde einen Rechtsmittelverzicht erklären. Auch dieses Inaussichtstellen kann aber unter keinen Umständen als strafmildernd berücksichtigt werden. Der Angeklagte wird bei einem solchen Verstoß gegen Strafzumessungserwägungen regelmäßig jedoch nicht beschwert sein.

#### 2.2.2.2 Fehler bei der Strafaussetzung zur Bewährung

Auch Fehler bei der Strafaussetzung zur Bewährung können mit der Revision angegriffen werden. Falls sich die Frage der Aussetzung von der Strafzumessung trennen lässt, kann das Rechtsmittel auf die Frage der Aussetzung beschränkt werden.<sup>334</sup>

<sup>330</sup> Nestler-Tremel StV 1989, 109, 111

<sup>331</sup> Bogner, Absprachen, S. 54 a.A. LG Berlin StV 1989, 108, 109

<sup>332</sup> LK-Hirsch § 46 Rn. 93f.; Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 183

<sup>333</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 182

<sup>334</sup> Tröndle/Fischer § 56 Rn. 26; SK-Horn § 56 Rn. 36

Das Revisionsgericht prüft die Entscheidung des Tatrichters über das Bestehen einer günstigen Prognose im Hinblick darauf, ob Rechtsbegriffe verkannt wurden oder Ermessensfehler vorgenommen wurden.

Die Voraussetzungen der Aussetzung zur Bewährung ist (einheitlich für § 56 Abs. 1 bis 3 StPO) eine günstige Sozialprognose. Prognosegesichtspunkt ist auch das Verhalten nach der Tat (§ 56 Abs. 1 S. 2 StPO). Bedeutsam sein können hier Reue, Schadenswiedergutmachung oder zumindest der Wille hierzu (§ 46a StPO).<sup>335</sup> Lassen sich diese dem Prozessverhalten des Angeklagten nicht entnehmen, so begeht das Gericht Rechtsfehler, wenn es die Strafvollstreckung dennoch zur Bewährung aussetzt. Nach dem oben Gesagten, kommt ein Rechtsfehler im Rahmen einer Absprache insbesondere dann in Betracht, wenn die Strafaussetzung zur Bewährung als Gegenleistung für die Unterlassung eines Beweisantrags oder für ein rein prozesstaktisches Geständnis versprochen wurde, da diese keine Anhaltspunkte für eine positive Sozialprognose sein können. Zu beachten ist jedoch, dass hinsichtlich der der günstigen Sozialprognose zugrundeliegenden Tatsachen der Grundsatz in dubio pro reo gilt.<sup>336</sup>

---

<sup>335</sup> Tröndle/Fischer § 56 Rn. 7

<sup>336</sup> Tröndle/Fischer § 56 Rn. 4



### 3. Entwicklung und Rechtsfortbildung

#### 3.1 Die Entwicklung der Rechtsprechung

In diesem Kapitel soll ein chronologisch geordneter Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Absprachen gegeben werden, bevor im 4. Kapitel Einzelprobleme der Absprache und deren Behandlung in der Rechtsprechung untersucht werden.

##### 3.1.1 Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hatte erstmals 1978 zur Absprachenproblematik Stellung zu nehmen.<sup>337</sup> In dem zugrunde liegenden Verfahren war es auf Initiative des Beschwerdeführers hin außerhalb der Hauptverhandlung zu einer Verständigung zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger über ein Geständnis und den Rechtsfolgenausspruch gekommen. Prüfungsmaßstab war das aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Grundrecht des Angeklagten auf ein rechtsstaatliches Verfahren.

Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass Absprachen nicht gegen die Verfassung verstoßen, wenn nicht das Recht des Angeklagten auf ein rechtsstaatliches faires Verfahren, insbesondere die richterliche Wahrheitsfindung, der Grundsatz der Schuldangemessenheit der Strafe und die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung des Angeklagten verletzt würden.<sup>338</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dazu ausgeführt, dass diese Grundsätze es „nicht verbieten, außerhalb der Hauptverhandlung eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Verhandlung herbeizuführen“. Es hat damit anerkannt, dass Absprachen unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens nicht schlechthin unzulässig sind, wenn bestimmte rechtsstaatliche Standards eingehalten werden. Es dürfe keinen „Handel mit der Gerechtigkeit“<sup>339</sup> geben, Verständigungen außerhalb der Hauptverhandlung über Stand und Aussicht des Verfahrens seien im Rahmen des Mindeststandards aber legitim.

Das Bundesverfassungsgericht hat mithin die Zulässigkeit der Absprachen nicht ausdrücklich generell bejaht. *Gallandi*<sup>340</sup> hat in einer Anmerkung zu dem Beschluss darauf hingewiesen, dass es erkennbar nicht die Absicht des Bundesverfassungsgerichts war, die komplexe Gesamtproblematik in einer Grundsatzentscheidung herauszuarbeiten. Nach dem Wortlaut der Entscheidung sagt das BVerfG lediglich etwas über eine Verständigung über „Stand und Aussichten der Verhandlung“.<sup>341</sup> Die Verständigung erfolgte zudem, nachdem die Beweisaufnahme kurz vor dem Abschluss stand. Es handelte sich also nicht um eine typische Absprache, da diese meist darauf abzielen, die Beweisaufnahme zu verkürzen. Zur Frage der Zulässigkeit von Absprachen ließen sich dem Beschluss daher nicht mehr als richtlinienartige Hinweise entnehmen. Der Beschluss wurde deshalb sowohl von den Absprachekritikern als auch von den Befürwortern für die jeweils eigene Position reklamiert.<sup>342</sup> Zudem war im Bezugsfall die Initiative zur Verständigung vom Angeklagten ausgegangen und auch der Rechtsmittelverzicht wurde nicht vom Gericht verlangt, sondern war vom Verteidiger in Aussicht gestellt worden.<sup>343</sup>

<sup>337</sup> BVerfG NSTZ 1987, 419 = NJW 1987, 2662

<sup>338</sup> BVerfG NSTZ 1987, 419

<sup>339</sup> Die Originalformulierung stammt von K.F. Schumann, Der Handel mit Gerechtigkeit. Das BVerfG legt diese Quelle jedoch nicht offen, was insbesondere von Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozeß, S.189, bemängelt wird.

<sup>340</sup> NSTZ 1987, 419, 420

<sup>341</sup> BVerfG a.a.O.

<sup>342</sup> Siolek, Verständigung, S. 81

<sup>343</sup> BVerfG NSTZ 1987, 419, 420

### 3.1.2 Bundesgerichtshof

Mittlerweile existieren zwei Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs, die erste Grundsatzentscheidung<sup>344</sup> erging jedoch erst 1997, nachdem bereits zu Einzelfragen Stellung genommen wurde.

#### 3.1.2.1 Rechtsprechung vor der Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195

Der BGH hatte zur grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit von Absprachen zunächst keine Stellung bezogen. Anfangs wurden in der Rechtsprechung nur punktuelle Aussagen gemacht, da der BGH meist mit gescheiterten oder sonst „pathologischen“ Absprachen konfrontiert war und nur zu den einzelnen Problempunkten Stellung bezog.<sup>345</sup> Teilweise wurde die Frage der Zulässigkeit ausdrücklich offen gelassen.<sup>346</sup> Teilweise ließ sich zwischen den Zeilen bereits eine gewisse Tendenz der Senate erkennen. Es fehlte jedenfalls an fundamentalen Stellungnahmen. Eine ausdrückliche Stellungnahme wurde vom Bundesgerichtshof vielmehr ersichtlich bewusst stets vermieden. Es gab lediglich Entscheidungen zu Fragen der Befangenheit<sup>347</sup> und zur Zusicherung eines bestimmten Strafmaßes. Zudem gab es Entscheidungen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens.

In der ersten Entscheidung, die zur Absprachenproblematik erging, hatte der 2. Strafsenat über die Frage der Befangenheit des Gerichts zu entscheiden.<sup>348</sup> Zwei Richter hatten mit dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft Kontakt aufgenommen und diesem zu verstehen gegeben, dass sie den Beweisantrag des Angeklagten ablehnen würden. Die Staatsanwaltschaft solle ihren Beweisantrag überdenken. Die Richter erklärten, dass sie beabsichtigten, den Antrag des Angeklagten abzulehnen, und teilten dem Staatsanwalt das in Erwägung gezogene Strafmaß mit. Es handelt sich dementsprechend nicht um eine typische Absprache – Geständnis gegen Strafmilderung –, sondern um eine Mitteilung an die Staatsanwaltschaft. Der Senat hat in dieser jedoch Entscheidung bereits festgestellt, es sei einem Richter nicht verwehrt, zwecks Förderung des Verfahrens auch außerhalb der Hauptverhandlung Fühlung zu den Prozessbeteiligten aufzunehmen und sie zu einer bestimmten Prozesshandlung anzuregen.<sup>349</sup>

Der 2. Strafsenat hatte 1989<sup>350</sup> entschieden, dass eine Erklärung, man werde nicht über die Staatsanwalt beantragte Strafe hinaus gehen, einen Vertrauenstatbestand schaffe<sup>351</sup> Gleichzeitig hat er aber festgestellt, es handle sich um eine Einzelfallentscheidung, so dass nicht entschieden werden müsse, wie sich die grundsätzliche Zulässigkeit einer Absprache beurteile.

Auch in einer Entscheidung des 3. Strafsenats aus dem Jahr 1990 nahm dieser zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Absprachen keine Stellung.<sup>352</sup> Es ging um die Zusage der Staatsanwaltschaft, eine bestimmte Tat nicht zu verfolgen, wenn der Beschuldigte sein Rechtsmittel in einer anderen Sache zurücknehme. Der Nachfolger des damaligen Sachbearbeiters hielt sich jedoch nicht an diese Zusage, so dass Anklage erhoben wurde. Der 3. Senat hat in dieser Entscheidung festgestellt, dass dies keinen Strafklageverbrauch bedeute

<sup>344</sup> BGHSt 43, 195ff

<sup>345</sup> Niemöller StV 1990, 34

<sup>346</sup> BGHSt 36, 210

<sup>347</sup> 2. Strafsenat vom 5.9.1984 = 2 StR 347/84 = StV 1984, 449

<sup>348</sup> BGH StV 1984, 449

<sup>349</sup> BGH StV 1984, 449, 450

<sup>350</sup> BGHSt 36, 210

<sup>351</sup> BGHSt 36, 210, 212

<sup>352</sup> BGHSt 37, 10

und auch kein Prozesshindernis verursache.<sup>353</sup> Ein solcher Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz sei jedoch maßgeblich bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.<sup>354</sup>

In einer anderen Entscheidung hatte sich der 3. Senat mit der Frage der Befangenheit des an der Absprache beteiligten Richters beschäftigt. Ein Mitangeklagter hatte gerügt, der Tatrichter sei befangen, nachdem dieser sich mit zwei Mitangeklagten über die zu erwartende Sanktion im Falle eines Geständnisses verständigt hatte. Der 3. Strafsenat sah die Besorgnis der Befangenheit als gegeben an.<sup>355</sup> Nach Ansicht des 3. Strafsenats ist es dem Richter nicht verwehrt, Gespräche über den weiteren Verhandlungsverlauf auch außerhalb der Hauptverhandlung mit den Beteiligten zu führen. Dabei habe er jedoch die gebotene Zurückhaltung zu wahren, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden.<sup>356</sup>

Auch in einer weiteren Entscheidung nahm der 3. Strafsenat die Befangenheit des Gerichts an.<sup>357</sup> Das Gericht hatte dem Angeklagten eine Zusage über das zu erwartende Strafmaß gegeben. Die Staatsanwaltschaft hielt ein anderes Strafmaß für angemessen. Der Vorsitzende erklärte, er werde ein Geständnis mit 4 Jahren Freiheitsstrafe honorieren, die Staatsanwaltschaft könne ja eine kaum aussichtsreiche Strafmaßrevision einlegen. Die Staatsanwaltschaft hatte daraufhin einen Befangenheitsantrag gestellt. Der 3. Senat stellte fest, dass „es kein rechtsstaatliches Verfahren bei Absprachen zu dem Prozessergebnis“ gibt. Die beiden Entscheidungen zeigen bereits, dass der 3. Strafsenat gegenüber Absprachen wesentlich kritischer eingestellt war als die anderen Senate. Die Entscheidung BGHSt 37, 298 wurde als Abkehr von der Absprachenpraxis verstanden. *Weider*<sup>358</sup> bezweifelte jedoch, dass die Absprachenpraxis damit ihr Ende gefunden habe. Die Aussage des 3. Strafsenats erfolgte in einem obiter dictum, in dem der Senat folgendes ausführte:

*„Vertrauliche, also ohne Mitwirkung aller Prozessbeteiligten einschließlich des Angeklagten und der Schöffen getroffene Absprachen über die Höhe der Strafen bei einem bestimmten Verhalten des Angeklagten widersprechen – ebenso wie alle` Zusagen bezüglich der Strafzumessung` (...) den geltenden Verfahrensvorschriften.... Wenn einzelne oder alle Mitglieder des Gerichts – vor allem über den Kopf eines Verfahrensbeteiligten hinweg – vertrauliche Absprachen für ein abgekürztes Verfahren treffen oder konkret anbieten, erwecken sie den Eindruck, dass ihnen an einer gerechten Abklärung aller für die Schuld und Strafe bedeutsamen Umstände nichts gelegen ist. (...) Entgegen der im Zurückweisungsbeschluss des Landgerichts geäußerten Ansicht gibt es kein `rechtsstaatliches Verfahren bei Absprachen zu dem Prozessergebnis`; vielmehr ist es dem Gericht untersagt, sich auf einen Vergleich im Gewande des Urteils, auf einen Handel mit der Gerechtigkeit einzulassen.“*

Die Entscheidung sorgte in der Praxis für erhebliche Unsicherheit.<sup>359</sup> Ging daraus doch hervor, dass der 3. Senat „alle Zusagen bezüglich der Strafzumessung“ als nicht mit

<sup>353</sup> BGHSt 37, 10, 12

<sup>354</sup> BGHSt 37, 10, 14

<sup>355</sup> BGHSt 37, 99

<sup>356</sup> BGHSt 37, 99, 103

<sup>357</sup> BGHSt 37, 298

<sup>358</sup> Weider StV 1991, 241

<sup>359</sup> Küpper/Bode Jura 1999, 393, 394; Weigend BGH-FG 1011, 1028

den geltenden Verfahrensvorschriften vereinbar ansieht. Zumindest ließen sich dem Urteil durchgreifende Bedenken gegen die Absprachenpraxis entnehmen.<sup>360</sup>

Es erging jedoch noch im selben Jahr eine Entscheidung des absprachefreundlichen 2. Strafsenats, in der dieser erklärte, dass eine Absprache „unter Umständen zweckmäßig oder gar notwendig“ sein könne.<sup>361</sup> Der 2. Strafsenat<sup>362</sup> ließ hier zumindest zwischen den Zeilen bereits erkennen, dass er Absprachen grundsätzlich anerkenne. Das Tatgericht hatte dem Verteidiger nach einer Zwischenberatung mitgeteilt, dass der Angeklagte mit einer Freiheitsstrafe zwischen fünf Jahren und fünf Jahren und elf Monaten zu rechnen habe, für den Fall, dass er ein Geständnis ablege. Die Staatsanwaltschaft hatte hiervon erst bei der Urteilsverkündung gehört und Revision eingelegt. Der Senat hat zwar festgestellt, dass durch die Absprache die Entscheidung des Gerichts nicht von vornherein festgelegt werden könne, mit der Mitteilung eines Ergebnisses der Zwischenberatung sei jedoch ein Vertrauensstatbestand geschaffen worden. Diese prozessual relevante Handlung hätte nicht ohne die Anhörung der Staatsanwaltschaft ergehen dürfen. Das Vorgehen des Gerichts, überhaupt eine derartige Verständigung zu treffen, kritisiert der 2. Senat nicht. Der Senat ignorierte dabei offensichtlich die Ausführungen, die der 3. Strafsenat<sup>363</sup> zuvor gemacht hatte.

Im Jahr 1996 hatte der 5. Strafsenat zur Befangenheit bei Nichtbeteiligung der Staatsanwaltschaft ausgesagt, dass absprachenorientierte Rechtsgespräche, denen ein Bemühen zur Verfahrensförderung zugrunde liegt, prinzipiell sachgerecht und Aufgabe des Gerichts sind, auch wenn sie nicht in Gegenwart aller Verfahrensbeteiligter geführt werden.<sup>364</sup> Die Rüge der Staatsanwaltschaft hatte keinen Erfolg. An dieser Stelle hat der 5. Strafsenat den Begriff des „Rechtsgesprächs“ neu eingeführt.<sup>365</sup> Hierunter versteht der Senat eine gegenüber dem Angeklagten abgegebene Prognose über die geminderte Straferwartung bei einem Geständnis. Eine solche Wissenserklärung schaffe noch keinen Vertrauensstatbestand und sei daher auch ohne Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligter möglich. Der Senat konstruiert mit dem Begriff „Rechtsgespräch“ eine Vorstufe, bei der es sich nur um eine unverbindliche Prognose handle im Gegensatz zur Absprache, die einen Vertrauensstatbestand schaffe. Mit dieser Konstruktion gelingt es dem Senat das Urteil aufrecht zu erhalten, obwohl die Staatsanwaltschaft nicht beteiligt worden war. Die Lösung führt über die „Arbeit am Begriff“, mit der die Rechtsprechung das Ergebnis korrigiert. Die Absprache ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft ist nicht zulässig<sup>366</sup>, zulässig aber ist ein „Rechtsgespräch“ ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft. Bereits an dieser Entscheidung lässt sich die absprachenfreundliche Gesinnung des 5. Strafsenats erkennen.

Auch in weiteren Entscheidungen blieb die Grundsatzfrage nach der Zulässigkeit von Absprachen außen vor.<sup>367</sup> In der Entscheidung vom 20.06.1997 hatte der 2. Senat zudem festgestellt, dass die Unzulässigkeit einer Absprache über das Verfahrensergebnis nicht die Wirksamkeit eines abgesprochenen Rechtsmittelverzichts berühre.<sup>368</sup>

<sup>360</sup> Weider, Dealen, S. 124

<sup>361</sup> BGHSt 38, 102, 104 Es kann daher entgegen Weider BGH-FG 1011, 1028 nicht von einer mehrjährigen Lähmung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Rede sein

<sup>362</sup> BGHSt 38, 102

<sup>363</sup> BGHSt 37, 298

<sup>364</sup> BGHSt 42, 46

<sup>365</sup> Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozeß, S. 200

<sup>366</sup> Diese Aussage hatte nämlich zuvor der 3. Strafsenat in BGHSt 37, 298 getroffen. Hier hatte der Vorsitzende dem Verteidiger nach außen hin unverbindlich erklärt, welche Strafe in Betracht komme.

<sup>367</sup> BGHSt 42,46; BGHSt 42, 191

<sup>368</sup> BGH StV 1997, 572

Es lässt sich festhalten, dass zur Zulässigkeit keine expliziten Aussagen gemacht wurden. Aus den Entscheidungen des 3. Strafsenats, der eine Befangenheit annahm und in einem obiter dictum feststellte, dass es ein rechtstaatliches Verfahren bei den Absprachen nicht geben könne, wird jedoch die absprachenkritische Haltung des 3. Strafsenats deutlich. Seither gab es nur punktuelle Aussagen der verschiedenen Senate zur Problematik bei den Absprachen. Erstmals sah sich der 4. Senat mit einer „normalen“ Absprache<sup>369</sup> konfrontiert und hatte nun Gelegenheit, zur grundsätzlichen Frage Stellung zu nehmen. Problematisch war dabei, dass die obergerichtliche Rechtsprechung nicht auf ein Handwerkzeug zurückgreifen konnte. Die Entscheidung stellt daher den Versuch dar, den kleinsten gemeinsamen Nenner dessen zu finden, was sowohl für das Regelstrafverfahren als auch für das konsensuale Verfahren verbindlich ist.<sup>370</sup>

### 3.1.2.2 Die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs im Jahr 1997 - BGHSt 43, 195

Die erste Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zu den Absprachen, insbesondere zu deren Zulässigkeitsvoraussetzungen, traf der 4. Senat des Bundesgerichtshofs<sup>371</sup> unter dem Vorsitz von Meyer-Goßner. Die Entscheidung war sichtlich von der Absicht getragen, dem Wildwuchs der Absprachen ohne schützende Formen verbindliche Grundregeln entgegen zu stellen, die von den Verfahrensbeteiligten einzuhalten sind.<sup>372</sup>

Der 4. Strafsenat folgert die grundsätzliche Zulässigkeit von Gesprächen über die Hauptverhandlung aus der Existenz des § 153a StPO.<sup>373</sup> Zwar sei das Strafprozessrecht grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet. Die Vorschrift des § 153a StPO zeige aber, dass dem Strafverfahren eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten - auch über das Ergebnis und die Erledigung eines Strafverfahrens nicht völlig fremd sei. Aus der Strafprozessordnung könne nicht geschlossen werden, dass Absprachen gänzlich unzulässig seien. Ausgangspunkt für die Prüfung der Zulässigkeit einer Absprache sei deshalb das Rechtsstaatsprinzip. Bereits dieses Argumentationsmuster wurde in der Literatur heftig kritisiert. Die Vorschrift des § 153a StPO sei mit dem Verfahren bei der Absprache nicht vergleichbar.<sup>374</sup> Bei § 153 a StPO ginge es nicht um eine Verurteilung, sondern um eine Einstellung des Verfahrens.<sup>375</sup> Auch ginge es bei dieser Vorschrift nicht um die Ermittlung der Wahrheit, sondern es werde aus Zweckmäßigkeitsgründen auf die Wahrheitserforschung verzichtet.<sup>376</sup> Bei der Absprache seien zudem andere Prozessmaxime gefährdet, als dies bei einer Einstellung nach § 153a StPO der Fall sei, denn hier sei „nur“ das Legalitätsprinzip gefährdet.<sup>377</sup> Die Entscheidung des 4. Strafsenats hat im Übrigen sowohl Kritik als auch Zuspruch geerntet. Sie ist die erste Konzession des Bundesgerichtshofs an die Praxis.<sup>378</sup> Teilweise wird ihr Respekt gezollt. So führt *Weigend* aus, dem BGH sei mit die-

<sup>369</sup> Das Tatgericht hatte jedoch eine konkrete Strafe in Aussicht gestellt, weshalb der 4. Senat einen Rechtsfehler annahm, vgl. BGHSt 43, 195

<sup>370</sup> Weigend BGH-FG 1011, 1024

<sup>371</sup> BGHSt 43, 195

<sup>372</sup> Weider, Dealen, S. 133; Diese Intention wurde der Verfasserin auch vom BGH-Richter Athing, welcher zum damaligen Zeitpunkt Mitglied des 4. Senats war, auf der Tagung „Absprachen im Strafprozess – Entlastung der Justiz oder Deal zu Lasten des Rechtsstaats?“ in der Evangelischen Akademie Arnoldhain am 29.04.2008 bestätigt. Wenn es schon Absprachen gäbe, dann sollten diese wenigstens in geordneten Bahnen verlaufen.

<sup>373</sup> BGHSt 43, 195, 203

<sup>374</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 266; Schünemann FS Rieß, 525, 537; Herrmann Jus 1999, S. 1162, 1163

<sup>375</sup> Schünemann FS Rieß 525, 537

<sup>376</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 266

<sup>377</sup> Weigend NSTZ 1999, S. 57, 58

<sup>378</sup> Weigend BGH-FG 1011, 1022; Weider, Dealen, S. 133

ser Entscheidung die Quadratur des Kreises gelungen, nämlich die aktuelle Absprachenpraxis mit den Anforderungen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens in Übereinstimmung zu bringen.<sup>379</sup>

Absprachen sind nach dieser Entscheidung zulässig, wenn sie folgende Kriterien erfüllen:

- (1.) Eine Verständigung muss in öffentlicher Hauptverhandlung nach Beratung des gesamten Gerichts erfolgen. Dies schließt es aber nicht aus, dass Vorgespräche stattfinden, um die Bereitschaft zu einer Absprache abzuklären. Der Inhalt dieser Gespräche ist jedoch in der Hauptverhandlung offen zu legen. In die Verständigung müssen alle Verfahrensbeteiligten, insbesondere die Schöffen und der Angeklagte, einbezogen werden.
- (2.) Das Gericht darf keine bestimmte Strafe zusagen. Zulässig ist nur die Nennung einer Strafobergrenze.
- (3.) Die freie Willensentschließung des Angeklagten muss gewahrt werden. Der Angeklagte darf nicht durch Drohung oder das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis gedrängt werden.<sup>380</sup>
- (4.) Das Gericht darf sich nicht als Gegenleistung für das Inaussichtstellen einer milderen Strafe einen Rechtsmittelverzicht versprechen lassen.<sup>381</sup>
- (5.) Ein Geständnis darf nicht einfach, ohne dass sich das Gericht von dessen Richtigkeit überzeugt hat, dem Schuldspruch zugrunde gelegt werden. Das Gericht bleibt dem Gebot der materiellen Wahrheitsfindung verpflichtet.
- (6.) Die aufgrund der Absprache zugesagte Strafe muss schuldangemessen sein. Ein Geständnis darf auch dann strafmildernd berücksichtigt werden, wenn es nicht in erster Linie aus Reue und Einsicht abgegeben wird.<sup>382</sup>

Wenn die Debatte über die Absprachenproblematik mit diesem Urteil auch noch nicht beendet war, so sorgte es doch zumindest für eine Zäsur in der Absprachendiskussion.<sup>383</sup> Jedenfalls geriet der Streit über die grundsätzliche Zulässigkeit von Absprachen ins Abseits. Dies zeigt sich auch an der seit diesem Zeitpunkt veröffentlichten Literatur, die eher selten die Zulässigkeitsfrage stellt, sondern davon ausgeht, dass das Akzeptieren der Existenz von Absprachen ein unumkehrbarer Prozess sei.<sup>384</sup>

Die Grundsatzentscheidung sah sich der Kritik ausgesetzt, sie sei realitätsfern. Da das Urteil auf fehlerhaften Annahmen über die Rechtswirklichkeit beruhe, sei es nicht geeignet, die ausufernde Praxis einzuschränken oder in zulässige Bahnen zu leiten.<sup>385</sup> Zudem finde das Urteil und die in ihm zum Ausdruck kommenden Regeln nur mangelnde Akzeptanz bei den Tatgerichten.<sup>386</sup> In der Tat scheint der 4. Senat von der Prämisse ausgegangen zu sein, dass eine Integration des konsensualen Vorgehens in die Strafprozessordnung möglich ist. Das eigentlich Neue<sup>387</sup> an der Grundsatzentscheidung war neben der Aussage zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Absprachen die Aussage, dass das Tatgericht an eine auf die

<sup>379</sup> Weigend BGH-FG 1011, 1024

<sup>380</sup> BGHSt 43, 195, 204

<sup>381</sup> BGHSt 43, 195, 204

<sup>382</sup> BGHSt 43, 195, 209

<sup>383</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 27

<sup>384</sup> Weigend BGH-FG 1011, 1033 a.A. Schönemann FS Rieß 525, 532

<sup>385</sup> Schmitt GA 2002, 411

<sup>386</sup> Zur Akzeptanz in der Praxis vgl. Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 290ff.

<sup>387</sup> Vgl. Schönemann FS Rieß. Mit dieser Proklamation sei der 4. Senat über die vorangegangene Rechtsprechung entscheidend hinausgegangen.

oben geschilderte Art und Weise zustande gekommene Absprache gebunden sei.<sup>388</sup>

### 3.1.2.3 Rechtsprechung nach der Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195

Auch nach der Grundsatzentscheidung wurde teilweise weiterhin die Befangenheit des Gerichts bei Beteiligung bei einer Absprache angenommen: In einem Fall, der dem 2. Strafsenat vorlag, hatte der Verteidiger bei einem Gespräch mit den Berufsrichtern und dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft außerhalb der Hauptverhandlung ein Geständnis in Aussicht gestellt und gleichzeitig erklärt, dass eine Gesamtfreiheitsstrafe von höchstens vier Jahren akzeptiert werde. Der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sah sich zu einer verbindlichen Stellungnahme außerstande, da er nicht Dezernent war. Ein Kontakt zwischen Verteidiger und Dezernent führte nicht zu einer Einigung, woraufhin der Verteidiger erklärte, die Sache sei damit für ihn erledigt. Der Vorsitzende kündigte eine Zwischenberatung darüber an, ob die Kammer eine „Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren als tat- und schuldangemessen ansehen könne“. Nach der Zwischenberatung gab der Vorsitzende bekannt, dass „die Kammer für beide Angeklagte für den Fall eines glaubhaften und überzeugenden Geständnisses, das im wesentlichen dem Anklagevorwurf entspricht, mögen auch die Angaben zu den transportierten Kokainmengen hiervon abweichen, Freiheitsstrafen von höchstens vier Jahren für tat- und schuldangemessen“ erachtet. Der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft hat die Berufsrichter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.

Der Senat hat zwar ausgeführt, dass sich regelmäßig daraus, dass ein Gericht seine Strafmaßvorstellung offen legt und zum Gegenstand der Erörterung mit den Verfahrensbeteiligten macht, kein Befangenheitsgrund herleiten lässt. Hier liege der Fall jedoch anders: Das Gericht habe durch sein Verhalten im Zusammenhang mit der Bekanntgabe des Ergebnisses der Vorberatung, wonach im Fall von Geständnissen Gesamtfreiheitsstrafen von höchstens vier Jahren tat- und schuldangemessen seien, den Eindruck erweckt, es habe sich insoweit schon vorbehaltlos und endgültig festgelegt, werde also ohne Rücksicht auf dagegen sprechende Umstände, die sich insbesondere aus dem Umfang des Geständnisses oder im weiteren Verlauf der Verhandlung ergeben könnten, die genannte Strafobergrenze auf keinen Fall überschreiten; Der Senat folgert dies u.a. daraus, dass die als Ergebnis der Vorberatung bezeichnete Obergrenze genau dem vom Verteidiger in bedingungsloser Form als Voraussetzung für ein Geständnis erwähnte Strafe entspreche.

Der 3. Strafsenat hat 1998 wiederum betont, dass in „Vorgesprächen lediglich die Bereitschaft und Positionen geklärt, nicht aber ohne Mitwirkung des Angeklagten ein Ergebnis vereinbart werden dürfe.“<sup>389</sup>

Im gleichen Jahr hat der 2. Strafsenat es akzeptiert, dass die Erklärung des Angeklagten, die im Anklagesatz erhobenen Vorwürfe trafen „in der erhobenen Form zu“ als Geständnis zur Grundlage der Verurteilung gemacht wird.<sup>390</sup> Am 19.08.2004 hatte der 3. Senat<sup>391</sup> über den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO zu entscheiden. Dies ist die erste Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die tragende Ausführungen zum Öffentlichkeitsgrundsatz enthält. Der Senat sieht den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO als nicht gegeben an: Dieser Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO werde weder durch den Umstand begründet, dass Gespräche über eine Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden, noch dadurch, dass das Ergebnis dieser Verständigung entgegen den Grundsätzen von BGHSt 43, 195 ff. nicht in die öffentliche Hauptverhandlung eingeführt wird. In dieser

<sup>388</sup> BGHSt 43, 195; siehe zur Bindungswirkung 4. Kapitel A.

<sup>389</sup> BGH StV 1999, 407

<sup>390</sup> BGH NSTZ 1999, 92

<sup>391</sup> BGH 3 StR 380/03 NSTZ 2005, S. 162; StV 2004, S. 639

Entscheidung legt der 3. Strafsenat wie auch zuvor bereits der 5. Senat<sup>392</sup> ein formales Verständnis der Öffentlichkeit zugrunde.

Bereits vor der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats hatte der 2. Strafsenat entschieden, dass der vereinbarungsgemäß erklärte Rechtsmittelverzicht von der Unzulässigkeit der Absprache nicht berührt werde und demnach wirksam sei. Der 4. Strafsenat hat in seiner Grundsatzentscheidung judiziert, dass es unzulässig sei, wenn sich das Gericht als Gegenleistung für das Inaussichtstellen einer mildereren Strafe einen Rechtsmittelverzicht versprechen lässt.<sup>393</sup> Der Rechtsmittelverzicht und seine Wirksamkeit sollten nunmehr Hauptthema der „interessantesten und intensivsten innergerichtlichen Kontroversen in der jüngeren Geschichte des Strafprozessrechts“<sup>394</sup> werden.

### 3.1.2.4 Entscheidung des Großen Strafsenats im Jahr 2005

Die Strafsenate des Bundesgerichtshofs hatten lange Zeit die Anrufung des Großen Strafsenats vermieden und Differenzen eher heruntergespielt. Es war der 3. Strafsenat, der sich als der bislang absprachenkritischste gezeigt hatte, der einen Vorlagebeschluss formulierte und so den Großen Strafsenat zur Entscheidung veranlasste.<sup>395</sup> In den Ausgangsverfahren hatten die Angeklagten nach einer Urteilsabsprache eine Rechtsmittelverzichtserklärung abgegeben. In einem Fall war der Rechtsmittelverzicht Gegenstand der Vereinbarung gewesen. Im anderen Fall hatte das Landgericht zum Ausdruck gebracht, es halte einen Rechtsmittelverzicht für wünschenswert.

Der anfragende 3. Senat hielt in beiden Fällen den Rechtsmittelverzicht für unwirksam. Nach Anfrage bei den anderen Strafsenaten, ob an ggf. entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten werde, hatten der 4. Senat<sup>396</sup> und der 5. Senat<sup>397</sup> mitgeteilt, dass sie der Auffassung des 3. Senats zustimmen und eigene Rechtsprechung nicht entgegenstehe bzw. aufgegeben werde. Der 1.<sup>398</sup> und 2. Strafsenat hielten an der zuwiderlaufenden Rechtsprechung zur Wirksamkeit eines vereinbarten Rechtsmittelverzichts fest. Der 2. Strafsenat<sup>399</sup> hatte zudem keine Bedenken, dass im Rahmen einer formgerechten einverständlichen Verfahrenserledigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten (auch des Staatsanwalts und ggf. des Nebenklägers) ein Rechtsmittelverzicht in Aussicht gestellt wird. Der 3. Strafsenat hat deshalb dem Großen Strafsenat folgende Rechtsfragen vorgelegt<sup>400</sup>.

- (1.) Ist es zulässig, im Rahmen einer Urteilsabsprache zu vereinbaren, dass auf ein Rechtsmittel verzichtet wird?
- (2.) Ist es zulässig, dass das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache darauf hinwirkt, dass ein Rechtsmittelverzicht erklärt wird, indem es diesen ausdrücklich anspricht oder befürwortet?
- (3.) Ist die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, wirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist oder bei der das Gericht, ohne sich ihm im

<sup>392</sup> BGHSt 42, 46ff

<sup>393</sup> BGHSt 43, 195, 204

<sup>394</sup> Meyer HRRS 2005, 235, 244

<sup>395</sup> BGH NJW 2003, 2536ff., vgl. auch den Anfragebeschluss BGH NJW 2003, 3426ff.

<sup>396</sup> Beschluss vom 25.11.2003 – 4 Ars 32/03

<sup>397</sup> NJW 2004, 1335

<sup>398</sup> NJW 2004 1679 = NStZ 2004, 164

<sup>399</sup> NJW 2004, 1336

<sup>400</sup> Beschluss vom 15.06.2004 (NJW 2004, 2536 = NStZ-RR 2004, 266)

Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich auf diesen hingewirkt hat?

Der Große Senat nahm die Gelegenheit wahr, Grundsätzliches zur Absprache zu äußern. Die Beantwortung der Vorlegungsfrage mache eine Entscheidung über die Zulässigkeit von Absprachen erforderlich. Die Praxis habe sich dahingehend entwickelt, dass sich die Verfahrensbeteiligten nicht nur über den Stand und die Aussichten des Verfahrens verständigen - wogegen keine Bedenken bestünden<sup>401</sup> -, sondern zunehmend auch dessen Ergebnis vereinbaren oder zu vereinbaren versuchen.

Die Entscheidung ist die erste Grundsatzentscheidung zu den Absprachen, die erstmals positiv die Zulässigkeit der Absprache bejaht<sup>402</sup> nachdem das Bundesverfassungsgericht sich auf eine verfassungsrechtliche Negativprüfung beschränkt hatte und der 4. Strafsenat in seiner Grundsatzentscheidung festgestellt hatte, dass die StPO, Absprachen über das Verfahrensergebnis nicht generell untersage.<sup>403</sup> Der Große Strafsenat hält Absprachen für mit der Strafprozessordnung für vereinbar. Die Zulässigkeit solcher Absprachen begründet der Senat jedoch nicht detailliert.<sup>404</sup> Vielmehr zieht er als Rechtfertigungsgrund lediglich die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege heran.

Für die Urteilsabsprache ergäben sich jedoch verfassungsrechtliche Grenzen insbesondere aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens und dem Schuldprinzip. Im Anschluss an diese Aussage führt der Große Strafsenat im wesentlichen die Grenzen auf, die bereits das Bundesverfassungsgericht in seiner Absprachenentscheidung<sup>405</sup> angenommen hatte und leitet daraus die Mindestbedingungen ab, die der 4. Strafsenat in seinem Grundsatzurteil<sup>406</sup> judiziert hatte. Nach 13 Seiten, auf denen die Vorfrage der Zulässigkeit der Absprache erörtert wird, kommt der Senat zum eigentlichen Anfragepunkt, dem Rechtsmittelverzicht.<sup>407</sup>

Der Große Strafsenat hält die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts vor Urteilsverkündung für unwirksam. Weitergehend hält er jede Mitwirkung des Gerichts an einem Rechtsmittelverzicht für unzulässig.<sup>408</sup> Zunächst stellt der Senat die grundsätzliche Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts heraus. Als Prozesshandlung, die die Rechtskraft herbeiführt, könne der Rechtsmittelverzicht grundsätzlich weder widerrufen noch angefochten oder sonst zurückgenommen werden.<sup>409</sup> Auch die unzulässige Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer Urteilsabsprache stünde der Wirksamkeit nicht unbedingt entgegen. Wolle man jedoch dem Bedürfnis nach Unzulässigkeit des Rechtsmittelverzichts zur Durchsetzung verhelfen, so sei die Unwirksamkeit desselben „unerlässlich“.<sup>410</sup> Der Große Strafsenat geht dabei noch über die Anfrage des 3. Strafsenats hinaus und erklärt einen Rechtsmittelverzicht für unwirksam in allen Fällen, in denen überhaupt eine Urteilsabsprache getroffen wird.

Werde der Angeklagte jedoch dahingehend qualifiziert belehrt, dass es dem Angeklagten unabhängig von der Urteilsabsprache und von den Empfehlungen der übrigen Beteiligten,

---

<sup>401</sup> Der Große Strafsenat verweist an dieser Stelle auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts a.a.O. und stellt damit auch klar, dass es bei der heute üblichen Absprache um mehr geht als nur eine Verständigung über Stand und Aussichten des Verfahrens.

<sup>402</sup> So auch Saliger JuS 2006, 8

<sup>403</sup> BGHSt 43, 195

<sup>404</sup> a.A. Saliger JuS 2006, 8, 9, der davon ausgeht, dass der Senat die Zulässigkeit auf die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege stützt.

<sup>405</sup> BVerfG NSTZ 1987, 419

<sup>406</sup> BGHSt 43, 195

<sup>407</sup> Die Aussagen des Großen Strafsenats zum Rechtsmittelverzicht werden im 4. Kapitel B.II.3. ausführlich analysiert.

<sup>408</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1446

<sup>409</sup> BGH StV 2005, 311, 314

<sup>410</sup> BGH StV 2005, 311, 315

frei steht, ein Rechtsmittel einzulegen, so soll der Rechtsmittelverzicht wirksam sein.<sup>411</sup> Dies sei erforderlich, „um die Interessen der Rechtssicherheit nicht zu weitgehend zu berühren“.

Allein der Aufbau der Entscheidung zeigt bereits, dass der Große Strafsenat um einen Kompromiss bemüht war. So wird zunächst festgestellt, dass die Unwirksamkeit nicht daraus folge, dass der Rechtsmittelverzicht Bestandteil einer Urteilsabsprache sei,<sup>412</sup> um anschließend festzustellen, dass er bei einer Absprache immer unwirksam ist. Wird der Angeklagte jedoch, wie ausgeführt, belehrt, so ist der Rechtsmittelverzicht wirksam.

Das Urteil sah sich großer Kritik ausgesetzt. Der Große Strafsenat habe mit dieser Entscheidung lediglich einen Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Auffassungen der Senate bewirkt, der für die Praxis einen Freifahrtschein bedeute, mit dem missbräuchliche Praktiken weiterbetrieben werden dürften.<sup>413</sup> Andererseits sah man in der Entscheidung einen großen Gewinn für die Rechtssicherheit und ging sogar davon aus, dem Großen Strafsenat sei beim Rechtsmittelverzicht nunmehr die Quadratur des Kreises<sup>414</sup> gelungen.<sup>415</sup> Letztendlich mündet die Entscheidung in einen Appell an den Gesetzgeber.

Der Große Strafsenat hat auch Ausführungen zur Rechtsfortbildung gemacht und damit das bereits früh in der Literatur behandelte Problem erneut aufgeworfen, ob durch eine solche die Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung nicht überschritten sind. Hierzu hat er ausgeführt, dass die Einführung eines Verständigungsverfahrens in das streng formalisiert ausgestaltete Strafverfahren durch die Rechtsprechung<sup>416</sup> nahe an die Grenzen, die das Grundgesetz mit der Verteilung der Aufgaben auf Gesetzgebung und Rechtsprechung der richterlichen Rechtsfortbildung setzt, gerate. Diese Grenzen seien indes nicht überschritten.<sup>417</sup> Die Frage, ob er sich damit innerhalb der Grenzen der Rechtsfortbildung bewegt, ist im nächsten Abschnitt zu untersuchen.

### 3.2 Die Rechtsprechung an den Grenzen der Rechtsfortbildung ?

Die Ausführungen haben gezeigt, dass der Bundesgerichtshofs spätestens mit der Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195 die Absprache umfassend geregelt hat. Es ist die Frage zu stellen, ob der BGH überhaupt befugt war, eine derartige Prozessordnung für Absprachen aufzustellen. Diese Frage liegt nicht zuletzt deshalb nahe, weil der Große Senat des Bundesgerichtshofs es als notwendig erachtet, zu betonen, dass man mit der „Einführung eines Verständigungsverfahrens in das streng formalisiert ausgestaltete Strafverfahren“ zwar nahe an die Grenzen der Gewaltenteilung stoße, diese indes nicht überschritten seien.<sup>418</sup> Die Strafprozessordnung sieht Absprachen nicht vor. Die Diskussion, ob die Grenzen der Rechtsprechung nicht überschritten seien, kam erstmals nach Ergehen der Grundsatzentscheidung des Großen Strafsenats wieder auf.<sup>419</sup> *Siolek* hatte bereits vor Ergehen der

<sup>411</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1446

<sup>412</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1445; Saliger JuS 2006, 8, 10 geht davon aus, dies habe man dem 1. und 2. Strafsenat geschuldet.

<sup>413</sup> Meyer HRRS 2005, 235, 244

<sup>414</sup> Diesen Begriff verwendete Weigend BGH-FG 1011, 1024 im Jahr 200 erstmals im Zusammenhang mit den Absprachen.

<sup>415</sup> Saliger JuS 2006, 8, 9

<sup>416</sup> interessanterweise spricht der Große Senat an dieser Stelle von einer Einführung durch die Rechtsprechung. Die Absprache war jedoch durch die Praxis eingeführt wurde, worauf die Rechtsprechung reagiert hat

<sup>417</sup> BGH NJW, 2005, 1440, 1444

<sup>418</sup> BGH StV 2005, 311, 313

<sup>419</sup> Vgl. nur Saliger JuS 2006, 8ff.

Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats die These aufgestellt, dass es wohl grundsätzlich ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip darstellen würde, wenn die Rechtsprechung es selbst übernehme, Inhalt, Voraussetzungen und Schranken strafprozessualer Verständigung zu bestimmen.<sup>420</sup> Und auch das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass das Recht auf ein faires Verfahren der Konkretisierung bedürfe, die grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei.<sup>421</sup> Die meisten Entscheidungen zur Absprachenproblematik ziehen jedoch das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren als Prüfungsmaßstab heran.<sup>422</sup>

### 3.2.1 Rechtsfortbildung als schöpferische Rechtsfindung

Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass der Richter zur Rechtsfortbildung im Wege des Richterrechts berechtigt ist<sup>423</sup>. Der Richter ist bis zu einem gewissen Grad sogar zur Rechtsfortbildung aufgerufen.<sup>424</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört die Fortbildung des Rechts wegen des Entscheidungszwangs und der Justizgewährungspflicht zu den Aufgaben insbesondere der oberen Gerichte des Bundes. Der Richter darf den rechtssuchenden Bürger nicht auf Lücken im Gesetz verweisen und damit rechtlos stellen.<sup>425</sup>

Da der Richter jedoch an Gesetz und Recht gebunden ist, Art. 20 Abs.3 GG, ist eine grenzenlose Rechtsfortbildung nicht möglich. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass die Rechtsprechung im Rahmen der von der Funktionsteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung gesetzten Grenzen gegen die Verfassung verstoßendes Recht für nichtig erklären, jedoch kein neues Recht selbst setzen darf, weil dies ein Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wäre.<sup>426</sup> Grenzen der Rechtsfortbildung bilden dabei das Analogieverbot und der Gewaltenteilungsgrundsatz. Immer zu wahren ist die Autorität des Gesetzgebers.<sup>427</sup>

Grundvoraussetzung für eine schöpferische Rechtsfindung ist eine planwidrige Lücke im Gesetz.<sup>428</sup> Zwar ist die Absprache in der Strafprozessordnung nicht geregelt, jedoch ist bereits fraglich, ob es sich hierbei um eine unbewusste Lücke des Gesetzgebers handelt. Um eine Gesetzeslücke handelt es sich nämlich dann nicht, wenn das Schweigen des Gesetzgebers planmäßig ist und eine Entscheidung des Gesetzgebers bedeutet. Zwar sind die heutigen Verständigungsformen vom Gesetzgeber mangels Erkennbarkeit nicht bedacht worden,<sup>429</sup> die StPO ist jedoch am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert. Die StPO ist ausgerichtet am Inquisitionsverfahren. Es gilt die Instruktionsmaxime und die Aufklärungspflicht. Da die Absprache zumindest geeignet ist, diese Prinzipien auszuhebeln, war es sicher nicht unbewusst, als der Gesetzgeber kein Verfahren für Urteilsabsprachen in die Strafprozessordnung aufnahm.

Zudem kann auch nicht behauptet werden, bei den Absprachen handele es sich um eine Lücke, deren Ausfüllung Ausdruck allgemeiner Gerechtigkeitsvorstellung sei.<sup>430</sup> Dies ist jedoch weitere Voraussetzung für eine Rechtsfortbildung. Der Richter, der das Recht fort-

<sup>420</sup> Verständigung in der Hauptverhandlung S. 87

<sup>421</sup> BVerfG 57,250,275

<sup>422</sup> BGHSt 43,195; BGHSt 36, 210

<sup>423</sup> BVerfGE 34, 269, 284

<sup>424</sup> Langenbucher, die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 23

<sup>425</sup> Langenbucher, die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 24

<sup>426</sup> BVerfGE 20, 162, 219 Selbst das Bundesverfassungsgericht kann allenfalls feststellen, dass der Gesetzgeber, seine Pflicht, solches Recht zu schaffen, nicht erfüllt hat.

<sup>427</sup> Zippelius S. 82, 83

<sup>428</sup> Larenz/Canaris S. 370

<sup>429</sup> Siolak, Verständigung, S. 88

<sup>430</sup> So auch Braun S. 136

bildet, hat sich an den konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen zu orientieren, da der eigentlich legitimierende Grund für die Rechtsfortbildung in der Gerechtigkeitsfunktion des Rechts liegt.<sup>431</sup> Gegen die Absprache als Ausdruck allgemeiner Gerechtigkeitsvorstellungen spricht bereits die kontroverse Diskussion über die Absprachen in der Strafrechtswissenschaft. Auch die Reaktionen in der Medienöffentlichkeit auf Prozesse, die mit einer Absprache endeten, sprechen dagegen, dass dieses Verfahren allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen entgegenkommt.

Diese Art der Rechtsfortbildung ist zudem zwingend an vorhandene Regeln anzuknüpfen, deren nichterfasste Fälle es allein zu bewerten gilt.<sup>432</sup> Anknüpfungspunkt könnten die eine Kooperation ermöglichenden bzw. voraussetzenden Vorschriften der StPO sein (§§ 153a ff.). Das BVerfG hat anerkannt, dass ein Gesetz im Sinne der sich wandelnden Bedürfnisse auszulegen ist, und auch der 4. Strafsenat verweist bei der Frage der Zulässigkeit auf §§ 153a ff. StPO. Bei den Absprachen handelt es sich jedoch um mehr als eine Auslegung vorhandener StPO-Regelungen.<sup>433</sup> Ein Verfahren, bei dem eine Strafobergrenze zugesagt und im Gegenzug dafür ein Geständnis abgelegt wird, wobei der Angeklagte in Vorleistung tritt, kann diesen Vorschriften nicht, auch nicht im Rahmen einer Auslegung, entnommen werden.

### 3.2.2 Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Denkbar war daher nur eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung. Unter gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung versteht man Rechtsfortbildung über den „Plan des Gesetzes hinaus“.<sup>434</sup> Diese ist nur dann möglich, wenn infolge dauernden Versagens des Gesetzgebers ein echter Rechtsnotstand entstanden ist.<sup>435</sup> Einen solchen Notstand nimmt der Große Senat des Bundesgerichtshofs<sup>436</sup> an. Er führt aus, dass die Organe der Rechtspflege den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Strafrechtspflege ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen nicht mehr gerecht werden können. Diese Behauptung wurde bislang jedoch nicht empirisch überprüft. Möglich erscheint vor diesem Hintergrund auch, dass sich bei den Verfahrensbeteiligten, Gericht, Verteidiger und Staatsanwaltschaft, eine nicht mehr zu besiegende Bequemlichkeit breit gemacht hat.<sup>437</sup>

Voraussetzung für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung ist eine offene Rechtsfrage, die so dringend einer Antwort bedarf, dass eine Entscheidung des Gesetzgebers nicht abgewartet werden kann.<sup>438</sup>

Es kann nicht bestritten werden, dass das Abspracheverfahren dringend einer Regelung bedarf. Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Großen Strafsenats war jedenfalls die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, der absprachegemäß erklärt wird, eine offene Rechtsfrage.

Es ist jedoch schon fraglich, ob ein Tätigwerden des Gesetzgebers nicht abgewartet werden kann. Erstmals ruft der Große Senat im Jahr 2005 nach dem Gesetzgeber.<sup>439</sup> Der Senat führt dabei aus, dass er sich an der nach allem durch die Änderung der Strafrechtsverhält-

<sup>431</sup> Zippelius S. 84

<sup>432</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 359

<sup>433</sup> Siolek, Verständigung, S. 88

<sup>434</sup> Gruber, Methoden des internationalen Einheitsrechts, S. 313

<sup>435</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 411

<sup>436</sup> BGH StV 2005, 311, 313

<sup>437</sup> Auf diese Möglichkeit verweist Siolek FS Rieß, S. 561, 582

<sup>438</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 410, 411

<sup>439</sup> BGH StV 2005, 311, 313

nisse veranlassten und zur Sicherstellung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gebotenen Rechtsfortbildung durch Zulassung der Urteilsabsprache (in den dargestellten Grenzen) allerdings gehindert sehen würde, wenn eine einschlägige Regelung des Gesetzgebers zu erwarten wäre. In seinem Appell stellt er außerdem fest, dass es primär Aufgabe des Gesetzgebers sei, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Mit diesen Schlussworten, fordert er den Gesetzgeber zum Tätigwerden auf.<sup>440</sup>

Man hätte sich bei der Absprachenproblematik und der in der Revisionsinstanz aufgeworfenen Probleme jedoch weiterhin auf die Regelung von Einzelfragen beschränken können, ohne zu grundsätzlichen Fragen der Zulässigkeit, des Vorgehens und des Inhalts, insbesondere ohne dass diese Rechtsfrage überhaupt aufgeworfen war<sup>441</sup>, Stellung zu beziehen.

### 3.2.2.1 Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als Legitimation

Der Große Strafsenat legitimiert die Rechtsfortbildung mit dem Topos der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege. Es ist daher weiter zu prüfen, ob diese Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als Legitimation für die Rechtsfortbildung dienen kann. Der Begriff der „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ wurde bislang in der Rechtsprechung als Prüfungsmaßstab oder als Abgrenzungskriterium gegenüber Maßnahmen der Strafgerichte und Strafverfolgung benötigt.<sup>442</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff als Prüfungsmaßstab in seiner Absprachenentscheidung angewendet.<sup>443</sup> Sieht man die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege lediglich als faktische Bedingung der Zielverwirklichung des Strafprozessrechts<sup>444</sup>, so fällt es schwer, damit eine Rechtsfortbildung, wie sie der BGH inzwischen betreibt, zu legitimieren. Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass es im Rechtsstaat keine funktionstüchtige Strafrechtspflege an sich gibt.<sup>445</sup> Bei der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege handelt es sich um eine vorgelagerte Pflicht des Staates.<sup>446</sup> Sie dient der Durchsetzung der Zielverwirklichung. Sie kann demzufolge kein gegenläufiges Abgrenzungskriterium bei der Abwägung mit Individualinteressen darstellen.<sup>447</sup> Erst recht jedoch können mit ihr nicht Grenzen der Rechtsfortbildung gesetzt und so eventuelle Verstöße gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz legitimiert werden.

Zudem ist nicht klar, ob Absprachen dem Gebot der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege überhaupt entsprechen.<sup>448</sup> Das vom BVerfG dem Argumentationstopos zugeordnete Verfahrensziel der Findung der materiellen Wahrheit und die Idee der Gerechtigkeit werden durch die Absprache zwangsläufig verfehlt. Mit der Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung kann die Rechtsfortbildung folglich nicht gerechtfertigt werden.

### 3.2.2.2 Opferschutzgedanke als Legitimation

Zur weiteren Legitimierung zieht der Große Strafsenat den Gedanken des Opferschutzes heran.<sup>449</sup> Eine Absprache kommt häufig dem Opferschutz zugute, da durch das Geständnis

<sup>440</sup> Diese Aufforderung wird allgemein als Gesetzauftrag verstanden, vgl. Fischer, NStZ 2007, 433ff. Fn. 23

<sup>441</sup> So in BGHSt 43,195

<sup>442</sup> Landau NStZ 2007, 121, 122

<sup>443</sup> BVerfG NStZ 1987, 419

<sup>444</sup> So Hassemmer StV 1982, 275, 279

<sup>445</sup> Landau NStZ 2007, 121, 124; Niemöller/Schuppert AöR 1982, 387, 400

<sup>446</sup> LR-Rieß Rn. 13

<sup>447</sup> Landau NStZ 2007, 121, 126

<sup>448</sup> Dies bezweifelt auch Rönnau, Absprache, S. 216

<sup>449</sup> Auch der 5. Strafsenat hat in einer Entscheidung Urteil vom 13.08.2003 5 StR 286/03 angegeben, dass sich die Verständigung „als besonders sachgerecht erweist“, wenn dadurch einer durch ein gegen die se-

des Angeklagten meist auf eine Vernehmung des Zeugen verzichtet werden kann. Auch der Zeugen- Opferschutz kann nicht als Legitimation für ein konsensuales Verfahren herangezogen werden. Für den Opferschutz hat der Gesetzgeber ausreichend Normen zur Verfügung gestellt. Selbst wenn man beide Fragen (offene Frage und Rechtsnotstand) bejaht, muss eine solche Rechtsfortbildung außerdem innerhalb des Rahmens der Gesamtrechtsordnung und der ihr zugrunde liegenden Rechtsprinzipien liegen.

### 3.2.3 Fazit

Die Befugnis zur Kompetenz der richterlichen Rechtsfortbildung stößt dort an ihre Grenzen, wo Entscheidungen im Raum stehen, die nur durch eine grundlegende Umgestaltung bestehender Normen begründet werden können. Die Rechtsprechung hat nicht die Kompetenz, Normtexte zu setzen.<sup>450</sup> Die Untätigkeit des Gesetzgebers eröffnet Freiräume für die Rechtsfortbildung nur mit Blick auf den Vorrang des Gesetzes.<sup>451</sup>

Der Bundesgerichtshof konnte deswegen die Absprachen zulassen, soweit sie nicht die Prinzipien der Strafprozessordnung verletzen oder ihr zuwiderlaufen und somit die Grenzen aufzeigen. Dies war bereits ein schwieriges Unterfangen, da Absprachen grundsätzlich einer Logik folgen, die mit den Prinzipien der StPO weitgehend inkompatibel<sup>452</sup> oder sogar zu ihnen gegenläufig<sup>453</sup> ist. Der Bundesgerichtshof hat hier indessen eine Sonderverfahrensordnung aufgestellt und Voraussetzungen, Inhalt, Form über das nötige Maß hinaus bestimmt. Da das Abspracheverfahren, so wie es der BGH mittlerweile versteht, von anderen Prämissen ausgeht als die Strafprozessordnung, handelt es sich um eine „Umschreibung“ der StPO.<sup>454</sup> Eine solche wäre jedoch Aufgabe des Gesetzgebers. Die schon früh aufgestellte These *Sioleks* bewahrheitet sich daher: Die Bestimmung von Inhalt, Voraussetzungen und Schranken strafprozessualer Absprachen durch die Rechtsprechung verstößt gegen das Gewaltenteilungsprinzip. Es erstaunt deswegen umso mehr, dass *Meyer-Goßner* in einer jüngeren Stellungnahme die Frage stellt: „Gesetzliche Regelung trotz höchstrichterlicher Rechtsprechung?“<sup>455</sup>

---

xuelle Selbstbestimmung gerichteten Gewaltverbrechen Geschädigten die belastende Aussage erspart wird.

<sup>450</sup> Müller, FS der juristischen Fakultät Heidelberg, S. 65ff, 79

<sup>451</sup> Duttge/Schoop StV 2005, 421, 423

<sup>452</sup> Saliger JuS 2006, 8, 12

<sup>453</sup> Dies wurde bereits im 2. Kapitel aufgezeigt.

<sup>454</sup> Vgl. Hirsch/Gerhard, ZRP 2004, 29ff.

<sup>455</sup> Meyer-Goßner ZRP 2004, 187, 188

## 4. Einzelfragen

### 4.1 Die Bindungswirkung

Eine Verständigung ist dadurch gekennzeichnet, dass zwischen den Prozessbeteiligten Einvernehmen über ein zukünftiges Prozessverhalten erzielt wird. Konsensuale Strafprozesse leben von der Zuverlässigkeit gegenseitiger Versprechen.<sup>456</sup> Es fragt sich weiter, inwiefern einer Absprache Bindungswirkung zukommt, ob also, wenn sich ein Verfahrensbeteiligter nicht so verhält, wie in der Absprache vereinbart, das von ihm erwartete Prozessverhalten erzwungen werden kann.<sup>457</sup> Diese Frage ist vor allem vor dem Hintergrund relevant, dass für den Angeklagten immer das Risiko besteht, dass er aufgrund seiner Vorleistung seine Verteidigungsposition gänzlich einbüßt.<sup>458</sup> So fordert *Satzger*,<sup>459</sup> dem Angeklagten müsse auch die wirksame Korrektur seiner Vorleistung im Rechtsmittelverfahren ermöglicht werden. Dies kann durch die Einräumung eines Erfüllungsanspruchs geschehen, der in Form eines Primäranspruches auf die Einhaltung der gerichtlichen Zusage abzielt.<sup>460</sup>

Die Frage der Bindungswirkung wird als „Kardinalproblem der kooperativen Prozessmodelle“ gesehen.<sup>461</sup> Es handelt sich jedenfalls um das „Herzstück“ der Diskussion um Absprachen.<sup>462</sup> Unproblematisch sind bloße sog. „Absichtserklärungen“, da aus solchen Erklärungen mangels Bindungswillens keine Rechtsfolgen hergeleitet werden können. So liegt schon kein Bindungswille vor, wenn der Staatsanwalt eine wohlwollende Prüfung verspricht.<sup>463</sup>

#### 4.1.1 Die Ansichten in der Literatur

In der Literatur geht man einhellig davon aus, dass zivilrechtliche Regelungen, etwa § 779 BGB, für die Absprache im Strafprozess nicht herangezogen werden können.<sup>464</sup> Allein die Ausgangspositionen im Zivilprozess zum einen und im Strafprozess zum anderen weisen erhebliche Unterschiede auf. Insbesondere ist die Strafe ein einseitig auferlegter Hoheitsakt,<sup>465</sup> wohingegen im Zivilrecht das „gleichberechtigte Parteibild“ vorherrschend ist.<sup>466</sup>

Die Rechtsverbindlichkeit einer Absprache wurde in der herrschenden Literaturmeinung stets abgelehnt.<sup>467</sup> Mangels Dispositionsbefugnis der Prozesssubjekte über den Gegenstand müsse eine rechtliche Verbindlichkeit und als deren Folge prozessuale Durchsetzbarkeit ausscheiden. So wird angeführt, eine vorherige Festlegung des Gerichts durch eine verbindliche Absage verstoße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz, § 261 StPO,<sup>468</sup> wonach der Richter seine Überzeugung und seine Urteilsfindung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpfen soll. Außerdem verstoße eine verbindliche Festlegung gegen den Un-

---

<sup>456</sup> Kölbel NStZ 2002, 74

<sup>457</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung Rn. 237

<sup>458</sup> Rönnau wistra 1998, 49, 51

<sup>459</sup> JuS 2000, 1157, 1161

<sup>460</sup> Heller S. 62

<sup>461</sup> Rönnau wistra 1998, 49, 51

<sup>462</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 74

<sup>463</sup> Schmidt-Hieber, Rn. 233

<sup>464</sup> Braun, S. 102; Schmidt-Hieber, Rn. 231; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 75

<sup>465</sup> Kremer S. 217; Braun S. 102

<sup>466</sup> Braun S. 102

<sup>467</sup> Rönnau, Absprache, S. 157; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 136; Bömeke, Rechtsfolgen, S. 47; Baumann NStZ 1987, S. 159f; Braun S. 101; Gerlach S. 125

<sup>468</sup> Rönnau, Absprache, S. 157f.; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 136

tersuchungsgrundsatz.<sup>469</sup> Zudem bestehe bei einer bindenden Zusage die Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 136a Abs. 1 S. 3 Variante 2 StPO.<sup>470</sup> Bereits dargestellt wurde oben, dass aufgrund einer inneren Bindung des Richters häufig der Anschein der Befangenheit besteht.<sup>471</sup> Von den Absprachebefürwortern wurde stets mit Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Absprache deren Zulässigkeit begründet.<sup>472</sup> In der Literatur war man daher bemüht, die Absprache in unterschiedliche Modelle zu kategorisieren, um sich Klarheit über Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit von Absprachen zu verschaffen:

#### 4.1.1.1 Unverbindliche Prognose

Ein Teil der Literatur sieht die Verständigung über das Verfahrensergebnis als unverbindliche Prognose.<sup>473</sup> Das Gericht gebe nur eine hypothetische Erklärung ab und stelle dabei klar, dass es sich nur um eine vorläufige Prognose handle, der keine Bindungswirkung entnommen werden kann. Diese Interpretation entspreche der Verfahrenswirklichkeit weit näher als die „bindende Zusage“.<sup>474</sup>

Gegen diese Interpretation der Absprache sprechen jedoch bereits Berichte über die Rechtswirklichkeit: Nach den Studien von *Schünemann* ordnen 56 % der auf Strafverteidigungen spezialisierten Rechtsanwälte die Zusage als konkrete Zusicherung ein.<sup>475</sup> Ein erfahrener Verteidiger gebe sich mit einer labilen Absichtserklärung nicht zufrieden.<sup>476</sup> So wird bei dieser Interpretation der Absprache auch kritisiert, sie werde lediglich als unverbindlich bezeichnet, um die Evidenz der Rechtswidrigkeit zu vermeiden.<sup>477</sup> Es handle sich um eine „sprachliche Camouflage“<sup>478</sup>. Teilweise wird eingewandt, die Unverbindlichkeit der Absprache werde deren Praxis nicht gerecht. Es sei für den Angeklagten uninteressant, keine verbindliche Zusage – und sei es auch nur in Form einer in Aussicht gestellten Strafobergrenze – zu bekommen. Nur aufgrund einer Verlässlichkeit erkläre er sich zur Vorleistung eines Geständnisses bereit.<sup>479</sup>

#### 4.1.1.2 Faktische Bindung

Man ging in der Literatur allenfalls von einer faktischen Bindung dergestalt aus, dass der Absprachepartner aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeit damit rechnen dürfe, das in Aussicht gestellte Verhalten werde auch eingehalten.<sup>480</sup> Der Beteiligte, der sich nicht an die Absprache halte, laufe Gefahr, seine Reputation als Absprachepartner zu verlieren. Ohne Vertrauen wäre eine Absprache zwischen den Beteiligten gar nicht möglich, der Absprache wäre die Grundlage entzogen. Auch Praxisberichte<sup>481</sup> und empirische Untersuchungen<sup>482</sup> zeigten, dass sich die Absprachebeteiligten meist an die Absprache gebunden fühlen. Die Vertrauensbasis zwischen den Beteiligten führt demnach zumindest zu einer

<sup>469</sup> Gerlach S. 128 f

<sup>470</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 244

<sup>471</sup> s.o. 2. Kapitel A. III.

<sup>472</sup> Gerlach S. 129; Bömeke, Rechtsfolgen, S. 47

<sup>473</sup> Schmidt-Hieber NJW 1990, 1884, 1885; Tscherwinka S. 74 u. S. 77

<sup>474</sup> Tscherwinka S. 78

<sup>475</sup> Schünemann, Gutachten B 75

<sup>476</sup> Schünemann, Gutachten B 76

<sup>477</sup> Siolak, Verständigung, S. 169

<sup>478</sup> Schünemann, Gutachten B 76

<sup>479</sup> Meyer-Goßner, FS Gollwitzer, S. 161, 176

<sup>480</sup> Kremer S. 179

<sup>481</sup> Dahs NJW 1987, 1318

<sup>482</sup> Hassemer/Hippler StrV 1986, 360

faktischen Bindung.<sup>483</sup> Diese Verständigungsform bilde bei einem einvernehmlichen Verfahren den Regelfall.<sup>484</sup>

*Schünemann*<sup>485</sup> unterscheidet, wie oben dargelegt, zwischen der labilen und stabilen Absichtserklärung des Gerichts. Eine labile Absichtserklärung beinhaltet die Aussage, wie man nach der gegenwärtigen Erkenntnis auf ein zukünftiges Verhalten des Kommunikationspartners reagieren werde. Bei der stabilen Absichtserklärung stellt die Erklärung des Gerichts eine definitive Einschätzung des Verfahrensausgangs dar, sie ist jedoch verbunden mit einem ausdrücklich erklärten oder implizierten Vorbehalt. *Dahs* geht von einem „gentlemen`s agreement“ aus und nimmt daraus eine faktische Bindung an.<sup>486</sup> Gemeint ist damit, dass sich die Absprachebeteiligten an das Vereinbarte halten, auch wenn dazu keine Verpflichtung besteht.

#### 4.1.2 Die Rechtsprechung zur Frage der Verbindlichkeit von Absprachen

In der Rechtsprechung trat die Frage, ob Absprachen verbindlich sind, bereits zu Beginn der Absprachenproblematik auf.

##### 4.1.2.1 Unverbindlichkeit

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ging man zunächst von einer Unverbindlichkeit der Absprachen aus.

###### 4.1.2.1.1 Entscheidung des 2. Strafsenats vom Juni 1989 (= BGHSt 36, 210)

Am 07.06.1989 entschied der 2. Strafsenats des BGH über folgenden Sachverhalt: Das Landgericht hatte höhere Strafen verhängt, obwohl der Vorsitzende der Kammer bei den Verteidigern den Eindruck erweckt hatte, man werde im Strafmaß nicht über den Antrag des Staatsanwalts hinausgehen.

Der 2. Senat stellt klar, dass sich aus dem Verhalten des Vorsitzenden keine Bindung hinsichtlich des in Aussicht gestellten Strafmaßes ergebe: „Zwar brauchte die Kammer dieser Erwartung nicht zu entsprechen“, doch hätte es eines Hinweises bedurft, bevor von dieser Verständigung abgewichen wurde.<sup>487</sup> Da in der Entscheidung und im dargestellten Sachverhalt kein Anlass für das Abweichen von der Zusicherung gegeben war, ist zu vermuten, dass ein Abweichen auch ohne Anlass möglich sein muss, also etwa bei einem bloßen Gesinnungswandel. Eine Besonderheit des Falles lag hier auch darin, dass die von den Verteidigern zugesagte Gegenleistung in dem Absehen von Beweisanträgen lag.<sup>488</sup> Ein Beweisantrag kann nach Ergehen eines Hinweises jederzeit wieder gestellt werden.

Der Senat lässt es offen, „ob das beiderseitige Verhalten von Vorsitzendem und Verteidiger als Absprache (Begrenzung der Strafhöhe gegen Unterlassung verfahrensverzögernder Beweisanträge) zu werten ist und wie die Zulässigkeit einer solchen Absprache zu beurteilen wäre.“<sup>489</sup> Entscheidend sei vielmehr, ob die Verteidigung auf die Zusicherung des Vorsitzenden vertrauen durfte. Das sei zu bejahen. Schutzwürdige Erwartungen der Verfah-

---

<sup>483</sup> Braun S. 103

<sup>484</sup> Schünemann Gutachten B 78

<sup>485</sup> Schünemann Gutachten B, S. 74 f.

<sup>486</sup> NJW 1987, 1318

<sup>487</sup> BGHSt 36, 210, 212

<sup>488</sup> Die Verletzung des Amtsaufklärungsgrundsatzes wird jedoch in der Entscheidung nicht problematisiert, ebenso wenig wie der Zusammenhang zwischen Strafmilderung und Absehen von der Stellung eines Beweisantrags

<sup>489</sup> BGHSt 36, 210, 214

rensbeteiligten würden allerdings nicht durch Zusicherungen begründet, deren Erfüllung (wie etwa eine bestimmte Gestaltung des Strafvollzugs) außerhalb der Kompetenz des Tatgerichts liege oder (wie etwa die Unterschreitung einer für das Delikt zwingend vorgeschriebenen Mindeststrafe) offensichtlich rechtswidrig sei.<sup>490</sup> Auf Kompetenzüberschreitung oder evidenten Rechtsverstoß darf selbst bei entsprechender Zusicherung nicht vertrauen; werden solche Erwartungen dennoch geweckt oder gehegt, so verdienen sie jedenfalls keinen rechtlichen Schutz.

Der Entscheidung lässt sich entnehmen, dass der Senat davon ausgeht, dass keine Bindungswirkung besteht, dass zwar Vertrauen erwächst, aber ein Abweichen nach einem Hinweis jederzeit möglich ist, auch ohne dass sich neue Umstände herausstellen. Nicht schutzbedürftig sei das Vertrauen bei Kompetenzverstößen oder evident rechtswidrigen Zusagen. Da der BGH den Vertrauensschutz als erfüllt durch einen Hinweis ansieht, geht er wohl in der Konsequenz davon aus, dass in den Fällen nicht schutzbedürftigen Vertrauens auch kein Hinweis erforderlich sei. Zieht man die oben dargestellten Kategorien einer Absprache heran, so zeigt sich, dass der BGH in dieser Entscheidung von einer bloßen labilen Absichtserklärung ausgeht.

#### 4.1.2.1.2 Entscheidung des 3. Strafsenats vom Januar 1991

Dem Urteil vom 23.01.1991, in dem es um die Befangenheit des Vorsitzenden und des Berichterstatters ging, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Vorsitzende hatte im Einvernehmen mit dem Berichterstatter „namens der Kammer“, ersichtlich aber ohne Beteiligung der Schöffen, dem Verteidiger in Abwesenheit der anderen Verfahrensbeteiligten erklärt, wie sich ein Geständnis „nach Kenntnis der Akten und demgemäß vorläufiger Bewertung“ auswirken könne. Im Falle eines Geständnisses habe der Angeklagte konkret mit vier Jahren Freiheitsstrafe zu rechnen: sollte die Hauptverhandlung etwas anderes ergeben, werde dem Angeklagten ein entsprechender Hinweis erteilt. Zur Frage der Befangenheit führt der Senat aus: Dadurch dass eine bestimmte Strafe in Aussicht gestellt wurde, erwecke das Gericht zumindest den Anschein, dass es sich daran halten werde und somit gebunden sei. Eine Bindung des Gerichts, sei es auch nur der Anschein einer Bindung, vor dem letzten Wort des Angeklagten bewirke jedoch die Befangenheit des Gerichts. Dem Urteil ist zu entnehmen, dass eine bindende Vereinbarung über eine konkrete zu verhängende Strafe die Befangenheit des Gerichts hervorrufen kann. Der BGH geht damit ebenso wie die Literatur von der Unzulässigkeit bindender Absprachen aus. Er stellt dabei bereits auf die bloß faktische Bindung ab, denn er stellt fest, dass nach außen gegebene Hinweise des Richters über die Unverbindlichkeit oder Vorläufigkeit des Strafmaßes nichts an seiner Voreingenommenheit ändern konnten.

#### 4.1.2.1.3 Entscheidung des 2. Strafsenats vom Oktober 1991

Eine weitere Aussage zu der Bindungswirkung bei Absprachen traf der 2. Strafsenat am 30.10.1991.<sup>491</sup> Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Das Gericht traf im Laufe der Verhandlung eine Absprache mit der Verteidigung des Angeklagten, dass im Falle eines Geständnisses mit einer Freiheitsstrafe zwischen fünf Jahren und fünf Jahren und elf Monaten zu rechnen sei. Die Staatsanwaltschaft war an der Verständigung nicht beteiligt und erfuhr davon erst durch die mündliche Urteilsbegründung des Vorsitzenden. Nach Anfrage der Verteidigung hatte die Strafkammer unter Einschluss der Schöffen eine Zwischenberatung durchgeführt und hatte dem Verteidiger die Strafe in Aussicht gestellt unter

---

<sup>490</sup> BGHSt 36, 210, 215

<sup>491</sup> BGHSt 38, 102ff

der Voraussetzung, dass sich die Beweislage nicht ändere. In der Folgezeit gab der Angeklagte ein Geständnis ab. Dennoch wurde eine unverkürzte Beweisaufnahme durchgeführt. Im Urteil wurde eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und vier Monaten festgesetzt. Dagegen legte die Staatsanwaltschaft Revision ein. Der 2. Strafsenat sieht es als rechtsfehlerhaft an, wenn das Gericht einem Verfahrensbeteiligten ein für dessen Prozessverhalten bedeutsames Zwischenberatungsergebnis mitteilt, ohne zuvor den anderen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Äußerung durch Hinweis auf die zu erörternde Frage zu geben.<sup>492</sup>

In einem obiter dictum stellt der Senat sodann fest, dass weder eine Mitteilung eines in Betracht kommenden Strafmaßes noch das Geständnis eine Bindung des Gerichts in dem Sinne bewirken, dass die endgültige Gerichtsentscheidung dem in Aussicht gestellten Ergebnis entsprechen müsse.<sup>493</sup> Der 2. Strafsenat stellt hiermit klar, dass weder die „Zusage“ des Gerichts, noch die darauf folgende Erfüllung der Absprache durch die Leistung des Angeklagten in Form des Geständnisses eine Bindung bewirken. Das Gericht dürfe sich nicht der Freiheit begeben, aufgrund besserer Einsicht die maßgeblichen Umstände anders zu gewichten und zu einer von der Absprache abweichenden Entscheidung zu gelangen. Das Geständnis sei dennoch verwertbar. Damit würde auch nicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen. Das geltende Recht lasse einen Ausschluss dieses Risikos (gemeint ist wohl, dass ein Geständnis bereits abgegeben wurde und das Gericht trotz Einhalten der Zusage seitens des Angeklagten anders entscheidet als „zugesagt“) nicht zu.<sup>494</sup>

Der BGH vergleicht dieses Risiko des bereits abgelegten Geständnisses mit dem Risiko, dass Beteiligte abredewidrig Beweisanträge stellen und Rechtsmittel einlegen: „...das geltende Recht lässt einen Ausschluss dieses Risikos nicht zu – sowenig wie es die an der Verständigung Beteiligten hindert, Beweisanträge zu stellen oder Rechtsmittel einzulegen.“<sup>495</sup> Damit führt der 2. Senat selbst den Unterschied hinsichtlich der Absprachegegenstände an, ohne diesen jedoch zu berücksichtigen. Ein Beweisantrag kann nach Ergehen eines Hinweises noch gestellt werden, ein Rechtsmittel noch eingelegt werden. Ein abgegebenes Geständnis aber befindet sich im Raum.

Weiter führt der Senat aus, die Mitteilung schaffe einen Vertrauenstatbestand. Mit einem Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 07.06.1989<sup>496</sup> stellt der Senat sodann fest, dass der Angeklagte einen Anspruch auf einen Hinweis hat, wenn das Gericht von dem zugesagten Strafraum abweichen will. Da im vorliegenden Fall jedoch nicht abgewichen werden sollte, stellt dies lediglich ein obiter dictum dar. Weiter führt der 2. Strafsenat aus: Da durch die Mitteilung einer Strafobergrenze ein Vertrauenstatbestand geschaffen werde, stelle die Bekanntgabe des Ergebnisses einen verfahrenserheblichen Vorgang dar, bei dem die anderen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit haben müssen, sich zu äußern.<sup>497</sup>

#### 4.1.2.1.4 Zusammenfassung

Die Rechtsprechung ging bis zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass eine Absprache zwischen den Verfahrensbeteiligten keine Bindungswirkung entfalte. Die Rechtsprechung ging allenfalls von einem Vertrauenstatbestand aus, dem jedoch durch einen rechtlichen Hinweis an den Angeklagten Genüge getan werde. Dieser rechtliche Hinweis gewährt zumindest Überraschungsschutz.<sup>498</sup> Häufig ist zu diesem Zeitpunkt die Leistung des Angeklagten jedoch bereits erbracht, so dass er das Risiko der Vorleistung trägt. Diesem Ge-

---

<sup>492</sup> BGHSt 38, 102, 104

<sup>493</sup> BGHSt 38, 102, 104

<sup>494</sup> BGHSt 38, 102, 105

<sup>495</sup> BGHSt 38, 102, 105

<sup>496</sup> BGHSt 36, 210

<sup>497</sup> BGH St 38, 102, 105

<sup>498</sup> Kölbel NStZ 2002, 74, 76

sichtspunkt wird der Hinweis nur dann gerecht, wenn es sich um eine wiederholbare Leistung handelt, wie z. B. das Nichtstellen eines Beweisantrags. Dieser kann noch gestellt werden nach dem Hinweis. Ein Geständnis befindet sich dagegen im Raum. Bei der Frage, was mit der Vorleistung des Angeklagten geschieht, handelt es sich um die Frage nach den Sekundärfolgen. Diese wird im nachfolgenden Kapitel, die fehlgeschlagenen Absprache betreffend, behandelt.

#### 4.1.2.2 Verbindlichkeit

Die Auffassung von der Unverbindlichkeit der Absprache wurde in der Rechtsprechung jedoch nicht aufrecht erhalten.

##### 4.1.2.2.1 Die Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195

Eine Trendwende statuierte auch hier die Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195, in der der BGH die These von der rechtlichen Unverbindlichkeit einer Absprache überraschend aufgab.

Schon im Leitsatz geht der 4. Senat vom Regelfall der Bindung an eine Absprache aus („nur dann nicht gebunden“). Der 4. Strafsenat sieht es zwar als Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und als eine Verletzung der Prinzipien der Strafzumessung an, wenn das Gericht eine bestimmte Strafobergrenze zusagt.<sup>499</sup> Die Bindung an ein bestimmtes Verfahrensergebnis vor Abschluss der Hauptverhandlung sei deshalb ausgeschlossen.<sup>500</sup> Als „unbedenklich“ sieht der BGH es jedoch an, wenn das Gericht für den Fall der Abgabe eines glaubhaften Geständnisses im Rahmen der Absprache eine Strafobergrenze angibt, die es nicht überschreiten werde. *Meyer-Goßner* bezeichnete dies trotz der im Urteil angenommenen Unbedenklichkeit als den kritischen Punkt in der Entscheidung und die Kritik an der Verbindlichkeit der Zusage als zentralen Einwand.<sup>501</sup>

Der 4. Senat führt in dieser Entscheidung aus: Durch die verbindliche Zusage einer Strafobergrenze werde der gesetzliche Strafraum eingeschränkt. Das Gericht sei dadurch in seiner Entscheidung nicht festgelegt. Der 4. Senat verweist auf die Entscheidung des 2. Senats, worin dieser feststellt, dass es nicht unzulässig sei, dass die letztendlich gefundene Strafe der Prognose entspricht. Die Notwendigkeit der Verbindlichkeit einer Strafobergrenze begründet der 4. Strafsenat damit, dass der Angeklagte, der in Form eines Geständnisses eine Vorleistung erbringe, seine Verteidigungsmöglichkeiten auf einen schmalen Bereich einschränke.<sup>502</sup>

Nach der Erörterung der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses, also ca. 2 Seiten später, begründet der BGH die Bindung des Gerichts an seine Zusage mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens, zu dessen Grundsätzen es gehöre, dass sich das Gericht nicht in Widerspruch zu eigenen früheren Erklärungen, auf die ein Verfahrensbeteiligter vertraut hat, setzen darf. Der BGH zieht dabei den fair-trial-Grundsatz und Vertrauensschutzgedanken heran. Auf diese Weise vermeidet er es, der Absprache aus sich heraus ausdrücklich Bindungswirkung zuzusprechen.

In der Literatur herrschte zunächst Uneinigkeit, ob diese Entscheidung tatsächlich eine Rechtsverbindlichkeit der Absprachen, in der Weise eines *pacta sunt servanda* zur Folge hatte. *Kölbel*<sup>503</sup> sieht die Befugnis, die Einhaltung der Obergrenze einzuklagen, zwar nicht

<sup>499</sup> BGHSt 43, 195, 206f.

<sup>500</sup> BGHSt 43, 195, 207

<sup>501</sup> Meyer-Goßner FS Gollwitzer, S. 161, 175

<sup>502</sup> BGHSt 43, 195, 207

<sup>503</sup> NStZ 2002, 74, 75

namhaft gemacht, jedoch in der Argumentation des BGH enthalten. *Weigend*<sup>504</sup> betrachtet es im Jahr 2000 als spannende Frage, ob der Angeklagte nunmehr aus einer Absprache mehr herleiten können, nämlich im Wege der Revision die Ersetzung seiner Strafe durch genau diejenige, die ihm im Rahmen der Vereinbarung in Aussicht gestellt wurde. Die verwendeten Begrifflichkeiten im Urteil waren nicht einheitlich. Einerseits war von einem Zusage<sup>505</sup> die Rede, andererseits von einem bloßen Inaussichtstellen.<sup>506</sup> Einigkeit herrschte jedenfalls darüber, dass der Senat die im Rahmen einer Absprache abgegebene Erklärung des Gerichts nicht als „labile Absichtserklärung“ auffassen wollte. Wenn nämlich der BGH von einer solchen Absichtserklärung ausgehen wollte, so ließe sich gerade keine Bindung herleiten.<sup>507</sup> Zudem hätte dies keiner Betonung bedurft, da die Rechtsprechung bislang auch von der Unverbindlichkeit der Absprachen ausging. Die labile Absichtserklärung stellt lediglich eine unverbindliche und vorläufige Prognose dar. Auch eine „stabile Absichtserklärung“ kann der 4. Strafsenat nicht gemeint haben, da diese keine rechtliche Bindung, sondern lediglich eine faktische zur Folge hat.<sup>508</sup> Dass er nicht nur lediglich eine faktische Bindung meinte, ergibt sich aus dem von ihm betonten Schutzzweck: der Schutz des Angeklagten.<sup>509</sup> Zwar könnte man zunächst meinen, es sei lediglich von einer faktischen Bindung die Rede, da der Senat mit der geschaffenen Vertrauensgrundlage argumentiert und Vertrauen auch etwas Faktisches ist, doch wird die faktische Bindungswirkung nicht dem vom 4. Senat ins Auge gefassten Ziel, dem Schutz des Angeklagten, gerecht. Diesem nutzt es wenig, wenn das Gericht sich in seinem konkreten Fall nicht an die Absprache halten will, auch wenn in sonstigen Fällen eine faktische Bindung besteht. Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass der Angeklagte ohne Bindungswirkung der Absprache schutzlos gestellt ist. Der Angeklagte ist nur durch die rechtliche Verbindlichkeit der Absprache geschützt. Erst auf Seite 210 führt der Senat letztendlich aus, dass das Gericht an eine nach den vom Senat ausgeführten Grundsätzen zustande gekommene Absprache gebunden ist. Der Wortlaut „gebunden“ spricht dabei für eine rechtliche Bindung.<sup>510</sup> *Kölbel*<sup>511</sup> folgert die Befugnis, die zugesagte Strafobergrenze einzuhalten daraus, dass sich die Subjektivrechtlichkeit der Rechtsgrundlage (scil. das Fairnessprinzip) in das strafprozessuale Institut hinein verlängere. Dass der BGH hiermit eine rechtliche Bindung in der Weise meinte, dass der Angeklagte im Wege der Revision die in Aussicht gestellte Strafe auch zu erreichen vermag, ergibt sich aus einem Umkehrschluss: Nur wenn die Eintragbarkeit der versprochenen Leistung auch gegeben ist, wird der Schutz des Angeklagten gewährleistet.

Zur Frage des Abweichens von der Bindung an die Absprache führt der 4. Senat nun aus, dass im Falle sich ergebender neuer Umstände ein Abweichen zwar möglich ist, aber einen Hinweis auf dieses Vorgehen des Gerichts erfordert.<sup>512</sup> Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass bei einer „normalen“ Absprache, bei der sich keine neuen schwerwiegenden Umstände herausstellen, ein Abweichen nicht mehr möglich ist. Bei einer Absprache, bei der sich nachträglich andere Gesichtspunkte ergeben, ist der fair-trial-Grundsatz durch den Hinweis auf die Möglichkeit des Abweichens gewahrt. Dass der BGH die Absprache als rechtlich verbindlich ansehen will, ergibt sich auch daraus, dass er nunmehr für die Absprache eine Protokollierung verlangt, also ein Formerfordernis ausspricht. *Meyer-Goßner*

---

<sup>504</sup> BGH-FG 1033

<sup>505</sup> BGHSt 43, 195, 210, 211

<sup>506</sup> BGHSt 43, 195, 204

<sup>507</sup> Heller S. 70

<sup>508</sup> So auch Heller S. 70

<sup>509</sup> Heller S. 68

<sup>510</sup> So auch Heller S. 68

<sup>511</sup> Kölbel NStZ 2002, 74, 75

<sup>512</sup> BGHSt 43, 195, 210

als mutmaßlicher spiritus rector des Urteils führt in seiner „Erläuterung“ des Urteils aus: „Nur die verbindliche Zusage, das abgelegte Geständnis zu honorieren, schafft die nötige Fairness im Verfahren.“ Eine Honorierung des Geständnisses kann jedoch nur die Einhaltung der Absprache in Form der Verhängung der Strafe innerhalb des zugesagten Strafrahmens sein.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass der BGH nunmehr von einer rechtlichen Bindungswirkung der Absprache ausgeht, ohne diese ausdrücklich namhaft zu machen.

#### 4.1.2.2.2 Herleitung der Bindungswirkung/Rechtsnatur der Absprache

Es fragt sich weiter, ob und woraus sich eine solche Bindungswirkung der Absprache herleiten lässt.

Zur Begründung der Bindungswirkung stellt die Rechtsprechung auf den fair-trial-Grundsatz ab.<sup>513</sup> Dies ist das tragende Argument in der Grundsatzentscheidung. Eine Heranziehung jenes Prinzips zur Herleitung der Bindungswirkung ist jedoch schon aufgrund dessen Unbestimmtheit<sup>514</sup> kritisch zu sehen. Treffend führt *Schünemann*<sup>515</sup> aus, dass eine Vertrauenslage ja nur entstehen könne, wenn das Gericht bereits gebunden sei, es handle sich somit um eine klassische *petitio principii*. In der Tat hatte der BGH in seiner früheren Rechtsprechung diesem Prinzip lediglich die Verpflichtung zu einem Hinweis bei einem Abweichen von der Absprache angenommen<sup>516</sup> und will dem gleichen Prinzip nunmehr eine Bindung an die Absprache entnehmen.<sup>517</sup> Auch *Rönnau*<sup>518</sup> bezweifelt, ob sich eine derart weitgehende Bindungswirkung ohne jede gesetzliche Verankerung allein aus Vertrauensgesichtspunkten herleiten lasse.

Eine echte Vertrauensschutzsituation liegt allerdings vor, wenn die Bindung wegfällt. Dann gebietet es der Grundsatz des fairen Verfahrens einen Hinweis zu erteilen. Mehr lässt sich aus diesem Prinzip jedoch nicht entnehmen. Mit Vertrauensschutzerwägungen lässt sich eine rechtlich durchsetzbare Bindung nicht begründen.

Eine Bindung aus Vertrauensgesichtspunkten herzuleiten, würde bedeuten, „das Pferd von hinten aufzusäumen“.<sup>519</sup> Vertrauen bildet sich nicht abstrakt aus sich selbst heraus. Erst wenn die Absprache aus sich heraus Bindungswirkung entfalten kann, entsteht auf der zweiten Ebene, bei Enttäuschungen der faktischen Erwartung, eine echte Vertrauensschutzkonstellation.<sup>520</sup> Oder anders ausgedrückt: Wenn eine Vereinbarung, die bindend ist, auf einmal keine Bindungswirkung mehr besitzt, dann muss das Vertrauen auf diese Bindung anderweitig geschützt werden. Vertrauen muss sich dabei stets auf etwas beziehen, und in den Fällen der Absprache bezieht sich das Vertrauen darauf, dass die Absprache aus sich heraus Bindungswirkung entfaltet hat. Vertrauen allein kann aber keinen Anspruch begründen.<sup>521</sup> Die Bindungswirkung setzt immer eine Grundlage voraus, aus der sich die

<sup>513</sup> BGHSt 43, 195, 210; auch Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 116 meint, der Fairnessgrundsatz gebiete eine Bindung der Beteiligten an die Absprache.

<sup>514</sup> Kölbl NStZ 2002, 74, 76

<sup>515</sup> FS Rieß 525, 538 Bei der Begründung der Bindungswirkung sei es nicht anders zugegangen als mit der Methode Münchhausens, sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf zu ziehen.

<sup>516</sup> Vgl. nur BGHSt 36, 210

<sup>517</sup> Dies kritisiert auch Kölbl NStZ 2002, 74, 77

<sup>518</sup> Rönnau wistra 1998, 49, 51

<sup>519</sup> Haas FS Keller 45, 61

<sup>520</sup> Vgl. auch Kölbl NStZ 2002, 74, 77

<sup>521</sup> Heller S. 70f.

Bindung herleiten lässt,<sup>522</sup> kann sich also allein aus einer Rechtsquelle ergeben. Ein Blick auf die Rechtsnatur der Absprache ist infolgedessen unerlässlich.<sup>523</sup>

In Betracht kommen hier die Qualifikation der Absprache als Prozesshandlung, Vertrag oder Zusage. Dass die vom 4. Senat dargestellte Bindungswirkung nicht mit einer labilen Absichtserklärung gleichzusetzen ist, wurde bereits dargestellt. Auch die stabile Absichtserklärung wird der vom Senat intendierten Bindung nicht gerecht, da sie lediglich eine faktische Bindung darstellt, die für den Schutz des Angeklagten nicht ausreichend ist.

Es gibt kaum Stellungnahmen zur Rechtsnatur einer strafprozessualen Absprache. Die oben erörterten Kategorien der stabilen und labilen Absichtserklärung sagen lediglich etwas über den Grad der Verbindlichkeit einer Absprache, lassen jedoch keine unmittelbaren Rückschlüsse auf deren Rechtsnatur zu. Im nächsten Schritt wird nun der Blick auf die Rechtsformen gelenkt, in die sich eine Absprache einordnen lässt. Anschließend gilt es zu untersuchen, ob die Rechtsprechung nicht doch mittlerweile, eine bindungstaugliche Quelle geschaffen hat. Dabei wird der Verpflichtungsvorgang/das Erscheinungsbild der Absprache in der Rechtsprechung einer Betrachtung unterzogen.

In der Literatur bedient man sich zur Einordnung der Absprache der Rechtsformen sowohl aus dem Strafprozessrecht als auch aus dem Zivilrecht und Verwaltungsrecht.

#### 4.1.2.2.1 Rechtsformen aus dem Strafprozessrecht.

Teilweise werden Absprachen als Prozesshandlungen gesehen<sup>524</sup>. Dafür könnte sprechen, dass Prozesshandlungen stets bestimmte Formerfordernisse aufweisen müssen<sup>525</sup> und nach der Grundsatzentscheidung auch die Absprache protokollierungsbedürftig und damit formbedürftig ist.<sup>526</sup> Eine Absprache kommt eben nicht mehr formlos zustande.<sup>527</sup> Prozesshandlungen werden unterschieden in Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen. Erwirkungshandlungen sind gerichtet auf die Herbeiführung einer anderen Prozesshandlung, einer richterlichen Entscheidung.<sup>528</sup> Bewirkungshandlungen führen zu einer unmittelbaren Gestaltung des Prozesses.<sup>529</sup> Bei einer Einordnung als Prozesshandlung wäre die Absprache als Erwirkungshandlung anzusehen, denn sie ist durch die zwischen den Beteiligten erzielte Einigkeit gekennzeichnet, ohne dass eine unmittelbare Gestaltung des Prozesses erfolgt.<sup>530</sup> Die Einordnung der Absprache als Prozesshandlung gibt jedoch nichts für die Frage der Verbindlichkeit her.

Da, wie bereits aufgezeigt, von der Rechtsprechung nunmehr eine Bindungswirkung der Absprache, eine primäre rechtliche<sup>531</sup> Verpflichtung angenommen wird, sind die Handlungskategorien zu untersuchen, die ebenfalls eine Bindungswirkung aufweisen. Da es in der Strafprozessordnung eine Regelung der strafprozessualen Absprache nicht gibt, wurde in der Literatur zur Frage der Rechtsnatur der Absprache auf Rechtsinstitute anderer Rechtsgebiete zurückgegriffen.

---

<sup>522</sup> Vgl. Heller S. 71

<sup>523</sup> Vgl. Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 106ff

<sup>524</sup> Kremer S. 176

<sup>525</sup> Schmidt-Hieber Rn. 237

<sup>526</sup> BGHSt 43, 195, 206

<sup>527</sup> Mit dem Argument der Formlosigkeit wurde meist die Einordnung als Prozesshandlung verneint, so etwa Janke S. 68; Schmidt-Hieber Rn. 237

<sup>528</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 22 A II. 1. Rn. 2

<sup>529</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 22 A II. 1. Rn. 2

<sup>530</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 237; Kremer S. 175; Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 110

<sup>531</sup> Schünemann, Gutachten B 122 verwendet bereits die Unterteilung in primäre und sekundäre Verpflichtungswirkung.

#### 4.1.2.2.2.2 Rechtsformen aus dem Zivilrecht/Zivilprozessrecht

Das Zivilrecht differenziert bei den möglichen verschiedenen Handlungsformen zwischen natürlichen Handlungen, unverbindlichen Erklärungen und verbindlichen Erklärungen.

##### 4.1.2.2.2.2.1 Vergleich

Teilweise wird auf die Legaldefinition des Vergleichs in § 779 BGB abgestellt und die begrifflichen Voraussetzungen für einen Vergleich als gegeben angesehen.<sup>532</sup> Bei einem Vergleich handelt es sich gem. § 779 BGB um einen Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Im Zivilprozess kann ein Vergleich als Prozessvergleich auch prozessuale Handlung sein. Der Unterschied zwischen dem gerichtlichen Vergleich im Privatklageverfahren und einer Vereinbarung im Abspracheverfahren besteht jedoch schon darin, dass nur die erstgenannte Übereinkunft unmittelbar gestaltend auf das Verfahren einwirkt, während dies bei einer Absprache nicht der Fall ist.<sup>533</sup> Die Absprache bedarf noch der Umsetzung. Es überzeugt deshalb kaum, die Absprache als Vergleich einzuordnen.

##### 4.1.2.2.2.2.2 Vertrag

Man könnte vertreten, dass die Absprache als vertragliches Konstrukt zu charakterisieren ist. Hierfür spricht, dass zwischen den Beteiligten bei der Absprache ein Konsens herrscht und die eine Seite nur bereit ist, den Vertrag zu erfüllen, wenn dies auch die andere Seite tut im Sinne eines *do ut des*. Zudem wird der Angeklagte bei den Verhandlungen von seinem Verteidiger vertreten.<sup>534</sup> *Heller* lehnt die Qualifikation der Absprache als Vertrag aufgrund der mangelnden Verpflichtung des Angeklagten zur Geständnisablegung ab.<sup>535</sup> Da der Angeklagte zur Ablegung eines Geständnisses nicht verpflichtet sei und über sein Schweigerecht gem. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO belehrt wurde, verfüge er nicht über einen Willen, sich rechtlich zu binden. Richtig daran ist, dass das Geständnis vom Angeklagten „nicht geschuldet“ ist.<sup>536</sup> Der Vertrag ist jedoch nicht nur als zivilrechtliches Institut anzusehen, sondern eine Kategorie des Rechts überhaupt.<sup>537</sup> Die bislang einzige Auffassung in der Literatur, die eine Einordnung der Absprache als Vertrag annimmt, stuft diese in die Handlungskategorie des Verwaltungsvertrags ein.<sup>538</sup> Die Frage der Einordnung der Absprache als Vertrag soll deshalb bei den Handlungskategorien des Verwaltungsrechts erörtert werden.

##### 4.1.2.2.2.3 Rechtsformen aus dem Verwaltungsrecht

Im Verwaltungsrecht gibt es sowohl einseitige als auch zweiseitige Handlungskategorien. Einseitige Rechtsinstitute sind dabei die Zusicherung und die Zusage. Als zweiseitige Form findet sich der Verwaltungsvertrag.

---

<sup>532</sup> Schmitt GA 2001, 411

<sup>533</sup> Janke S. 67; Kintzi JR 1990, 312

<sup>534</sup> Heller S. 71

<sup>535</sup> Heller S. 71f.

<sup>536</sup> Kölbl NStZ 2002, 74, 75

<sup>537</sup> Maurer DVBl 1989, 798, 800

<sup>538</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 118ff.

#### 4.1.2.2.2.3.1 Zusage/Zusicherung

Teilweise wird die Prognose des Gerichts als Zusage angesehen und sich der Handlungskategorie der rechtsverbindlichen Zusage aus dem Verwaltungsrecht bedient.<sup>539</sup> Ein anderer Teil qualifiziert die Absprache als Zusicherung ähnlich § 38 VwVfG, da ein Urteil präde-terminiert sei und nicht etwa eine tatsächliche Handlung den Schwerpunkt des künftigen Ereignisses bilde.<sup>540</sup> Für diese Einordnung als Zusage/Zusicherung spricht, dass es sich auch bei dieser um das bindende Versprechen einer Behörde handelt. Der 4. Senat selbst spricht in diesem Zusammenhang von einer „Selbstbindung“,<sup>541</sup> Diese Einordnung wäre dann sinnvoll, wenn Kennzeichen einer Absprache lediglich eine einseitige Erklärung des Gerichts wäre. Es handelt sich bei einer Absprache oder Verständigung schon dem Begriff nach jedoch um mehr als eine einseitige Erklärung. Grundlage jeder Absprache ist ein Konsens<sup>542</sup> zwischen den Beteiligten<sup>543</sup>. Zwar ist der Verpflichtungsvorgang von einer gewissen Einseitigkeit geprägt<sup>544</sup>, jedoch besteht über die auszutauschenden „Leistungen“ Einigkeit. Es bedarf daher der weiteren Prüfung, ob nicht noch andere Handlungskategorien heranzuziehen sind.

#### 4.1.2.2.2.3.2 Verwaltungsvertrag

Erstmals hat *Gutterer*<sup>545</sup> auf die Möglichkeit der Einstufung einer Vereinbarung als einer Art öffentlich-rechtlicher Vertrag hingewiesen. Für diese Einordnung spricht, dass sich die Parteien im Strafverfahren wie auch im Verwaltungsrecht beim sog. subordinationsrechtlichen Vertrag in einem Über-Unter-Ordnungsverhältnis gegenüber stehen. Der Vergleich mit dem Verwaltungsvertrag liegt auch deshalb nahe, weil das Strafprozessrecht dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.<sup>546</sup> So sieht *Ioakimidis*<sup>547</sup> die letztlich entscheidende Parallele zwischen einem öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertrag und einer Absprache darin, dass jeweils gesetzliche Rechte oder Pflichten des Bürgers bzw. im Strafverfahren Eingriffe zum Inhalt gemacht werden, die diesem jeweils auch ohne Vertrag oder Absprache grundsätzlich obliegen würden bzw. von ihm zu dulden wären.“ *Ioakimidis*<sup>548</sup> nennt als Beispiel, dass die Bauaufsichtsbehörde mit dem Bauherrn bzw. Eigentümer eines Schwarzbaus einen Vertrag schließt, in dem sie sich zur befristeten Duldung und der Vertragspartner sich zum Abbruch nach Fristablauf verpflichtet. Wesentlicher Unterschied besteht aber darin, dass der Bürger sich verpflichten kann, den Abbruch vorzunehmen. Im Strafverfahrensrecht jedoch besteht niemals eine Pflicht des Angeklagten, ein Geständnis abzugeben. Der Eigentümer eines Schwarzbaus muss den Abbruch auch ohne Vertrag dulden. Ein Geständnis muss indessen nicht abgegeben werden. Gerade das Geständnis stellt indessen die „Leistung“ des Angeklagten im Rahmen einer Absprache dar. Der Angeklagte zeigt sich deshalb geständig, weil das Gericht ihm eine Strafobergrenze zusagt.<sup>549</sup> „Ver-

<sup>539</sup> Meyer, Willensmängel S. 294

<sup>540</sup> Heller, S. 74

<sup>541</sup> BGHSt 43, 195, 207 zwar bezieht er dies auf die Zusage einer bestimmten Strafe, jedoch bezeichnet er diese als „derartige Selbstbindung“, so dass davon auszugehen ist, dass er auch die Zusage einer Strafobergrenze als Selbstbindung ansieht.

<sup>542</sup> Sinner, der Vertragsgedanke im Strafprozeß, S. 75/76

<sup>543</sup> So auch Heller, der die richterliche Prognose als Zusicherung ähnlich § 38 VwVfG einordnet; Weider, Dealen, S. 130 geht davon aus, dass jede Absprache ein übereinstimmendes Ergebnis beinhaltet.

<sup>544</sup> Heller S. 72

<sup>545</sup> Gutterer S. 3

<sup>546</sup> Baumann/Weber/Mitsch Strafrecht AT § 3 IV Rn. 68; Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 121

<sup>547</sup> Rechtsnatur, S. 122

<sup>548</sup> Rechtsnatur, S. 122

<sup>549</sup> Und davon scheint auch Ioakimidis, Rechtsnatur, auszugehen, S. 98

tragsinhalt“ bei einer Absprache ist also nicht die Duldung der Belegung mit einer Strafe. Zwar muss ein Angeklagter auch die Verurteilung hinnehmen. Dies wird aber niemals Abspracheninhalt sein. Auch geht es - anders als beim Verwaltungsvertrag - bei den verfahrensbeendenden Absprachen nicht darum, dass eine bessere Akzeptanz des Ergebnisses erzielt wird, sondern vornehmlich um Verfahrensverkürzung, wobei eine eventuell höhere Akzeptanz des Urteils einen Nebeneffekt darstellen kann.

Für die Einordnung als Vertrag spricht zwar zunächst der Konsens der zwischen den Parteien besteht. Andererseits liegt einem Vertrag nicht nur ein Konsens sondern darüber hinaus auch ein Rechtsbindungswille zugrunde. Auch bei einer Zusage/Zusicherung handelt die Verwaltung jedoch mit Rechtsbindungswillen.<sup>550</sup> Maßgeblich für die Einordnung als einseitige Zusage und einvernehmlichen Vertrag kann daher allein der Verpflichtungsvorgang sein.<sup>551</sup> Dieser ist bei einem Vertrag gekennzeichnet durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, während die Zusage/Zusicherung von Einseitigkeit geprägt ist. Die Qualifikation der Absprache muss indes nicht abschließend geklärt werden. Es stellt sich vielmehr die Frage, welches Erscheinungsbild die Absprache in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat.

#### 4.1.2.2.3 Erscheinungsbild in der Rechtsprechung

Die in der Rechtsprechung verwendeten Begrifflichkeiten sind unterschiedlich, so wird einerseits von Zusage oder auch Zusicherung<sup>552</sup> gesprochen, andererseits aber auch von Absprache<sup>553</sup> und Verständigung.<sup>554</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht von „Verständigung“ bei der Verhandlung über „Stand und Aussichten“ des Verfahrens und bei einer Kontaktaufnahme über das zu sprechende Urteil von „Vergleich“.<sup>555</sup> Die Begriffsvielfalt resultiert nicht zuletzt daraus, dass die Absprachen in der StPO nicht geregelt sind.<sup>556</sup> Die frühere Rechtsprechung nahm jedenfalls wie ausgeführt<sup>557</sup> keine Bindung an eine Absprache an. Teilweise wurde bei einem Inaussichtstellen einer Höchststrafe die Formulierung gebraucht, es handele sich um eine „Mitteilung“.<sup>558</sup>

Der 4. Senat spricht in seinem Grundsatzurteil<sup>559</sup> einerseits von einer Zusage. Andererseits spricht er von einem Zustandekommen einer Absprache, was zumindest auf eine Einigung schließen lässt. Auf Seite 210 seiner Grundsatzentscheidung führt er aus: „Ist auf diese Weise in öffentlicher Verhandlung unter Einbeziehung aller Beteiligten eine Verständigung zustande gekommen, so ist das Gericht daran gebunden.“<sup>560</sup> Zur Qualifizierung der Rechtsnatur der Absprache, wie sie die Rechtsprechung zugrunde legt, sind deshalb weitere Entscheidungen heranzuziehen. Es werden dabei lediglich Entscheidungen analysiert, die nach dem Grundsatzurteil des 4. Strafsenats ergingen, da erst seit diesem Grundsatzurteil in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine primäre Bindungswirkung anerkannt ist.

<sup>550</sup> Heller, S. 73

<sup>551</sup> Heller, S. 71

<sup>552</sup> BGHSt 43, 195, 207

<sup>553</sup> BGH wistra 1992, 309, 310

<sup>554</sup> BGHSt 38, 102

<sup>555</sup> BVerfG NJW 1987, 2262, 2263

<sup>556</sup> Rönnau, Absprache, S. 23; Küpper/Bode Jura 1999, S. 351, 352

<sup>557</sup> Vgl. oben S. 103ff.

<sup>558</sup> BGHSt 38, 102

<sup>559</sup> BGHSt 43, 195

<sup>560</sup> BGHSt 43, 195, 210

#### 4.1.2.2.3.1 Entscheidung des 2. Strafsenats vom März 2001<sup>561</sup>

Im Bezugfall der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 23.03.2001<sup>562</sup> fand im Beratungszimmer ein Gespräch darüber statt, ob mit Geständnissen der Angeklagten zu rechnen sei und welche Strafen zu erwarten seien. Nachdem geklärt war, dass mit Geständnissen der Angeklagten zu rechnen sei, und der Staatsanwalt mitgeteilt hatte, welche Strafen er unter diesen Umständen beantragen werde, kam es zu einem „regelrechten Feilschen“ um die Höhe der Strafen. Nach einer Vorberatung teilte der Vorsitzende die für den Fall von Geständnissen zu erwartenden Strafen mit. Die Verteidigerin des Revisionsführers war mit diesem vorgesehenen Ergebnis nicht einverstanden. Der Angeklagte legte ein Teilgeständnis ab.

Der 2. Strafsenat geht davon aus, dass das Zustandekommen einer Absprache nicht erwiesen sei und ein daraus folgender Verfahrensfehler nicht nachgewiesen sei. Die Verteidigerin sei bereits bei dem Vorgespräch nicht einverstanden gewesen, weil sie eine geringere Strafe erreichen wollte. Das Landgericht habe den Verlauf des Vorgesprächs dahin gewertet, dass eine Absprache nicht zustande gekommen war. Dass das Gericht den Verlauf des Vorgesprächs dahin gewertet habe, dass eine Verständigung über den Verfahrensausgang nicht zustande gekommen sei, schließt der Senat u.a. aus dem Verlauf der Hauptverhandlung. Aus dem Hauptverhandlungsprotokoll ergebe sich, dass eine vierstündige Hauptverhandlung stattfand, in der die Angeklagten vernommen, Beweise erhoben und die Jugendgerichtshilfe gehört wurden.<sup>563</sup> Auch für die Mitangeklagten sei eine Absprache nicht zustande gekommen.<sup>564</sup> (Die Verteidiger der Mitangeklagten waren jedoch laut Sachverhalt mit dem in Aussicht gestellten Ergebnis einverstanden.)

Diese Entscheidung zeigt, dass der BGH für eine Absprache zwei übereinstimmende Willensübereinstimmungen voraussetzt.<sup>565</sup> Auffällig ist auch, dass der BGH, je nachdem, ob er von einer Absprache ausgehen will oder nicht, auf das Kriterium des Zustandekommens abstellt. So konnte er im vorliegenden Fall über eklatante Verstöße gegen die Absprachenordnung des 4. Strafsenats hinwegsehen, weil eine Absprache eben nach seiner Auffassung einfach nicht zustande gekommen war: Im vorliegenden Fall waren Punktstrafen in Aussicht gestellt worden, die Angeklagten hatten einer Rechtsmittelverzicht zugesagt, und es war zu einem „Feilschen“ um das Strafmaß gekommen, der „an einen ‚Handel mit der Gerechtigkeit‘ denken lässt.“<sup>566</sup>

#### 4.1.2.2.3.2 Entscheidung des 5. Strafsenats vom April 1999

Im Bezugfall der Entscheidung des 5. Strafsenats vom 21.04.1999 hatte die Staatsanwaltschaft und das Gericht dem Angeklagten eine Jugendstrafe von 6 Jahren in Aussicht gestellt (die Angaben zu einer Haftverschonung waren unklar). Dieses Angebot wurde seitens des Angeklagten, für den dessen Vater die Gespräche führte, abgelehnt. Auch hier geht der Senat davon aus, dass keine Absprache zustande gekommen war. Er führt aus: Es könne offen bleiben, ob ursprünglich ein Angebot der Staatsanwaltschaft vorlag, sie werde keine

---

<sup>561</sup> 2 StR 369/00

<sup>562</sup> 2 StR 369/00

<sup>563</sup> Interessanterweise war die Hauptverhandlung jedoch auf insgesamt drei Tage angesetzt worden. Es handelte sich wohlgerne um 4 Angeklagte.

<sup>564</sup> Da eine Absprache nicht zustande gekommen sei, habe sich auch die Aufnahme des Ergebnisses des „informellen Gesprächs“ ins Protokoll erübrigt, BGH a.a.O.

<sup>565</sup> Vgl. auch die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 11.09.2002 – 1 StR 171/02 = StV 2002, 637: Der Angeklagte habe das „Anerbieten einer zur Bewährung auszusetzenden Strafe (...) abgelehnt.“

<sup>566</sup> Der 2. Senat schließt u.a. aus der Durchführung der Beweisaufnahme, dass eine Absprache nicht zustande gekommen sei, andererseits geht der 4. Senat (BGHSt 43, 195) jedoch davon aus, dass ein Geständnis zu überprüfen sei.

Beschwerde gegen eine Haftverschonung einlegen, der Angeklagte hätte das Angebot jedenfalls abgelehnt. Die Staatsanwaltschaft sei bei dieser Entwicklung der Gespräche an ihr "Angebot", auch wenn es die Frage der Haftverschonung mit umfasst hätte, nicht mehr gebunden gewesen. Auch diese Entscheidung geht nicht von einer einseitigen Zusage aus. Vielmehr drängt sich der Eindruck auf, dass die Zusage zustimmungspflichtig wäre.<sup>567</sup>

Die Rechtsprechung scheint daher mittlerweile von einer Einigung<sup>568</sup> im Sinne einer Willensübereinstimmung auszugehen. Da die Rechtsprechung nunmehr auch von einer Bindungswirkung ausgeht, liegt es nahe, dass die Absprache insgesamt als Vertrag angesehen wird.

Dies wird in der Literatur mit der Begründung abgelehnt, der Angeklagte sei nicht als Vertragspartner anzusehen.<sup>569</sup> Einer verpflichtenden Erklärung stehe bereits die Belehrung des Angeklagten über sein Schweigerecht entgegen. Der Angeklagte wolle allein aus Selbstschutzgründen auch keine rechtsverbindliche Erklärung abgeben. Richtig daran ist, dass der Angeklagte niemals zu einer Geständnisablegung verpflichtet werden kann. Dies verbietet schon der nemo-tenetur-Grundsatz, der es ausschließt, dass der Angeklagte ein Geständnis schuldet.<sup>570</sup> Diese Ansicht übersieht jedoch, dass es Verträge gibt, bei denen sich nur eine Partei zu einer Leistung im Rechtssinne verpflichtet, nämlich sog. einseitig verpflichtenden Verträgen. Es scheint, dass der geschilderte Verpflichtungsvorgang in der Rechtsprechung genau dieser Handlungskategorie entspricht. Charakteristisch ist das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen, bei der sich nur ein Teil zu einer Leistung verpflichtet.

Das Geständnis des Angeklagten ist keine Leistung, zu der sich dieser im Rahmen einer Absprache verpflichtet. Dieses stellt sich im Rahmen einer Absprache vielmehr als Obliegenheit dar. Diese wird definiert als eine Verhaltensanforderung, deren Nichteinhaltung rechtliche Nachteile nach sich zieht.<sup>571</sup> Die Obliegenheit begründet keinen eigenen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner. Der Berechtigte kann die Erfüllung der Obliegenheit also nicht einklagen. Es handelt sich lediglich um eine Mitwirkungspflicht im eigenen Interesse, deren Nichterfüllung den mit der Obliegenheit Belasteten rechtlich schlechter stellt. Genau so stellt sich das Ablegen des Geständnisses bei einer Absprache dar. Der Angeklagte wird diese „Mitwirkungspflicht“ im eigenen Interesse erfüllen, da er so das mildere Strafmaß erreichen kann.

Die Rechtsprechung hat daher eine Quelle für die Bindungswirkung erschaffen.<sup>572</sup> Es scheint sogar, dass die Rechtsprechung nicht nur von einem zweiseitigen Vertrag ausgeht, sondern von einem dreiseitigen, denn die Bindungswirkung wird dann verneint, wenn die Zusage im Dissens mit der Staatsanwaltschaft erfolgt ist.<sup>573</sup>

Festzustellen ist, dass die Absprache dem Erscheinungsbild des Vertrags am ehesten entspricht und auch die Rechtsprechung, ohne dies namhaft zu machen, von einem Vertrag ausgeht. Allein die Sprache der Rechtsprechung ist dabei verräterisch. So ist von einem „Angebot“ und von einem Zustandekommen die Rede. Auch der Große Strafsenat stellt in seiner Entscheidung fest, dass sich die Verständigung in ihrer derzeitigen Handhabung

<sup>567</sup> Über die Formulierung des 5. Strafsenats hat sich der zum Zeitpunkt der Grundsatzentscheidung Vorsitzende des 4. Strafsenats, Meyer-Goßner, der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats entrüftet gezeigt. Vgl. Meyer-Goßner in ZRP 2004, 187, 189

<sup>568</sup> So auch Kölbl NStZ 2002, 74

<sup>569</sup> Heller S. 72

<sup>570</sup> Heller S. 72

<sup>571</sup> Palandt Einl. vor § 241 Rn. 13

<sup>572</sup> Kölbl NStZ 2003, 232, 233 geht hingegen davon aus, dass der BGH ein Institut der richterlichen Selbstbindung in Form eines primären Vertrauensschutzes entwickelt habe.

<sup>573</sup> BGH 5 StR 556/02 = BGH NStZ 2003, 563; zur Beteiligung der Staatsanwaltschaft s. 4. Kapitel D. II. 5, S. 198ff.

zunehmend von einem prozessual zulässigen „offenen Verhandeln des Gerichts in Form der Bekanntgabe einer dem jeweiligen Verfahrensstand entsprechenden Prognose“ entferne und sich „in die Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten“ bewege.<sup>574</sup>

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung nunmehr eine echte Bindungswirkung der Absprache annimmt. Diese sieht sie zwar im fair-trial-Grundsatz begründet. Da die Rechtsprechung die Absprache als Vertrag aufzufassen scheint, besteht jedoch darüber hinaus mittlerweile eine bindungstaugliche Quelle.

#### 4.1.2.3 Vereinbarkeit der Bindungswirkung mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz

Es fragt sich jedoch weiter, ob die Bindung, wie sie die Rechtsprechung nunmehr statuiert hat, mit dem prozessrechtlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz vereinbar ist. Ist es doch gerade Sinn des Unmittelbarkeitsprinzips, dass der Richter seine Überzeugung aus dem Inbegriff einer zur Beweisaufnahme geführten Hauptverhandlung schöpft. Dieses Prinzip untersagt es folglich, dass sich der Richter zu einem frühen Zeitpunkt auf ein bestimmtes Ergebnis festlegt. Das Ergebnis wird dann gerade nicht mehr aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpft. Aus diesem Grund wurde in der früheren Literatur von den Absprachebefürwortern immer darauf hingewiesen, dass sich das Gericht in den informellen Gesprächen auf keinen Fall binden wolle.<sup>575</sup>

Die Absprachebefürworter der neueren Literatur verneinen einen Verstoß mit dem Hinweis auf Zulässigkeit von Zwischenberatungen und der Zulässigkeit des Abfassen eines Entwurfs der Urteilsformel.<sup>576</sup> Hiergegen lässt sich einwenden, dass der Entwurf einer Urteilsformel und eine Zwischenberatung eben nur vorläufiger Natur sind und noch keinerlei Außenwirkung erlangt haben. Hat das Gericht jedoch dem Angeklagten ein Strafmaß in Aussicht gestellt und damit seine Einschätzung bekannt gegeben, wird es sich ungleich mehr an diese Strafobergrenze gebunden fühlen.<sup>577</sup> Dementsprechend hält es auch der 4. Strafsenat in seiner Grundsatzentscheidung für unzulässig, dass dem Angeklagten ein bestimmtes Strafmaß in Aussicht gestellt wird.<sup>578</sup> Die Entscheidung des Gerichts sei jedoch dann nicht vorweggenommen, wenn das Gericht erkläre, dass es eine bestimmte Strafe nicht überschreite, wenn der Angeklagte ein Geständnis ablege. Die Festlegung der konkreten Strafe unter Abwägung aller Strafzumessungsgesichtspunkte bleibe der Urteilsberatung vorbehalten.<sup>579</sup>

In der Literatur wird kritisiert, dass der Differenzierung zwischen einer konkret festgelegten Strafe und einer zugesagten Strafobergrenze nur semantische Bedeutung zukomme. Das zugesagte Ergebnis lasse sich in der Praxis verbal anders einkleiden<sup>580</sup>. So könne der Tatrichter das Wort „Obergrenze“ als Synonym für „Fixstrafe“ benutzen, so dass die Obergrenze in der Praxis zu einer Pontius-Pilatus-Geste verkomme<sup>581</sup> und für alle Beteilig-

<sup>574</sup> BGHSt 50,40,63 = StV 2005, 311

<sup>575</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 165

<sup>576</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 137

<sup>577</sup> So weißt Siolek, FS Rieß, S. 563, 579 auf einen Fall hin, in dem sich Kammer, Staatsanwaltschaft Verteidiger und Angeklagter auf ein Strafmaß von 2 Jahren und 8 Monaten verständigten, danach noch zwei weitere Anklagen folgten, die zum ersten Verfahren verbunden und gemeinsam verhandelt wurden und das Volumen der ersten Anklage verdreifachten. Das Gericht war der Auffassung, dass von der Vereinbarung wegen der eingetretenen Bindung nicht abgewichen werden könne und auch der Fall der Entscheidung des 3. Strafsenats NSTz 2004, 493 zugrunde lag zeigt wie sehr sich manche Tatgerichte gebunden fühlen.

<sup>578</sup> BGH St 43, 195

<sup>579</sup> BGHSt 43, 195, 207

<sup>580</sup> Schmitt GA 2001, 411, 423

<sup>581</sup> Schünemann FS Rieß 525, 545

ten klar sei, dass die genannte Obergrenze die mit dem Urteil verhängte Strafe ist<sup>582</sup>. Auch die Fälle, über die der BGH zu entscheiden hatte, weisen in den meisten Fällen die Besonderheit auf, dass die verhängte Strafe exakt die Strafobergrenze, die zunächst in Aussicht gestellt wurde, einhält. *Siolek*<sup>583</sup> berichtet davon, dass ihm nur ein Fall bekannt geworden ist, in dem das Gericht eine Abweichung seiner Strafmaßvorstellung vornahm und eine geringere Strafe beschloss. Die These von der Umgehung in der Praxis durch die Bezeichnung des in Aussicht gestellten Ergebnisses wird gestützt, wenn man sich das Ziel des Verteidigers/des Angeklagten vor Augen hält: So ist nicht nur jede Verständigung ohne verbindliche Zusage uninteressant<sup>584</sup>, sondern auch jede Verständigung ohne bestimmte Zusage. Der Angeklagte will gerade die Ungewissheit über das Verfahrensergebnis beseitigen.<sup>585</sup> Handelt es sich aber bei dem durch das Gericht in Aussicht gestellten Ergebnis um eine echte Strafobergrenze, so kann dies nur eine Grenze oberhalb eines großen Spielraumes sein, denn dann macht das Gericht die Entscheidung vom Detailreichtum und der Glaubwürdigkeit des Geständnisses abhängig. Hieran hat der Angeklagte jedoch regelmäßig kein Interesse: Denn das Strafmaximum kann er (zumindest bei einer gewissen Kenntnis der Strafzumessungspraxis) leicht von seinem Verteidiger in Erfahrung bringen.<sup>586</sup> In seiner Grundsatzentscheidung<sup>587</sup> räumt der 4. Strafsenat auch ein, dass oftmals die später im Urteil verhängte Strafe die Strafhöhe der Strafobergrenze wird erreichen müssen.<sup>588</sup> Der BGH selbst hat es in einigen Entscheidungen, ohne dies zu kritisieren, hingenommen, dass ein exaktes Strafmaß zugesagt wurde.<sup>589</sup> Der 1. Strafsenat hat in einem neueren Urteil die Zusage einer exakten Strafe zwar gerügt, aber das Urteil aufrecht erhalten<sup>590</sup>, vermutlich weil der Senat den Strafausspruch trotz des Mangels im Ergebnis für angemessen hielt. Auch scheint die Rechtstatsächlichkeit für eine nur verbale Einkleidung des Ergebnisses zu sprechen. So gaben bei der Befragung von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* 85,7 % der Verteidiger an, sie seien bei einer Verständigung davon ausgegangen, dass bei einer Einigung auf eine Strafobergrenze diese exakt der später verhängten Strafe entspricht. Genau der gleiche Prozentsatz gab an, dass die später im Urteil verhängte Strafe exakt der zuvor genannten Obergrenze entsprach.<sup>591</sup> Es ist sicher richtig, dass das Gericht nicht schon wegen der Erwartung eines Angeklagten ein konkretes Strafmaß zusagen kann<sup>592</sup>. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich das Gericht den Vorstellungen des Angeklagten anpassen wird, wenn es ein Geständnis erreichen will.<sup>593</sup> Dies zeigen nicht zuletzt die bereits angesprochenen Untersuchungen der Rechtstatsächlichkeit.

Es lässt sich somit feststellen, dass die Zusage einer Obergrenze nichts an der Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 261 StPO ändert. So ist davon auszugehen, dass regelmäßig Punktstrafen zugesagt werden. Dabei ist ein Verstoß gegen § 261 StPO evident. Es kann nicht einmal mehr von einer „Schöpfung“ der Strafe die Rede sein, geschweige denn wird diese aus „dem Inbegriff der Verhandlung“ ermittelt. Bei einer Bindung an ein Strafmaß, wie sie der BGH versteht, ist jedoch die Freiheit der Entscheidungsfindung des Ge-

<sup>582</sup> Weider *Dealen* S. 134; *Siolek* FS Rieß 563, 569

<sup>583</sup> FS Rieß 563, 569

<sup>584</sup> Böttcher/Widmaier JR 1991, 356; Meyer-Goßner FS Gollwitzer S.161, 177

<sup>585</sup> Schmitt GA 2001, 411, 423; In der Tat wird die Ungewissheit über das Verfahrensergebnis als größtes Motiv für die Verständigung gesehen.

<sup>586</sup> Schünemann, FS Rieß 525, 544, 545

<sup>587</sup> BGHSt 43, 195

<sup>588</sup> BGHSt 43,195, 208

<sup>589</sup> BGHSt 45, 227; BGH StV 2001, 554

<sup>590</sup> BGH NJW 2006, 3362, 3363

<sup>591</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 176f

<sup>592</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 135

<sup>593</sup> a.A. Friche S. 114

richts nicht gewährleistet. Wie die weiteren Ausführungen zeigen, ist das Gericht nämlich nur befugt, von der Strafobergrenze abzuweichen, wenn schwerwiegende neue Umstände auftreten, die dem Gericht bisher unbekannt waren.<sup>594</sup> Von einer „Entscheidungsfreiheit bis zum letzten Augenblick“, den § 261 StPO garantieren soll<sup>595</sup>, ist dabei nichts mehr übrig.

#### 4.1.2.4 Entfallen der Bindungswirkung/Vertrauensschutz

Bereits vor der Entscheidung des 4. Strafsenats war es in der Rechtsprechung anerkannt, dass bei einem Abweichen von der Absprache durch das Gericht ein Hinweis an den Angeklagten erforderlich ist. Ein Abweichen war allerdings bereits dann möglich, wenn das Gericht „aufgrund besserer Einsicht die maßgeblichen Umstände anders (...) gewichten und zu einer von der Absprache abweichenden Entscheidung (...) gelangen“ sollte.<sup>596</sup> Erst mit der Entscheidung des 4. Strafsenats wurde die Bindung des Gerichts an eine Strafobergrenze festgeschrieben. Wie bereits angedeutet, gilt diese Bindungswirkung nicht absolut, sondern entfällt unter bestimmten Umständen. Für diese Fälle sieht die Rechtsprechung weiterhin einen Hinweis als erforderlich an.

##### 4.1.2.4.1 Neue bzw. übersehene Umstände

Nachdem der 4. Senat nunmehr die Bindungswirkung der Absprache statuiert hatte, nahm er zur Frage Stellung, wie weit diese Bindungswirkung gehen sollte bzw. wann die Bindung an die Absprache entfallen könne: Ergeben sich nach der Absprache schwerwiegende neue Umstände, die dem Gericht bisher unbekannt waren und die Einfluss auf das Urteil haben können, so kann das Gericht von der getroffenen Absprache abweichen<sup>597</sup>. Solche Umstände können zum Beispiel sein, dass sich die Tat aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel statt wie bisher als Vergehen nunmehr als Verbrechen darstelle oder dass erhebliche Vorstrafen des Angeklagten nicht bekannt waren. In einem solchen Fall muss das Gericht aber dann wiederum in öffentlicher Hauptverhandlung unter Darlegung der Umstände auf diese Möglichkeit hinweisen.<sup>598</sup>

Mit diesen Ausführungen hat der 4. Strafsenat dargelegt, dass eine Bindung an die in Aussicht gestellte Strafe nicht um jeden Preis bestehen bleiben soll, sondern einen Widerrufsvorbehalt<sup>599</sup> kennt. Es ist davon auszugehen, dass der BGH mit diesen Ausführungen den Instanzgerichten ein Mittel an die Hand geben will, schwere Fehlprognosen zu berichtigen, denn es handelt sich bei den Beispielen um Umstände mit erheblicher strafzumessungsrechtlicher Bedeutung.<sup>600</sup> In solchen Fällen sieht der 4. Senat es als notwendig an, dass zuvor ein Hinweis darauf erteilt wird, dass von dem zugesagten Strafmaß abgewichen wird.

Darüber, in welchem Fall von einer Absprache wieder abgewichen werden kann, herrscht jedoch keineswegs Einigkeit zwischen den Senaten.

Der 5. Strafsenat erlaubt ein Abweichen von einer Absprache über die Aussage des 4. Strafsenats hinaus auch dann, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden.<sup>601</sup> Es sei unvertretbar, das Gericht bei der Urteilsfindung entgegen § 261 StPO an einen maßgeblichen Irrtum allein aufgrund

<sup>594</sup> BGHSt 43, 15, 210

<sup>595</sup> Schönemann, Gutachten B 72

<sup>596</sup> BGHSt 38, 102, 105

<sup>597</sup> BGHSt 43, 195, 210

<sup>598</sup> BGHSt 43, 195, 210

<sup>599</sup> Kölbel NStZ 2002, 74, 75 u. 78

<sup>600</sup> So auch Kölbel NStZ 2002, 74, 78

<sup>601</sup> BGH NStZ 2004, 493; NStZ 2005, 115

des im Rahmen einer Verständigung gesetzten Vertrauenstatbestandes zu binden, den es freilich auch und gerade in diesen Fällen durch entsprechende Hinweise beseitigen muss. Diese Relativierung der Bindungswirkung führt der Große Strafsenat fort.<sup>602</sup> Der Große Strafsenat führt jedoch nicht weiter aus, was er unter relevanten tatsächlichen oder rechtlichen Aspekten versteht. Naheliegend ist, dass er ebenso wie der 4. Strafsenat darunter strafzumessungsrelevante Umstände versteht. Im Gegensatz zum 4. Strafsenat, bei dem eine Bindung an die Strafobergrenze dann entfällt, wenn diese Umstände dem Gericht unbekannt waren, will der Große Strafsenat einen Wegfall der Bindung bereits dann zulassen, wenn diese Umstände „übersehen wurden“.<sup>603</sup> Dies wird deutlich, da er auf die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 16.10.2003<sup>604</sup> verweist, in deren Bezugsfall sich das Tatgericht an die Absprache gebunden fühlte, obwohl eine Vorstrafe, die bekannt war „außer Acht gelassen“ wurde. Der Große Strafsenat relativiert damit die Bindungswirkung weiter, indem er ein Abweichen auch bei einer Art Motivirrtum des Gerichts zulässt.

Auch in der Literatur wird der Ansatz vertreten, dass ein Abweichen ohne weiteres möglich sein muss. Um einer erheblichen Beeinträchtigung der Substanz des § 261 StPO vorzubeugen, muss nach *Rönnau*<sup>605</sup> bereits jeder nicht unwesentliche Umstand Berücksichtigung finden.

*Weigend*<sup>606</sup> hat indessen Bedenken gegen die Möglichkeit, die Strafobergrenze zu überschreiten, wenn sich nachträglich schwerwiegende neue Umstände herausstellen. Er führt an, dass es dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen dürfe, wenn das Gericht nicht für eine vollständige Informationsgrundlage Sorge. Mit diesem Argument lässt sich gegen die Auffassung des Großen Strafsenats einwenden, dass dies erst recht gelten müsse, wenn das Gericht die vorhandene Informationslage nicht ausnutzt.

Nach der hier vertretenen Auffassung verstößt eine Bindung in jedem Fall gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz. Dies gilt sowohl bei der Möglichkeit, bei neuen Umständen das Gericht von der Bindung zu suspendieren, als auch bei der Möglichkeit, bei einem Motivirrtum von der Bindung an die Strafobergrenze zu befreien. Es bedarf deshalb keiner weiteren Stellungnahme. Jedenfalls halten sowohl der 4. Strafsenat als auch der Große Strafsenat in dem Fall des Abweichens von einer Absprache aufgrund neuer Umstände einen Hinweis für notwendig.

#### 4.1.2.4.2 Unzulässige Absprache

Der 4. Strafsenat hat eine Hinweispflicht ausdrücklich nur für den Fall neuer schwerwiegender Umstände angenommen. Es ist jedoch beim geständigen Angeklagten unabhängig davon, ob die Absprache lege artis durchgeführt wird oder unzulässig ist, ein vergleichbares Schutzbedürfnis vorhanden, da die Verteidigungsposition des Angeklagten in beiden Fällen bei Ablegung eines Geständnisses nahezu umfassend preisgegeben wird.<sup>607</sup> *Kölbel* geht dagegen davon aus, dass in solchen Verfahren ein Vertrauen nur selten strapaziert wird, da die anwaltliche Beratung sicherstellen sollte, dass er das Geständnis („geständnisförmigen Beitrag“) nur bei korrektem Verlauf der Verständigung leistet. Hiergegen spricht schon das erhebliche Eigeninteresse des Verteidigers,<sup>608</sup> der mit Staatsanwaltschaft und Richtern oftmals eine Einheit bildet.

---

<sup>602</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1442

<sup>603</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1442

<sup>604</sup> BGH NStZ 2004, 493

<sup>605</sup> wistra 1998, S. 49, 52

<sup>606</sup> NStZ 1999, 57, 60

<sup>607</sup> Heller S. 93

<sup>608</sup> S. bereits I. Kapitel C. II., S. 11f.

Der 5. Strafsenat<sup>609</sup> nimmt nunmehr eine Hinweispflicht auch bei einer unzulässigen Absprache an: Im Bezugsfall hatte das Landgericht mit dem Angeklagten eine Verständigung getroffen, bei der eine unzulässige Gesamtstrafenbildung Abspracheninhalt war, was dem Gericht erst später auffiel. Der 5. Strafsenat hat ausgeführt, dass nach Aufdeckung des Irrtums ein Hinweis an den Angeklagten erfolgen musste, damit dieser sich im Rahmen der weiteren Hauptverhandlung unter Berücksichtigung der nicht mehr einhaltbaren Zusage in Folge einer insoweit „gescheiterten Absprache“ umfassend sachgerecht verteidigen konnte. Da der Hinweis erteilt wurde, erfolgt diese Aussage in einem obiter dictum.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung für den Fall des Abweichens von der Absprache einen richterlichen Hinweis als erforderlich ansieht. Durch einen Hinweis wird das Gericht dem Grundsatz des fairen Verfahrens gerecht. Die Pflicht zur Erteilung des Hinweises resultiert aus dem Vertrauenstatbestand, den das Gericht durch seine Zusage geschaffen hat.<sup>610</sup> Der Hinweis dient dabei als Ausdruck der gerichtlichen Fürsorgepflicht dazu, ein weiteres faktisches Vertrauen und weitere vertrauensbedingte Positionen zu verhindern.<sup>611</sup> Er gewährt Überraschungsschutz.<sup>612</sup>

#### 4.1.2.4.3 Nicht zustande gekommene Absprache

Auf den ersten Blick erscheint demgemäß ein Hinweis bei einer Absprache, die gar nicht zustande gekommen ist, nicht erforderlich, denn wenn eine Absprache nicht zustande gekommen ist, dann bedarf es auch keiner Warnung, dass das in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erreicht wird.

Dennoch hat der 1. Strafsenat auch in einem Fall, in dem eine Absprache nicht zustande gekommen war, eine Hinweispflicht des Gerichts angenommen<sup>613</sup>: Nachdem die Angeklagte bereits geständig war, kam es vor Schluss der Beweisaufnahme in einer Verhandlungspause zu einem Gespräch mit dem Vorsitzenden zwischen den beiden Mitgliedern der Kammer, der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger. Der Vorsitzende erklärte, er könne sich eine Strafe von zwei Jahren ohne Bewährung bei teilweiser Verfahrenseinstellung gem. § 154 II StPO vorstellen. Die Staatsanwältin erklärte daraufhin ihr Einverständnis, dieses Urteil müsse dann jedoch sofort rechtskräftig werden. Der Verteidiger erklärte daraufhin, dass das Inaussichtstellen einer Strafmilderung gegen das Versprechen eines Rechtsmittelverzichts unwirksam sei. Der Vorsitzende äußerte sich jedoch auch dahingehend, dass das Verfahren heute endgültig erledigt werden müsse. In der Hauptverhandlung unterbreitete der Vorsitzende der Angeklagten das erörterte Angebot und führte an, dass dies voraussetze, dass das Verfahren „heute endgültig erledigt“ werde. Nach Beratung mit ihrem Verteidiger erklärte dieser, dass seine Mandantin nicht zu einer Rechtsmittelverzichts-zusage bereit sei. Woraufhin der Vorsitzende entgegnete, dass „wir dann eben weitermachen“. Verurteilt wurde die Angeklagte zu einer Gesamtstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten.

Der Senat hat das Urteil im Rechtsfolgenausspruch aufgehoben. Das Gericht hätte bei Überschreitung der in Aussicht gestellten Höhe einen Hinweis erteilen müssen, sofern eine Veränderung der strafzumessungsrelevanten Sachlage nicht erkennbar war. Die Ausführungen des Senats erstaunen. Der Senat statuiert eine Hinweispflicht bei Abweichung von einem Strafmaßangebot, das jedoch nicht zum Zustandekommen einer Absprache führte.

<sup>609</sup> Entscheidung vom 09.06.2004 5 StR 181/04 = NStZ 2005, 115

<sup>610</sup> Weider NStZ 2002, S. 174

<sup>611</sup> Meyer, Willensmängel, S. 295

<sup>612</sup> Kölbl NStZ 2002, 74, 75; Der Hinweis ist jedoch nicht dazu geeignet, das bereits entgegengebrachte Vertrauen des Angeklagten zu kompensieren vgl. Meyer, Willensmängel, S. 126

<sup>613</sup> Beschluss vom 26.09.2001 = BGH NStZ 2002, 219; den Sachverhalt schildert Weider NStZ 2002, 174f

Allein durch das Strafmaßangebot hat das Gericht daher einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Es handelte sich bei dem Strafmaßangebot zudem um ein unzulässiges Angebot<sup>614</sup>, denn Inhalt der Absprache sollte ein Rechtsmittelverzicht sein.

Die frühere Rechtsprechung ging davon aus, dass selbst eine unzulässige Absprache überhaupt kein Vertrauen begründe<sup>615</sup>. Auch mit dieser Entscheidung bezweckt der BGH einmal mehr ersichtlich den Schutz des Angeklagten.

### 4.1.3 Fazit

Die Untersuchung der Rechtsprechung zur Bindungswirkung hat gezeigt, dass die Strafsenate des Bundesgerichtshofs sichtlich bemüht waren, einer Beeinträchtigung des Schutzes des Angeklagten einen Riegel vorzuschieben. Sie reagieren insoweit auf die bis dahin herrschende Praxis, in der der Angeklagte ohne eine Verlässlichkeit der Zusage als Vorleistender schutzlos gestellt ist und zum Objekt des Verfahrens wird. Die Bindungswirkung von Absprachen ist in der Rechtsprechung mittlerweile anerkannt. Es kann dabei dem BGH nicht entgangen sein, dass die Befürworter der Absprache stets deren Zulässigkeit mit deren Unverbindlichkeit begründen. Zwar hat der Große Senat die Bindungswirkung in die Richtung relativiert, dass eine Suspendierung von der Bindung schon dann möglich sein soll, wenn relevante Umstände unberücksichtigt blieben, jedoch hat er im Ergebnis die Bindungswirkung bejaht. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz kann aber nur dann gewahrt sein, wenn bei einer Absprache auch nach dem Angebot alle Umstände berücksichtigt werden dürfen. Der 1. Senat geht sogar so weit, allein dem Angebot an den Angeklagten, auch wenn dieser es ablehnt, eine gewisse Verlässlichkeit zuzusprechen.<sup>616</sup>

Zur Begründung der Bindungswirkung und des Vertrauensschutzes recurriert die Rechtsprechung auf das Gebot des fair trial. Diesen Weg hielt *Schünemann* schon in seinem Gutachten<sup>617</sup> (für die Begründung einer Hinweispflicht) für nicht gangbar. Diese Generalklausel dürfe nicht dazu benutzt werden um gemeinsames prozessordnungswidriges Verhalten der Prozessbeteiligten mit Rechtsschutz zu versehen und damit an die Stelle der gesetzlichen Rechtsfolge angebliche Billigkeitslösungen zu setzen, durch die die Grundstruktur unseres Strafverfahrens ausgerechnet vom fair-trial-Prinzip aus den Angeln gehoben würde.

Offenkundig führt eine Bindung des Gerichts an die getroffene Absprache zu mehr Sicherheit für den Angeklagten und damit eventuell bei einem Absprachenverfahren zu einem fairen Verfahren. Dafür dürfen jedoch nicht tragende Prozessgrundsätze ausgehebelt werden. § 261 StPO ist bei strafprozessteleologischem Denken als Verbot entsprechender gerichtlicher Selbstbindungsmacht zu interpretieren.<sup>618</sup> Eine Interpretation wie sie der Bundesgerichtshof, insbesondere der 4. Strafsenat vornimmt, lässt sich mit der Struktur von § 261 StPO nicht vereinbaren. Die Auffassung, die der BGH von einem fairen Verfahren hat, kann nicht verfolgt werden, ohne gegen tragende Prozessmaxime zu verstoßen.

## 4.2 Die fehlgeschlagene Absprache

Bei zulässigen und wirksamen Absprachen nimmt die Rechtsprechung, wie bereits aufgezeigt wurde, eine Verbindlichkeit der Absprache an, so dass sich für den Angeklagten eine

---

<sup>614</sup> Schöch NJW 2004, 3462, 3463 spricht daher von einem untauglichen Versuch einer Absprache

<sup>615</sup> Vgl. nur BGHSt 36, 210

<sup>616</sup> Beschluss vom 26.09.2001 = BGH NSTZ 2002, 219

<sup>617</sup> Gutachten B 127

<sup>618</sup> Niemöller StV 1990, 34, 37; Bottke in FS Zipf 451, 455

anspruchsartige Position<sup>619</sup> ergibt. Wird der Anspruch gerechtfertigterweise nicht erfüllt, so ergibt sich aus Vertrauensschutzgedanken eine Hinweispflicht.<sup>620</sup> Im Folgenden wird gezeigt, wie die Rechtsprechung die fehlgeschlagene Absprache behandelt. Es geht dabei allein um die Kompensation der erbrachten Vorleistung. Zunächst ist jedoch der Begriff der fehlgeschlagenen Absprache zu klären und die Problematik, die sich bei einer fehlgeschlagenen Absprache ergibt, aufzuzeigen.

#### 4.2.1 Begrifflichkeiten

Der Begriff der fehlgeschlagenen oder gescheiterten Absprache wird in der Literatur nicht einheitlich verwendet. So spricht *Moldenhauer*<sup>621</sup> von einer gescheiterten Absprache, wenn es wegen einer fehlenden Einigung gar nicht zu einer Absprache kommt. Bei der fehlgeschlagenen Absprache komme es zu einer Einigung, welche jedoch mit einem Mangel behaftet sei. *Heller*<sup>622</sup> fasst unter den Oberbegriff der gescheiterten Absprache die fehlgeschlagene und die unzulässige Absprache. Unter fehlgeschlagener Absprache versteht er die Fälle des Sinneswandels eines Beteiligten, des Dissenses und des Auftretens neuer schwerwiegender Umstände.<sup>623</sup> Unzulässige Absprachen können nach der Unterteilung *Hellers* aus formellen oder materiellen Gründen entstehen. Zu den formellen Unzulässigkeitsgründen zählt er beispielsweise einen Verstoß gegen die vom BGH entwickelte „Verfahrensordnung“<sup>624</sup> wie z. B. die Nichtprotokollierung oder die Nichtbeteiligung eines Verfahrensbeteiligten,<sup>625</sup> während die Disposition über den Schuldspruch oder Rechtsfolgenvereinbarungen außerhalb des gesetzlichen Rahmens zur materiellen Unzulässigkeit führen. *Kintzi*<sup>626</sup> subsumiert auch den Widerruf eines Geständnisses nach Rechtskraft unter die „fehlgeschlagene Verständigung“. Der Widerruf ist jedoch meist die Folge davon, dass die Absprache fehlgeschlagen ist, beispielsweise aufgrund eines versteckten Dissenses, der noch vor Urteilsverkündung bemerkt wird.

Bei einem Verständigungsvorgang, bei dem der Absprechpartner bereits ein Angebot ablehnt, kommt es erst gar nicht zu einer Absprache. Es kann somit schon begrifflich nicht zu einem Fehlschlagen kommen. Es handelt sich um eine von vorneherein gescheiterte Absprache.<sup>627</sup> Beispielsweise wenn das Gericht das Ansinnen des Verteidigers, für das Ablegen eines Geständnisses eine mildere Strafe in Aussicht zu stellen, sofort ablehnt. Hierbei können jedoch keine Probleme auftreten bezüglich der erbrachten Leistung, weil eben keine Leistung erbracht wurde.<sup>628</sup> Regelmäßig wird der Angeklagte noch keine Erklärung abgegeben haben. Diese Fälle bleiben deswegen in den nachfolgenden Erörterungen ausgeklammert.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist unter einer fehlgeschlagenen Absprache die mit einem Mangel behaftete Absprache (Dissens), die unzulässige und die Absprache zu verstehen, bei der ein Beteiligter seine Zusage nicht einhält, weil sich dieser über die Vereinbarung hinwegsetzt, wenn beispielsweise das Gericht eine die abgegebene Strafmaßprognose übersteigende Strafe verhängt oder abredewidrig Beweisanträge durch den Verteidiger

---

<sup>619</sup> Vgl. Teil A.

<sup>620</sup> S. bereits A.II.1.a)

<sup>621</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 237

<sup>622</sup> Heller S. 51 ff.

<sup>623</sup> Vgl. auch Kuckein in FS Meyer-Goßner 63, 64, der zwischen Mängeln bei Vertragsschluss und Leistungsstörungen bei der Abwicklung der Absprache differenziert.

<sup>624</sup> Weigend NSTZ 1999, 57

<sup>625</sup> Heller S. 52

<sup>626</sup> Kintzi FS Hanack S. 177, 188

<sup>627</sup> Schöch NJW 2004, 3462, 3463 spricht in diesem Zusammenhang von einer versuchten Verständigung.

<sup>628</sup> Braun S.102

gestellt werden.<sup>629</sup> Hiervon zu trennen ist die Sonderkonstellation, bei der das Gericht von der Zusage aufgrund neuer Umstände zulässigerweise abweicht, die Absprache also nicht eingehalten werden muss, sondern ein Dispens von der Verbindlichkeit eintritt.<sup>630</sup> Beispielsweise werden erhebliche Vorstrafen des Angeklagten bekannt, die bislang unbekannt waren.

#### 4.2.2 Problematik

Die so genannte fehlgeschlagene Absprache stellt ein Sonderproblem<sup>631</sup> dar, das zu Beginn der Absprachenproblematik recht stiefmütterlich<sup>632</sup> behandelt wurde.

Absprachen können aus verschiedenen Gründen fehlschlagen. So kann es zu einem Vereinbarungsbruch<sup>633</sup> kommen. Beispielsweise legt der Angeklagte entgegen seiner Zusage ein Geständnis nicht ab. Wird die Vereinbarung seitens der Staatsorgane gebrochen, so führt dies, wenn man mit dem 4. Strafsenat von einer Bindungswirkung der Absprache ausgeht dazu, dass die zugesagte Strafobergrenze vom Angeklagten erfolgreich geltend gemacht werden kann. Der bloße gerichtliche Sinneswandel lässt die Absprache folglich nicht mehr scheitern.<sup>634</sup> Für den Angeklagten besteht von vorneherein keine Verpflichtung, das Geständnis abgeben zu müssen. Dies ergibt sich bereits aus dem nemo-tenetur-Grundsatz. Hieran ändert auch nichts, dass der Angeklagte sich zuvor zur Ablegung des Geständnisses selbst verpflichtet hat.<sup>635</sup> Bei dieser Konstellation stellen sich demnach hinsichtlich einer Rückabwicklung keine Probleme.

Probleme stellen sich jedoch dort, wo eine Absprache wegen des konsensualen Moments fehlschlägt oder die Absprache unzulässig ist, was sich noch innerhalb der Hauptverhandlung herausstellt. Denn regelmäßig wird der Angeklagte seine Leistung zu diesem Zeitpunkt bereits erbracht haben, so dass sich die Frage nach den sekundären Rechtsfolgen<sup>636</sup> stellt, insbesondere wie die Vorleistung des Angeklagten bei einer fehlgeschlagenen Absprache kompensiert wird. Bereits angesprochen wurde, dass der rechtliche Hinweis in den Fällen von Vertrauensschutzkonstellationen nur bedingt zur Kompensation geeignet ist. So ist der Hinweis nicht dazu geeignet, das entgegengebrachte -in diesem Fall fehlinvestierte - Vertrauen des Angeklagten, das sich in seiner Geständnisablegung manifestiert, auszugleichen.<sup>637</sup> Der Hinweis dient vielmehr dazu, vor zukünftigen Änderungen zu warnen<sup>638</sup>, und gibt dem Angeklagten die Möglichkeit, sein Verteidigungsverhalten auf die neue Situation einzustellen<sup>639</sup>. Der rechtliche Hinweis wird jedoch der Tatsache nicht gerecht, dass der Angeklagte beim „Prototyp“ der Absprache, die ein Geständnis beinhaltet, seine Leistung bereits erbracht und damit die „größte Verhandlungsmasse“ bereits aus der Hand gegeben hat.

Keine Schwierigkeiten ergeben sich bei der „Rückabwicklung“ von Absprachen, die Prozesshandlungen zum Inhalt haben.<sup>640</sup> Denn viele Prozesshandlungen sind widerruflich,

---

<sup>629</sup> Beispiele bei Gerlach, S. 163

<sup>630</sup> Kölbl bezeichnet dies als einen „Fall der Bindungsausnahme“, NStZ 2003, 232, 233

<sup>631</sup> Zur Problematik Müller, S. 136ff.

<sup>632</sup> Gerlach S. 125

<sup>633</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 159

<sup>634</sup> So auch Kölbl NStZ 2003, 232, 233

<sup>635</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 142

<sup>636</sup> auch Heller S. 61ff. unterteilt in Primärrechtsfolgen und sekundäre Rechtsfolgen, vgl. zudem Beulke/Satzger Jus 1997, 1073 Es geht nicht um die Konstellation, in der die Beteiligten eine Absprache getroffen haben und sich ein Beteiligter nicht an diese Absprache hält.

<sup>637</sup> Heller S. 93

<sup>638</sup> Kölbl, NStZ 2002, 74, 77

<sup>639</sup> Janke S. 200

<sup>640</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 240

abänderbar oder wiederholbar. So kann ein Beweisantrag, der zurückgenommen wurde (oder hinsichtlich dessen zugesagt wurde, diesen nicht zu stellen), jederzeit wieder gestellt werden. Solche Prozesshandlungen als Abspracheinhalt sind jedoch nicht sehr häufig. Den Standardfall bildet vielmehr die Absprache, bei der ein Geständnis im Gegenzug für eine Strafmilderung zum Inhalt gemacht wird.

Auch beim Geständnis ist zunächst daran zu denken, dass die Einlassung des Angeklagten einfach widerrufen wird. Dies ist zwar möglich, jedoch führt dies nicht zu einer Korrektur der Folgen.<sup>641</sup> Das Geständnis bleibt als Beweismittel verwertbar<sup>642</sup>. Wurde das Geständnis bereits aufgrund einer Absprache im Ermittlungsverfahren vor dem Ermittlungsrichter abgegeben, so bleibt die Möglichkeit der indirekten Verwertung über § 254 StPO. Die Gerichte erachten das ursprüngliche Geständnis auch meist für glaubhaft<sup>643</sup>, so dass durch den Widerruf keine Korrektur des Informationsgleichgewichts herbeigeführt werden kann. Widerruft der Angeklagte sein Geständnis, so kann es immer noch Grundlage für die Verurteilung werden, auch wenn dabei zu berücksichtigen ist, dass das Geständnis im Rahmen einer Absprache erfolgte.<sup>644</sup> Das Geständnis befindet sich im Raum.<sup>645</sup>

Daher stellt sich die Frage, was mit dem erbrachten Geständnis passiert, ob und wie diese Leistung des Angeklagten einer Rückabwicklung zugänglich ist. Für eine Kompensation sind auf dieser Ebene verschiedene Rechtsfolgen denkbar. Aufgezeigt werden dabei nur diejenigen Möglichkeiten, die auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine Rolle für die Kompensation der Fehlinvestition spielen.<sup>646</sup> Die Strafprozessordnung bietet eine Vielzahl an Kompensationsmöglichkeiten.<sup>647</sup>

### 4.2.3 Kompensationsmöglichkeiten

Im Folgenden wird aufgezeigt, welche Kompensationsmöglichkeiten in der Rechtsprechung erörtert werden.

#### 4.2.3.1 Prozesshindernis/Verfahrenshindernis, §§ 206a Abs. 1, 260 Abs. 3, 304 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, § 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO

Eine denkbare Kompensationsmöglichkeit zur Rückabwicklung fehlgeschlagener Absprachen ist die Annahme eines Verfahrenshindernisses.

Ein Verfahrenshindernis ist die „radikalste Lösung“<sup>648</sup> zur Problematik der Rückabwicklung fehlgeschlagener Absprachen. Es führt dazu, dass das Verfahren durch Urteil eingestellt wird.<sup>649</sup> Die Umstände müssen deshalb so schwerwiegend sein, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängt.<sup>650</sup> Durch das nicht zurücknehmbare Geständnis müsste eine Störung des Gleichgewichts der-

---

<sup>641</sup> Heller, S. 100

<sup>642</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht § 15 Rn. 19

<sup>643</sup> Kölbl NStZ 2003, 232

<sup>644</sup> Kuckein, FS Meyer-Goßner, S. 63, 71

<sup>645</sup> Der Widerruf, der auch auf seine Glaubwürdigkeit zu prüfen ist, stellt dabei in Wahrheit eine zweite Aussage dar, vgl. Grunst, Prozesshandlungen, S. 237

<sup>646</sup> Heller zeigt darüber hinaus die Möglichkeit der zivilrechtlichen Rückabwicklung auf, so z. B. die Anfechtung des Geständnisses gem. §§ 119ff BGB oder die Rückabwicklung nach §§ 812ff. BGB, vgl. Verständigung S. 101ff.

<sup>647</sup> Vgl. hierzu Beulke/Satzger JuS 1997, 1072, 1074ff

<sup>648</sup> Weigend, BGH-FG 1011, 1037

<sup>649</sup> Schmehl/Vollmer, S. 148

<sup>650</sup> Meyer-Goßner Einl. Rn. 143

art eintreten, dass ein faires Verfahren unter keinen Umständen mehr denkbar ist.<sup>651</sup> Gesetzliche Prozesshindernisse sind die absolute Strafunmündigkeit (§ 19 StGB) oder die Verfolgungsverjährung (§ 78 I 1 StGB). Schwerwiegende Verfahrensmängel können ebenso zu einem Prozesshindernis führen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn sie nach dem Willen des Gesetzgebers so schwer wiegen, dass von ihrem Vorliegen die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muss.<sup>652</sup>

Ein Verfahrenshindernis wurde von der Rechtsprechung bei überlanger Verfahrensdauer<sup>653</sup> oder bei übermäßiger Tatprovokation durch einen *agent provocateur*<sup>654</sup> bejaht. Das nicht zurücknehmbare Geständnis stört zwar das Gleichgewicht zwischen den Beteiligten, denn der Angeklagte hat seine Verteidigungsposition um ein wesentliches Element vermindert, doch ist die Störung dieses Gleichgewichts nicht so massiv, dass das Verfahren nicht mehr auf faire Weise durchführbar ist. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil für den Ausgleich und die Wiederherstellung des Gleichgewichts andere Kompensationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Würde man aufgrund der fehlgeschlagenen Absprache das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses einstellen und nicht auf anderer Stufe nach Kompensationsmöglichkeiten suchen, käme es zu einer Überkompensation.<sup>655</sup>

Auch die Gesetzssystematik spricht gegen ein Verfahrenshindernis im Fall einer fehlgeschlagenen Verständigung:<sup>656</sup> Täuscht das Gericht den Angeklagten bewusst über die Gegenleistung so kommt nach § 136a Abs. 3 S. 2 StPO lediglich ein Verwertungsverbot nicht jedoch ein Verfahrenshindernis in Betracht.<sup>657</sup> Bei einem Dissens könnte man von einer fahrlässigen Irreführung ausgehen, die dann erst recht nicht zu einem Verfahrenshindernis führen dürfte.

Die Rechtsprechung hat die Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses verworfen: In der Entscheidung vom 18.04.1990 ging es um eine Zusage der Staatsanwaltschaft, eine bestimmte Tat nicht zu verfolgen, wenn der Beschuldigte sein Rechtsmittel unter Hinnahme einer empfindlichen Strafe in einer anderen Sache zurücknimmt. Der Angeklagte nahm nach diesem Angebot sein Rechtsmittel zurück, so dass der Strafbefehl rechtskräftig wurde. Der Nachfolger des zum Zeitpunkt der Zusage sachbearbeitenden Staatsanwalts hielt sich jedoch nicht an die Zusage. Der 3. Strafsenat lehnte die Annahme eines Verfahrenshindernisses für diesen Fall ab.<sup>658</sup> Aus dem Rechtsstaatsprinzip lasse sich kein Verfahrenshindernis herleiten. Wegen der Weite und Unbestimmtheit dieses Prinzips sei es aus Gründen der Rechtssicherheit ausgeschlossen, ohne gesetzliche Regelung ein Verfahrenshindernis anzunehmen, wenn ein bestimmtes Vorkommnis als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und den daraus herzuleitenden Anspruch auf ein faires Verfahren bewertet werden kann.<sup>659</sup> Die Nichteinhaltung der Zusage sei jedoch „ganz maßgeblich bei der Strafzumessung für diese dennoch angeklagte Straftat zu berücksichtigen“.<sup>660</sup>

Die Entscheidung erging jedoch weit vor der Grundsatzentscheidung BGH St 43, 195. Es ist nicht auszuschließen, dass der 3. Strafsenat, der bei seinen Entscheidungen häufig den Schutz des Angeklagten im Blick hat, mittlerweile ein Verfahrenshindernis annehmen

<sup>651</sup> Weigend BGH-FG 1011, 1037

<sup>652</sup> BGHSt 15, 287, 290; BGH St 35, 137, 140

<sup>653</sup> BGH St 24, 239

<sup>654</sup> BGH St 32, 345

<sup>655</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 112

<sup>656</sup> Heller S. 98; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 242

<sup>657</sup> Beulke/Satzger JuS 1997, 1072, 1074

<sup>658</sup> BGHSt 37, 10

<sup>659</sup> BGHSt 37, 10, 13

<sup>660</sup> BGHSt 37, 10, 14

würde.<sup>661</sup> Insbesondere geht die Rechtsprechung in der Zwischenzeit auch von einer Bindung an die getroffene Absprache aus.<sup>662</sup> Die Problematik, die sich dann in diesem Fall stellen würde, ist die der Reichweite der Bindungswirkung, denn die Zusage bezog sich auf ein anderes Verfahren.<sup>663</sup>

Nimmt man ein Verfahrenshindernis an, so bedeutet dies, dass die Wirkung der Absprache so weit reicht, dass auch Dritte (hier der neue staatsanwaltliche Sachbearbeiter) von der Verständigung der Beteiligten betroffen sind. Ein Verfahrenshindernis anzunehmen, wäre in der vorliegenden Konstellation dennoch sachgerecht. Es handelt sich um „vorsätzlichen“ Vertragsbruch seitens der Strafverfolgungsorgane. Diesen Sinneswandel innerhalb der Staatsbehörde dem Risikobereich des Angeklagten aufzubürden und lediglich eine Strafmilderung vorzunehmen, ist unbillig und widerspricht dem Grundsatz des fairen Verfahrens.<sup>664</sup> Der Vertragsbruch fand bei der Staatsanwaltschaft als beteiligtem staatlichen Strafverfolgungsorgan statt. Es ist folglich sachgerecht, dass Risiko der fehlgeschlagenen Absprache und die Konsequenz der Nichtverfolgung bei einem Verfahrenshindernis dieser aufzubürden. Die Strafmilderung führt nicht zu einer angemessenen Kompensation beim Angeklagten, der sich auf die Zusage der Staatsanwaltschaft verlassen hat.<sup>665</sup> Der Auffassung des 3. Strafsenats, in der vorliegenden Konstellation ein Verfahrenshindernis abzulehnen, kann damit nicht gefolgt werden.

Zu beachten ist jedoch die Besonderheit der der Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation. Es war gewissermaßen ein Verfahrenshindernis gegen Rechtsmittelzurücknahme (in einer anderen Sache) zugesagt worden. Es ging nicht um die Kompensation eines fehlinvestierten Geständnisses. Bei dieser häufiger vorkommenden Fallkonstellation käme es, wie bereits vorstehend ausgeführt, zu einer Überkompensation, wenn das Verfahren unter Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht mehr durchgeführt werden würde. Da in dieser besonderen Konstellation die Erfüllung der Absprache in einem Verfahrenshindernis bestanden hätte - mit dem Ergebnis der Nichtverfolgung für den Angeklagten -, kann aus dieser Entscheidung kein allgemeiner Schluss hinsichtlich der Annahme eines Verfahrenshindernisses bei einer fehlgeschlagenen Absprache geschlossen werden. Der 5. Strafsenat hat jedoch in dem Fall des verdeckten Dissenses ebenfalls ein Prozesshindernis abgelehnt.<sup>666</sup>

#### 4.2.3.2 Beweisverwertungsverbot

Als weniger radikale Lösung zur Kompensation bei einer fehlgeschlagenen Absprache kommt die Annahme eines Beweisverwertungsverbots in Betracht.

Beweisverwertungsverbote führen dazu, dass die ermittelten Tatsachen nicht zum Gegenstand der Beweiswürdigung und Urteilsfindung gemacht werden dürfen.<sup>667</sup> Die Beweisverwertungsverbote beruhen auf der Annahme, dass die Wahrheitsermittlung in einem Straf-

---

<sup>661</sup> S. auch Kuckein FS Meyer-Goßner, S. 63,67, der davon ausgeht, dass durch die Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats die Rechte des Angeklagten wesentlich gestärkt wurden und dass die Rechtsprechung zur Verwertbarkeit des Geständnisses „neu überdacht“ werden müsse.

<sup>662</sup> S. dieses Kapitel Teil A.II.2.

<sup>663</sup> Nicht problematisiert wurde bei dieser Entscheidung die Verknüpfung von Rechtsmittelrücknahme und der Einstellung gem. § 154 StPO.

<sup>664</sup> Für ein Verfahrenshindernis in dieser Konstellation auch Heller, S. 98

<sup>665</sup> Denkbar zur Herstellung des status quo ante wäre es auch, dem Angeklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren und ihm somit das Rechtsmittel in dem Verfahren, in dem die Absprache getroffen wurde zurückzugeben. Die Problematik der Reichweite der Bindungswirkung stellt sich dann nicht.

<sup>666</sup> Urteil vom 17.07.1996 – 5 StR 121/96 = BGHSt 42, 191 = NJW 1996, 3018

<sup>667</sup> Meyer-Goßner Einl. Rn.55

verfahren nicht um jeden Preis verfolgt werden darf.<sup>668</sup> Das bedeutet, dass, wenn eine Straftat nur mit rechtsstaatlich nicht hinnehmbaren Mitteln aufgeklärt werden kann, sie ungestraft zu bleiben hat.<sup>669</sup> Gesetzliche Beweisverwertungsverbote sind in §§ 136a III S. 2, 81c III 5, 98 b III 3, 100b V, 100d II und § 110e StPO geregelt.

Die „Lehre vom informationellen Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsanspruch“ sieht Verwertungsverbote als Mittel an, das dazu dient eine rechtswidrige Informationslage zu beseitigen.<sup>670</sup> Dem Angeklagten, der im Hinblick auf eine Absprache ein Geständnis abgelegt hat, könnte nun als sekundär sichernde Möglichkeit ein Beweisverwertungsverbot zugute kommen.

#### 4.2.3.2.1 Die Rechtsprechung

Bereits früh und lange vor Ergehen der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats hatte sich der 2. Strafsenat mit der Frage der Verwertbarkeit eines Geständnisses im Rahmen einer unzulässigen Absprache zu befassen.

##### 4.2.3.2.1.1 Zweiter Strafsenat

Der 2. Strafsenat hatte in seiner Entscheidung vom 30.10.1991<sup>671</sup> entschieden, dass ein Verwertungsverbot nicht in Betracht komme. Das geltende Recht lasse einen Ausschluss des Risikos (gemeint ist wohl das Risiko der Vorleistung des Angeklagten) nicht zu. Im zu entscheidenden Fall war die Staatsanwaltschaft nicht an der Absprache beteiligt worden, so dass dieser Fall in die Kategorie der unzulässigen Absprachen einzuordnen ist.

##### 4.2.3.2.1.2 Erster Strafsenat

Der 1. Strafsenat verneinte ein Verwertungsverbot im folgenden Fall<sup>672</sup>: Im Rahmen der Verständigungsgespräche vor der Hauptverhandlung habe der Vorsitzende nach Angaben des Verteidigers gesagt, „er gehe von einer Strafe von 8 Jahren aus, die sich im Fall eines Geständnisses demgemäß auf 4 Jahre reduziere“. Der Verteidiger verstand dies so, dass sich diese Aussage auf den konkreten Fall bezog und für diesen eine Größenordnung beschrieb. Der Vorsitzende gab in seiner Erklärung jedoch an, er habe gesagt, dies könne eben 4 statt 8 Jahre bedeuten, er habe jedoch nur die Kammerrechtsprechung beispielhaft veranschaulichen wollen. Der Vorsitzende hatte dem Angeklagten erklärt, dass bei einem voll geständigen Angeklagten das Strafmaß sich auf die Hälfte reduziere. Der Verteidiger hatte dem Angeklagten in der Verhandlungspause erläutert, dies bedeute, dass er im Falle eines Geständnisses mit 4 Jahren Freiheitsstrafe, andernfalls mit 8 Jahren Freiheitsstrafe zu rechnen habe. Daraufhin legte der Angeklagte, der zuvor nicht geständig war, ein Geständnis ab. Verurteilt wurde der Angeklagte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Jahren. Der Absprache lag ein versteckter Dissens zugrunde.

Der 1. Strafsenat stellt fest, dass sich aus alledem kein den Angeklagten benachteiligender Verfahrensverstöß ergebe. Gegen die Verwertung des Geständnisses bestünden keine Bedenken. Der Senat macht deutlich, dass er ein Verwertungsverbot nur unter den Voraussetzungen des § 136a StPO annimmt. Soweit die Revision vorträgt, die beim Gespräch zuge-

<sup>668</sup> Beulke/Satzger JuS 1997,1072, 1074

<sup>669</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 1

<sup>670</sup> Damit setzt sich Störmer, Verwertungsverbote, S. 207 eingehend auseinander.

<sup>671</sup> BGHSt 38,102

<sup>672</sup> 1. Strafsenat vom 13.05.1997 = 1 StR 12/97 = NStZ 1997, 561

sagte Strafobergrenze sei überschritten worden, sei der Vortrag schon nicht bewiesen, weil die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden entgegenstehe. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Angeklagte darauf vertraut habe, außerhalb der Hauptverhandlung könne der Vorsitzende die Höhe der Strafe verbindlich festlegen, sei dieser Vertrauenstatbestand nach dem Hinweis des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, eine Äußerung, dass dem Angeklagten eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren zugesagt habe, sei nicht gefallen, wieder entfallen. Der Senat nimmt mithin bei einem verdeckten Dissens kein Verwertungsverbot an.

#### 4.2.3.2.1.3 Fünfter Strafsenat

Der Entscheidung des 5. Strafsenats vom 17.07.1996<sup>673</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Angeklagten hatten einen Raubüberfall begangen und waren vom Landgericht jeweils zu einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren verurteilt worden. Gegen dieses Urteil legten die Angeklagten Revision ein. Anlass war folgender prozessualer Sachverhalt: Am 5. Tag der Hauptverhandlung kam es zu einem Gespräch zwischen dem Strafkammervorsitzenden, der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft und den Verteidigern. Ergebnis des Gesprächs war aus Sicht des Vorsitzenden und den Verteidigern, dass bei Abgabe eines Geständnisses für die Angeklagten mit einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren zu rechnen war und weitere gegen sie geführte Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts anderer Raubüberfälle nach § 154a StPO eingestellt werden würden. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft wollte die Erörterungen jedoch nur auf Straftaten bezogen wissen, die Gegenstand des gegenwärtigen Verfahrens waren. Dieser Umstand wurde nach Ablegung der Geständnisse offenbar. Die Strafkammer hat daraufhin die Geständnisse der Angeklagten nicht verwertet.

Ein Prozesshindernis aufgrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, das zu einer Verfahrenseinstellung führen müsse, hat der 5. Senat verneint.

Zu einem Verwertungsverbot führt er aus: „Durch die Nichtverwertung der Geständnisse mag die Strafkammer den Grundsätzen des fairen Verfahrens entsprochen haben.“<sup>674</sup> Weiter unten führt er jedoch aus: „...auch wenn die Geständnisse zu ihrem Nachteil nicht verwertet werden durften“<sup>675</sup> Es lässt sich aus dieser Entscheidung daher nicht klar entnehmen, ob der 5. Senat ein Verwertungsverbot des Geständnisse bei einer fehlgeschlagenen Absprache annimmt.<sup>676</sup>

Aufschluss über die Frage eines Beweisverwertungsverbots bei einer unzulässigen Absprache, gibt jedoch eine neuere Entscheidung des 5. Strafsenats:<sup>677</sup> In dieser Entscheidung hat der 5. Strafsenat explizit Stellung zur Verwertbarkeit des Geständnisses im Rahmen einer fehlgeschlagenen Absprache genommen. Hintergrund der Entscheidung war ein offener Dissens zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft. Die Staatsanwaltschaft hatte mit der Begründung Revision eingelegt, das Gericht habe das Urteil auf eine unzulässige Zusage und nicht auf den Inbegriff der Hauptverhandlung gestützt, den Inhalt von Vorgesprächen nicht in die Hauptverhandlung eingeführt und das Urteil auf Verfahrensvorgänge gestützt, die ihren Ausgang in zwei Haftprüfungen vor der Strafkammer nahmen, ohne den Inhalt der mündlichen Verhandlungen und die als Ergebnis der zweiten Haftprüfung ergangene Entscheidung vollständig mitzuteilen. Der 5. Senat hielt die Verfahrensrügen für unzulässig, nahm jedoch ausdrücklich zur Verwertung des abgegebenen Geständnisses in einem

<sup>673</sup> BGHSt 42, 191

<sup>674</sup> BGHSt 42,191,193

<sup>675</sup> BGHSt 42,191,195

<sup>676</sup> Es kam daher auch zu unterschiedlichen Interpretationen des Urteils: einerseits Herrmann JuS 1999, 1162, 1116 andererseits Kuckein in FS Meyer-Goßner 63, 66

<sup>677</sup> BGH NSStZ 2003, 563

obiter dictum Stellung: Hiernach begründe die Absprache „ohne Kenntnis des Staatsanwalts oder gegen dessen Willen“ kein Verwertungsverbot. Die Beteiligung der Staatsanwaltschaft stellt jedoch nach der vom 4. Strafsenat aufgestellten Verfahrensordnung<sup>678</sup> gerade eine Zulässigkeitsvoraussetzung dar. Danach ist eine Absprache ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft unzulässig. Der Entscheidung des 5. Strafsenats lässt sich somit entnehmen, dass eine unzulässige Absprache insbesondere aufgrund der Nichtbeteiligung der Staatsanwaltschaft, nicht zu einem Verwertungsverbot führen soll.

#### 4.2.3.2.1.4 Vierter Strafsenat

In seiner Entscheidung vom 16.09.2004<sup>679</sup> hielt der 4. Strafsenat ein Geständnis für unverwertbar. Im zugrundeliegenden Sachverhalt wurde während der Beweisaufnahme die Hauptverhandlung mehrfach unterbrochen. Der Verteidiger wollte während des Verfahrens einen Antrag auf Vernehmung eines in der Dominikanischen Republik lebenden Ehepaares beantragen. Der Vorsitzende äußerte daraufhin an den Verteidiger gerichtet, dass durch diese Vernehmung im Ergebnis nichts zugunsten des Angeklagten zu erwarten sei und im Falle einer Aussetzung des Verfahrens vom Gericht die Außervollzugsetzung des Haftbefehls "überdacht" werden müsse; denn der Angeklagte müsse nach der Einschätzung des Gerichts "klar erkannt haben (...), dass seine Behauptungen widerlegt und bei einer Aussetzung bei vernünftiger Betrachtungsweise kein anderes Beweisergebnis zu erwarten sei, so dass damit die Fluchtgefahr des Angeklagten, der über umfangreiche Auslandskontakte ... (verfüge), in einem anderen Licht betrachtet werden müsse". Wenn der Angeklagte allerdings keinen Beweisantrag stelle, sondern ein Geständnis ablege, würde sich das Gericht mit einer Strafe von zwei Jahren und neun Monaten "zufrieden geben".<sup>680</sup> Der Angeklagte ließ daraufhin von seinem Verteidiger erklären, dass die Anklagevorwürfe „im wesentlichen“ zugegeben werden sollen.

Der 4. Strafsenat hielt im vorliegenden Fall das Geständnis für unverwertbar. Die Androhung von Haft zur Herbeiführung eines Geständnisses sei rechtsstaatlich nicht hinnehmbar. Das Geständnis sei folglich gem. § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO nicht verwertbar. Das Geständnis sah der 4. Senat also aufgrund der Drohung als nicht verwertbar an. Es handelt sich um einen Fall der unzulässigen Absprache. Fraglich ist, ob in diesem Zusammenhang überhaupt von einer Absprache auszugehen ist. Diese ist von einer einvernehmlichen Verständigung geprägt. Wird nun das Geständnis durch eine Drohung hervorgerufen, so fehlt dieses Element.

Der Entscheidung lässt sich lediglich entnehmen, dass der 4. Strafsenat ein Verwertungsverbot jedenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 136a StPO annimmt, sie lässt jedoch nicht unbedingt Schlüsse auf die Frage der Kompensation der Vorleistung bei einer fehlgeschlagenen Absprache zu. Dies stellt die erste Entscheidung des Bundesgerichtshofs dar, in der § 136a StPO auf das Verhalten einer Großen Strafkammer angewendet wurde.<sup>681</sup>

#### 4.2.3.2.1.5 Zwischenergebnis

Die Analyse der Rechtsprechung hat gezeigt, dass nahezu sämtliche Strafsenate ein Verwertungsverbot verneinen. Lediglich der 5. Strafsenat hat ein Verwertungsverbot gebilligt, hat jedoch in seiner neueren Entscheidung, die nach der Grundsatzentscheidung des 4.

<sup>678</sup> BGH St 43, 195

<sup>679</sup> BGH 4 StR 84/04

<sup>680</sup> BGH 4 StR 84/04

<sup>681</sup> Widmaier in NJW 2005, 1985

Strafsenats erging, darauf hingewiesen, dass das Geständnis bei einer unzulässigen Absprache verwertbar bleibt. Auch der 5. Strafsenat geht somit mittlerweile davon aus, dass bei einer fehlgeschlagenen Absprache kein Verwertungsverbot eingreift. Der 4. Strafsenat hat ein Verwertungsverbot bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen von § 136a StPO angenommen. Die Rechtsprechung verneint ein Verwertungsverbot sowohl bei der unzulässigen Absprache als auch bei der fehlgeschlagenen Absprache aufgrund eines Dissenses.

Es ist aber zu prüfen, ob es wirklich sachgerecht ist, das Geständnis in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zu verwerten. Dies ist bereits dann nicht der Fall, wenn ein gesetzliches Verwertungsverbot eingreifen würde und die Rechtsprechung dennoch zu einer Verwertung kommt.

#### 4.2.3.2.2 Bewertung

Die Folgen einer fehlgeschlagenen Absprache können aufgrund der unterschiedlichen Konstellationen nicht von vorneherein einheitlich bewertet werden. Bei der weiteren Erörterung sind die von den Senaten entschiedenen Fallkonstellationen zu unterscheiden, um zu prüfen, ob die Verneinung eines Beweisverwertungsverbots in der jeweiligen Fallkonstellation angebracht ist.

In der Konstellation des vom 4. Strafsenat entschiedenen Fall<sup>682</sup> wurde ein Verwertungsverbot bejaht, da das Geständnis unter Drohung mit der Invollzugsetzung des Haftbefehls zustande kam. Es liegt insofern ein Fall des § 136 a Abs. 3 S. 2 StPO vor. Da in dem dem 4. Senat vorliegenden Fall ohne weiteres eine Drohung zu sehen war, kann an dieser Stelle unproblematisch ein gesetzliches Beweisverwertungsverbot angenommen werden. Zu klären bleiben jedoch die anderen Konstellationen in denen die Rechtsprechung ein Beweisverwertungsverbot verneint.

##### 4.2.3.2.2.1 Beweisverwertungsverbot bei unzulässiger Absprache wegen Verstoßes gegen § 136a StPO

Der 2. Strafsenat verneint ein Verwertungsverbot im Fall der Unzulässigkeit der Absprache.<sup>683</sup> Die Fälle der unzulässigen Absprache, in denen der BGH ein Verwertungsverbot verneint hat, betrafen jeweils die Konstellationen, in denen die Staatsanwaltschaft nicht beteiligt wurde.

Es könnte jedoch ein gesetzliches Verwertungsverbot greifen, so dass entgegen der Rechtsprechung ein Geständnis unverwertbar wäre. Ein solches kann sich aus § 136a StPO ergeben.

##### 4.2.3.2.2.1.1 Drohung, § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 1 StPO

Nach der hier vertretenen Auffassung wird nicht bereits in jedem Ansinnen einer Absprache eine Drohung mit einer Strafschärfung im Fall der Verweigerung des Eingehens auf die Absprache gesehen.<sup>684</sup> Das Gericht kann daher ohne Verstoß gegen § 136a StPO auf die Möglichkeit einer Prozessverkürzung durch Verständigung hinweisen.<sup>685</sup> Ein gesetzliches Verwertungsverbot in der Alternative der Drohung ist demgemäß nur dann anzunehmen, wenn das Gericht ausdrücklich anspricht, bei einer Verweigerung werde der Ange-

<sup>682</sup> BGH 4 StR 84/04, vgl. oben S. 147f.

<sup>683</sup> BGHSt 38, 102, vgl. oben S. 143

<sup>684</sup> Vgl. bereits oben 2. Kapitel B I. 3. b) bb) (2.)

<sup>685</sup> Kuckein, FS Meyer-Goßner 63, 70

klage härter bestraft oder ausdrücklich mit sonstigen Konsequenzen wie im Fall des 4. Strafsenats mit einer Invollzugsetzung des Haftbefehls droht.

#### 4.2.3.2.2.1.2 Täuschung, § 136a Abs. 1 S. 1 Alt. 6 StPO

*Kuckein*<sup>686</sup> bejaht ein Verwertungsverbot aus § 136 a StPO in der Täuschungsvariante bei einer aus formellen oder inhaltlichen Gründen unzulässigen Absprache. Da das Gericht die Unzulässigkeit der Absprache kenne, der Angeklagte diese Kenntnis jedoch nicht habe, werde er im Sinne des § 136a StPO getäuscht.<sup>687</sup>

In der Situation der unzulässigen Absprache könnte eine bewusste Lüge zu sehen sein. Das Gericht wird regelmäßig wissen, welche Kautelen bei einer Absprache einzuhalten sind, beispielsweise, dass die Staatsanwaltschaft zu beteiligen ist.<sup>688</sup> Die Entscheidung des 4. Strafsenats BGH St 43, 195 gehört mittlerweile zum „juristischen Grundwissen“<sup>689</sup>. Zumindest muss das Gericht die Voraussetzungen kennen, unter denen eine Absprache zulässig ist, so dass es bei einer unzulässigen Zusage zumindest „grob fahrlässig“ handelt. Denn das Gericht hat sich in diesem Fall sorgfaltswidrig nicht mit den Richtlinien der Rechtsprechung zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen befasst.<sup>690</sup>

Es ist jedoch umstritten, ob fahrlässiges Verhalten auch den Tatbestand des § 136a StPO erfüllt. Dies kann jedoch dahinstehen, wenn im Fall einer unzulässigen Absprache das Versprechen eines nicht vorgesehenen Vorteils vorliegen wird und sich bereits daraus ein gesetzliches Verwertungsverbot gem. § 136a StPO ergibt.

#### 4.2.3.2.2.1.3 Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils, § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 1 StPO

Wird dem Angeklagten eine inhaltlich unzulässige Zusage gegeben, z. B. eine schuldunangemessene Strafe oder Rechtsfolgen, die nicht in den Kompetenzbereich des Gerichts fallen, zugesagt, so wird ihm ein Vorteil in Aussicht gestellt. Da der Absprache mittlerweile Bindungswirkung zukommt, handelt es sich um ein Versprechen. Bei der Variante des Versprechens eines nicht vorgesehenen Vorteils ist richtigerweise darauf abzustellen, ob der Vorteil grundsätzlich nicht gewährt oder im konkreten Fall nicht gewährt werden darf.<sup>691</sup> Wird daher ein unzulässiger Inhalt versprochen, so stellt dies das Versprechen eines nicht vorgesehenen Vorteils dar, § 136a I S. 2, 2. Alt. StPO.<sup>692</sup> Dies gilt auch dann, wenn für den Angeklagten faktisch Vergünstigungen entstehen.<sup>693</sup> Darüber hinaus kann (wenn Fahrlässigkeit hinsichtlich der Täuschung als ausreichend erachtet wird) eine Täuschung i.S.d. § 136a Abs. 1 S. 1 Alt. 6 StPO vorliegen. In jedem Fall ist jedoch bei einer unzulässigen Absprache ein gesetzliches Verwertungsverbot für das Geständnis anzunehmen, so dass der BGH zu Unrecht zu einer Verwertbarkeit des Geständnisses kommt.

<sup>686</sup> FS Meyer-Goßner 63, 70

<sup>687</sup> Eine Rolle bei der Absprachenproblematik spielt § 136a StPO auch dann, wenn das Gericht beispielsweise eine Strafmilderung ankündigt, jedoch gar nicht vorhat, diese zu gewähren, vgl. auch Braun S. 69 sowie Bogner S. 84

<sup>688</sup> Es zeigt sich, dass bei der Absprachenproblematik § 136a StPO in der Täuschungsvariante eine neue Bedeutung gewinnt a.A. Bogner, Absprachen, S. 84 und Moldenhauer S. 160, die einen geringen Anwendungsbereich annehmen.

<sup>689</sup> Kuckein FS Meyer-Goßner 63, 70 Fn. 48

<sup>690</sup> Heller, 110

<sup>691</sup> Vgl. bereits oben 2. Kapitel B.I.3.b)cc)

<sup>692</sup> So auch Heller S. 118

<sup>693</sup> Kuckein FS Meyer-Goßner S. 63, 71

#### 4.2.3.2.2.2 Beweisverwertungsverbot bei verdecktem Dissens

Anders könnte dies jedoch bei einem (versteckten) Dissens sein. Die Versprechensvariante steht dabei nicht im Vordergrund, weil es sich um Vereinbarungen handelt, bei denen eine Uneinigkeit beispielsweise über den Umfang oder das Maß der Strafmilderung besteht. Bei dieser Konstellation wissen die Beteiligten folglich nicht, dass die Absprache nicht oder nicht mit dem angenommenen Inhalt zustande gekommen ist. Es kann somit auch keine vorsätzliche Täuschung vorliegen. Ein gesetzliches Verwertungsverbot scheint nicht in Betracht zu kommen. Nach der Rechtsprechung soll auch bei einem Dissens das Geständnis verwertbar sein. In der Literatur wird hingegen überwiegend die Annahme eines Beweisverwertungsverbots vertreten.<sup>694</sup>

##### 4.2.3.2.2.2.1 Herleitung aus dem fair-trial-Grundsatz

*Beulke/Satzger*<sup>695</sup> nehmen in der Konstellation des verdeckten Dissenses ein selbständiges Beweisverwertungsverbot an. Das fair trial Prinzip und das daraus abzuleitende Prinzip der Waffengleichheit geböten es, den Zustand, der vor dem Abspracheversuch bestanden hat, wieder herzustellen. Dies ließe sich nur durch Annahme eines Verwertungsverbots erreichen. Der Angeklagte dürfe nicht der alleinige Verlierer des fehlgeschlagenen Deals sein.

##### 4.2.3.2.2.2.2 Herleitung aus den Grundrechten

*Kölbel* greift zur Herleitung eines Beweisverwertungsverbots auf die Grundrechte zurück. In dem Inaussichtstellen einer Strafmilderung für ein Geständnis sieht er einen Grundrechtseingriff, da eine solche „Bonusofferte“ unabhängig von § 136a StPO in die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten eingreife.<sup>696</sup> Für diesen Grundrechtseingriff könne der Staat im Fall der unerkannt fehlgeschlagenen Absprache keinen legitimierenden Grund vorweisen/darbieuten. Die Folgenbeseitigung bestehe darin, dass der Staat die unzulässig hergestellte Informationslage nicht benutzen dürfe.<sup>697</sup>

Ein Rückgriff auf den fair-trial-Grundsatz birgt die Gefahr, dass der jeweilige Interpret seine eigene Meinung über die Grenzen der Beweiserhebung ins Rechtliche überträgt.<sup>698</sup> Des Rückgriffs auf das unbestimmte fair-trial-Prinzip und die Grundrechte bedarf es nicht, wenn auch in der Konstellation des offenen Dissenses ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot greift. Der fair-trial-Grundsatz ist ohnehin nur subsidiär zur Anwendung zu bringen.<sup>699</sup>

##### 4.2.3.2.2.2.3 Geregeltes Beweisverwertungsverbot nach § 136a StPO

*Heller*<sup>700</sup> will die Fälle des Dissenses unter die Täuschungsmodalität des § 136a StPO fassen, da es in diesen Fällen meist zu keiner Protokollierung der Absprache kommt und das Gericht den Angeklagten daher über die Verbindlichkeit der Absprache täusche<sup>701</sup>. Es liege damit die fahrlässige Variante einer Täuschung vor.

<sup>694</sup> Beulke/Satzger Jus 1997, 1072, 1074ff.; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 250; Heller S. 115 a.A. Kintzi FS Hanack 177, 186ff.

<sup>695</sup> JuS 1997, 1072, 1074f.

<sup>696</sup> Kölbel NStZ 2003, 232, 234

<sup>697</sup> Kölbel NStZ 2003, 232, 236

<sup>698</sup> Kölbel NStZ 2003, 232, 234

<sup>699</sup> BVerfGE 70, 297, 309

<sup>700</sup> Heller S. 115

<sup>701</sup> Auch Meyer, Willensmängel, S. 331 nimmt eine Täuschung über die Bindungswirkung der Absprache an, bezieht sich dabei jedoch auf den Rechtsmittelverzicht.

#### 4.2.3.2.2.3.1 Irrtum über die Bindungswirkung

Fraglich ist hierbei, ob in dem Unterlassen der Protokollierung tatsächlich eine Täuschung und somit das Hervorrufen eines Irrtums über die Bindungswirkung gesehen werden kann. Meyer<sup>702</sup> vertritt die Ansicht, die Protokollierung stelle keine Verbindlichkeitsvoraussetzung dar. Diese sei lediglich Voraussetzung dafür, dass die Absprache aus sich heraus Bindungswirkung entfalte. Die Protokollierung wird in der Rechtsprechung jedoch als echte Verbindlichkeitsvoraussetzung gesehen. Unterbleibt die Protokollierung, so kann sich nach der Rechtsprechung<sup>703</sup> der Angeklagte nicht auf die zugesagte Strafobergrenze berufen. Nur eine protokollierte Absprache kann zu einem Erfüllungsanspruch führen. Für dieses Verständnis des Formerfordernisses spricht auch das Erscheinungsbild der Absprache in der Rechtsprechung, das im vorangegangenen Teil dargestellt wurde. Da die Absprache in der Rechtsprechung mittlerweile als vertragliches Konstrukt angesehen wird, ist das Erfordernis einer Form nur konsequent. Da der Angeklagte regelmäßig nicht wissen wird, dass eine Absprache zu protokollieren ist, damit sie Bindungswirkung entfaltet, liegt daher jedenfalls ein Irrtum über die Bindungswirkung der Absprache vor.

#### 4.2.3.2.2.3.2 Hervorrufen des Irrtums

Hinzu kommt insbesondere beim Dissens jedoch noch eine weitere Komponente der Protokollierungspflicht. Die Protokollierung dient der Dokumentation der Verständigungsgespräche. Der 4. Senat hat bereits in seiner Grundsatzentscheidung darauf hingewiesen, dass mittels der Protokollierung spätere Streitigkeiten vermieden werden können.<sup>704</sup> Die Protokollierung dient dazu, Klarheit über die Absprache zu schaffen, um einen Dissens gar nicht erst entstehen zu lassen.<sup>705</sup> Es ist Aufgabe des Gerichts, Unklarheiten über den Umfang der Absprache zu beseitigen.<sup>706</sup> Diese ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der „Waffengleichheit“, der sich auch aus dem fair-trial-Grundsatz ergibt. So hat das Gericht beispielsweise die Verpflichtung, auf erkannte Missverständnisse des Verteidigers hinzuweisen.<sup>707</sup> Sorgt das Gericht nicht zumindest dafür, dass die Möglichkeit der Entdeckung eines Missverständnisses gegeben ist, so verletzt es diese Pflicht.

Das Gericht, das eine Absprache nicht protokolliert, trägt somit dazu bei, dass ein Dissens nicht aufgedeckt wird. Das Gericht, das eine Absprache nicht protokolliert<sup>708</sup>, täuscht den Angeklagten daher durch pflichtwidriges Unterlassen fahrlässig über die Bindungswirkung der Absprache.<sup>709</sup> Es liegt daher zumindest eine fahrlässige Täuschung vor.

#### 4.2.3.2.2.3.3 Fahrlässiges Verhalten

An dieser Stelle ist deshalb zu klären, ob eine fahrlässige Täuschung i.S.d. § 136a StPO ausreichend ist. Die überwiegende Auffassung in der Literatur unterscheidet dabei zwischen Tatsachen und Rechtsfragen.<sup>710</sup> Bei einer Täuschung über Tatsachen soll Fahrlässigkeit regelmäßig nicht ausreichen, handelt es sich um Rechtsfragen soll Fahrlässigkeit jedoch genügen.

---

<sup>702</sup> Meyer, Willensmängel S. 294

<sup>703</sup> BVerfG StV 2000, 3

<sup>704</sup> BGHSt 43, 195, 206

<sup>705</sup> Landau/Eschelbach NJW 1999, 321, 326

<sup>706</sup> Weigend, StV 2000, 63, 67

<sup>707</sup> BGH StV 1994, 411

<sup>708</sup> Wird ein unzulässiger Inhalt vereinbart, so wird das Gericht eine Protokollierung tunlichst vermeiden.

<sup>709</sup> Heller S. 115

<sup>710</sup> LR-Hannack § 136a Rn. 35, 42

Gegen diese Auffassung könnte jedoch der Wortlaut des § 136a StPO sprechen<sup>711</sup>. Tatsächlich lässt sich dem Wort Täuschung ein finales Element entnehmen.<sup>712</sup> Dementsprechend hält eine andere Auffassung im Rahmen des § 136a StPO vorsätzliches Handeln für erforderlich.<sup>713</sup> Gestützt wird diese These mit einem Verweis auf § 263 StGB, welcher auch vorsätzliches Handeln erfordert. Dies scheint auf den ersten Blick zu überzeugen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass § 263 StGB nur aufgrund seiner Ausgestaltung als Vorsatzdelikt eines Vorsatzes bedarf. Das Erfordernis des (zumindest bedingten) Vorsatzes ergibt sich dabei aus §§ 15, 16 StGB.<sup>714</sup> Zudem setzt der Wortlaut des § 263 StGB eine Täuschung gar nicht voraus.<sup>715</sup> Als wenig ergiebig erweist sich auch der Verweis auf § 123 BGB, da dieser eine „arglistige Täuschung“ fordert.<sup>716</sup> Aus diesem Zusatz vor dem Begriff „Täuschung“ scheint sich vielmehr zu ergeben, dass eine Täuschung auch nicht arglistig, also fahrlässig, erfolgen kann.

Letztendlich ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 136a StPO, dass bereits fahrlässiges Verhalten der Staatsorgane zu der Annahme eines Verwertungsverbotes führen muss. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 136a StPO ist der Schutz des Angeklagten vor Übergriffen auf seine Aussagefreiheit.<sup>717</sup> Um diesen Zweck zu verwirklichen ist es notwendig, dass der Angeklagte keinen Fehlinformationen unterliegt. Denn nur dann hat er einen Entscheidungsspielraum und kann seine Rechte frei wahrnehmen.<sup>718</sup>

Als weiteren Schutzzweck verfolgt § 136a StPO die Integrität der Strafrechtspflege.<sup>719</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es eines Rechtsstaats unwürdig wäre, durch Täuschung erlangte Beweismittel zu Lasten des Angeklagten zu verwerten.<sup>720</sup> Es würde nicht der Würde des Rechtsstaates entsprechen, wenn ein Geständnis Verwertung findet, das mittels einer objektiv unrichtigen Informationslage erlangt wurde. Es ist demzufolge der Auffassung zuzustimmen, die fahrlässige Täuschungen über Rechtsfragen durch das Gericht als vom Täuschungsverbot des § 136a StPO erfasst ansieht.

Unterlässt das Gericht die Protokollierung einer Zusage, so täuscht es damit den Angeklagten fahrlässig über die Bindungswirkung der Absprache. Bei der Bindungswirkung handelt es sich um eine Rechtsfrage, so dass Verbot des § 136a Abs. 3 StPO greift. Der Auffassung *Hellers* ist vollumfänglich zuzustimmen.

Bei einem versteckten Dissens ist somit ein Verwertungsverbot anzunehmen. Damit tragen die Staatsorgane das Risiko der fehlgeschlagenen Absprache, das für sie unter Umständen im schlimmsten Fall in der Nichtaufklärung des Sachverhalts und einem Freispruch des Angeklagten besteht. Nachdem das Geständnis nicht verwertet werden darf, ist die Ausgangslage wie sie vor der Absprache bestand, wiederhergestellt. Den Beteiligten bleibt es nach Herstellung des status quo ante unbenommen, eine erneute Verständigung herbeizuführen. Das gleiche Ergebnis würde sich aus dem fair-trial-Grundsatz ergeben, auf den jedoch nur zurückzugreifen wäre, wenn nicht ein gesetzliches Verwertungsverbot zur Anwendung gelangen würde.

<sup>711</sup> SK-Rogall § 136a Rn. 48

<sup>712</sup> SK-Rogall § 136a Rn. 48

<sup>713</sup> Roxin Strafverfahrensrecht § 25 Rn. 25

<sup>714</sup> Heller S. 110/111; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 109, Lorenz-Czarnetzki, Täuschungsverbot S. 254ff.

<sup>715</sup> Heller S. 111; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 109; Achenbach StV 1989, 515, 517

<sup>716</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 109; Lorenz-Czarnetzki, Täuschungsverbot S. 254ff.

<sup>717</sup> KK-Boujong § 136a Rn. 1; SK-Rogall § 136a Rn. 4

<sup>718</sup> Heller S. 113; SK-Rogall § 136a Rn. 48

<sup>719</sup> Heller S. 113; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 110

<sup>720</sup> SK-Rogall § 136a Rn. 2

#### 4.2.3.2.2.3 Beweisverwertungsverbot bei offenem Dissens

Bei einem offenen Dissens kommt ein Verwertungsverbot aus § 136a StPO nicht in Betracht. Es ist auch nicht unbillig, dem Angeklagten das Risiko des Fehlschlagens der Absprache aufzuerlegen. Der Angeklagte weiß, dass nicht zwischen allen Beteiligten Einvernehmen besteht. Er nimmt das Risiko, dass er trotz Ablegung seines Geständnisses nicht in den Genuss der Gegenleistung kommt, bewusst in Kauf.

#### 4.2.3.2.2.4 Beweisverwertungsverbot bei Auftreten neuer Umstände

Ob das Geständnis unverwertbar wird, ist auch in der Situation umstritten, in der sich nach der Verständigung neue Umstände ergeben. Es gibt bislang keine obergerichtliche Entscheidung, die über diese Frage zu entscheiden hatte. Der Große Strafsenat hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen<sup>721</sup>. Heller plädiert auch hier für eine Beseitigung der entstandenen Rechtsnachteile im Wege der Rückabwicklung und leitet dies aus dem Vertrauensschutz ab.<sup>722</sup> Vorzugswürdig ist in diesem Fall jedoch die Verwertbarkeit des Geständnisses. Anders als im Fall des Dissenses hat das Gericht nichts zu dieser Situation beigetragen. Die Situation ist am ehesten mit dem zivilrechtlichen Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vergleichbar. Ihre Lösung ist daher im Wege der Anpassung zu suchen. Eine Unverwertbarkeit könnte allerdings dann anzunehmen sein, wenn das Gericht, die maßgeblichen Umstände übersehen hat.<sup>723</sup>

#### 4.2.3.2.3 Zusammenfassung

In keinem der dargestellten Fälle ist es sachgerecht, das Geständnis des Angeklagten zu verwerten außer bei einem offenen Dissens und bei dem Sonderfall des Auftretens neuer Umstände. Dem Angeklagten wird ansonsten ohne rechtfertigenden Grund das Risiko des Fehlschlagens der Absprache angelastet. Das Beweisverwertungsverbot ergibt sich dabei bereits aus § 136a StPO. Lehnt man diese Sichtweise ab, so ergibt sich ein Beweisverwertungsverbot jedenfalls aus dem fair-trial-Grundsatz.

#### 4.2.3.3 Strafmilderung

Neben den oben erörterten Kompensationsmöglichkeiten gibt es zusätzlich die Möglichkeit der Strafmilderung bei einer fehlgeschlagenen Absprache. Der 5. Senat hat in der oben geschilderten Entscheidung eine Strafmilderung akzeptiert, obwohl die Geständnisse nicht verwertet wurden. Es fragt sich daher, ob beim Fehlschlagen einer Absprache ein Strafmilderungsgrund in Betracht kommt.

#### 4.2.3.3.1 Strafmilderung wegen des Fehlschlagens der Absprache

Der 5. Senat hat die Bejahung eines eigenständigen Strafmilderungsgrund abgelehnt. Die fehlgeschlagene Absprache betrifft keinen in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB genannten Strafzumessungsfaktor. Die Strafmilderung kommt deshalb nur aus allgemeinen Strafzumessungserwägungen in Betracht. Es ist jedoch eine restriktive Handhabung geboten, wenn schuldunabhängige Faktoren bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden sollen.<sup>724</sup>

<sup>721</sup> BGH StV 2005, 311, 312

<sup>722</sup> Heller S. 131; für eine Verwertbarkeit auch Duttge/Schoop StV 2005, 421, 422

<sup>723</sup> Schöch S. 32

<sup>724</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 258;

Diese können erst dann beachtet werden, wenn Rechtsstaatsverstöße nicht anderweitig ausgeglichen werden können.<sup>725</sup>

Eine Strafmilderung unter dem Aspekt des allgemeinen Schuldausgleichs kommt nicht in Betracht. Dies ist dann anzunehmen, wenn durch das Verfahren als solches übermäßige Belastungen des Täters entstehen. Angenommen wird dies bei überlanger Verfahrensdauer. Allein durch das Fehlschlagen einer Absprache kommt es jedoch nicht zu einer überdurchschnittlichen Belastung. Es besteht daher kein Grund für eine Strafmilderung unter dem Gesichtspunkt des gerechten Schuldausgleichs.<sup>726</sup>

Auch aus generalpräventiven Gesichtspunkten lassen sich keine Gründe für eine Strafmilderung herleiten<sup>727</sup>. Solche sind denkbar bei den agent-provocateur-Fällen oder auch bei überlanger Verfahrensdauer. Da bei einer fehlgeschlagenen Absprache jedoch bereits anderweitige Kompensationsmechanismen in Betracht kommen, sind Strafmilderungsgründe aus generalpräventiven Gesichtspunkten nicht notwendig.

Eine Strafmilderung kann auch durch einen Verstoß gegen Art 6 EMRK begründet sein. Dies wäre dann der Fall, wenn die Verhängung der ungeminderten Strafe als unfair eingestuft werden müsste. Diese Einstufung ist jedoch bereits deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Angeklagte durch die Bejahung eines Beweisverwertungsverbots, wie sie hier vertreten wird, bereits so gestellt wird, wie er vor Ablegung des Geständnisses stand.<sup>728</sup> Der Verfahrensfehler ist damit ausgeglichen, so dass nicht von einem Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz ausgegangen werden kann.

Da weitere Kompensationsmöglichkeiten bestehen, ist für die Annahme eines selbständigen Strafmilderungsgrunds aufgrund des fehlgeschlagenen Deals kein Raum.

#### 4.2.3.3.2 Das Geständnis als Strafmilderungsgrund trotz Nichtverwertung

In Betracht kommt das Geständnis als Strafmilderungsgrund trotz seiner Nichtverwertung bei der Urteilsbegründung. Nach einer Ansicht<sup>729</sup> ist stets neben der Nichtverwertung des Geständnisses eine Strafmilderung geboten, da nicht einzusehen sei, dass das Fehlverhalten der Justizorgane dem Angeklagten zum Nachteil gereichen soll.

Durch die Nichtverwertung des Geständnisses wird der Angeklagte bereits so gestellt, wie er bei der Ausgangslage vor Ablegung seines Geständnisses stand. Das Verwertungsverbot stellt somit den Zustand her, der vor der rechtswidrigen Zusicherung bestand.<sup>730</sup> Zudem greift eine Strafmilderung bei einem Geständnis nur ein, wenn dieses nicht aus rein prozesstaktischen Erwägungen sondern zumindest auch aus Reue und Einsicht abgegeben wurde.<sup>731</sup> Dem Angeklagten ist es jederzeit unbenommen, nachdem ein Verwertungsverbot greift das Geständnis erneut abzulegen. Tut er dies nicht, so kann davon ausgegangen werden, dass sein Geständnis von rein prozesstaktischen Überlegungen geprägt war.<sup>732</sup> Zumindest kann in dieser Konstellation nicht der Zweifelssatz zugrunde gelegt werden, wonach im Zweifel zugunsten des Angeklagten von mehreren Motiven also auch von Reue und Einsicht auszugehen ist.

Auch dogmatisch gesehen wird mit einer Strafmilderung trotz Nichtverwertung die Fehlingabe des Angeklagten überkompensiert. Vergleicht man den Angeklagten, dessen Ges-

<sup>725</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 128

<sup>726</sup> So auch Beulke/Satzger JuS 1997, 1072, 1079; Heller S. 132

<sup>727</sup> Beulke/Satzger JuS 1997, 1072, 1079

<sup>728</sup> Beulke/Satzger JuS 1997, 1072, 1079

<sup>729</sup> Wesemann/Müller StraFo 1998, 113, 116

<sup>730</sup> Heller S. 135

<sup>731</sup> Davon geht auch die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs BGHst 43, 195 aus.

<sup>732</sup> a.A. Kintzi FS Hanack, S. 177, S. 185

tändnis nach einer fehlgeschlagenen Absprache nicht verwertet wird, mit dem Angeklagten, der überhaupt kein Geständnis abgegeben hat, so ist es sachgerecht, zum gleichen Ergebnis zu gelangen. Beide Konstellationen werden so behandelt, als hätte es ein Geständnis nie gegeben. Damit steht der Angeklagte im Rahmen einer fehlgeschlagenen Absprache so da, als hätte es die Absprache nicht gegeben. Berücksichtigt man dagegen das Geständnis auch bei der Strafzumessung, so erweckt dies den Anschein, dass der Richter gerade nicht frei / losgelöst von dem Geständnis seine Entscheidung getroffen hat.<sup>733</sup>

Bei der ersten Konstellation darüber hinaus eine Strafmilderung anzunehmen, ist nicht sachgerecht und dogmatisch nicht haltbar. Bei einer logisch-hierarchischen Betrachtungsweise<sup>734</sup> der zur Verfügung stehenden Kompensationsmöglichkeiten gelangt man zum gleichen Ergebnis: Eine Korrektur auf der „unteren“ Stufe (Beweisverwertungsverbot) erspart einen Ausgleich auf der „höheren“ Stufe. Nimmt man also ein Beweisverwertungsverbot an, so erübrigt sich eine Kompensation auf der nächsten Stufe der Strafmilderung.<sup>735</sup>

#### 4.2.4 Fazit

Die Analyse der Rechtsprechung hat gezeigt, dass der BGH für die fehlgeschlagene Absprache weder eine dogmatisch noch aus Gerechtigkeitsgründen befriedigende Lösung entwickelt hat.

Die Verneinung eines Beweisverwertungsverbots in den erörterten Konstellationen führt dazu, dass dem Angeklagten das Risiko einer fehlgeschlagenen Absprache auferlegt wird. Da in diesen Fällen jedoch ein gesetzliches Verwertungsverbot greift, wird dies unzulässigerweise verneint. Der BGH setzt sich damit - in diesem Fall zu Lasten des Angeklagten - über dogmatische Grundsätze bei der Willensbeeinflussung des Angeklagten hinweg. Es scheint, dass der BGH in den entschiedenen Fällen aus Praktikabilitätsgründen eine Verwertbarkeit des Geständnisses bei Fehlschlagen der Absprache bejaht und das einmal erlangte Geständnis nicht mehr aufgeben will. In den oben erörterten Fällen konnte oftmals nur durch das Vorliegen des verwertbaren Geständnisses eine Verurteilung erfolgen. Bei dem Vorliegen eines Dissenses wäre es, nachdem die Bindungswirkung nur bei einer protokollierten Absprache besteht, konsequent gewesen, eine fahrlässige Täuschung über die Bindungswirkung anzunehmen. Mit diesem Weg wären die Instanzgerichte zu einer Protokollierung der Absprache gezwungen, denn sie würden stets Gefahr laufen, dass das Geständnis ansonsten unverwertbar wird. Dass der BGH diesen Weg jedoch nicht gegangen ist, zeigt einmal mehr, wie dogmatische Gesichtspunkte aus Praktikabilitätsgründen aufgegeben werden.

Aufgezeigt wurde auch, dass die Annahme einer zusätzlichen Strafmilderung, wie sie der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 17. Juli 1996 angenommen hat, dogmatisch nicht haltbar ist.

Zum jetzigen Zeitpunkt ist jedoch nicht auszuschließen, dass die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zur Verwertbarkeit des Geständnisses eine andere Richtung einschlägt, da, wie bereits gezeigt wurde, bei vielen neueren Entscheidungen der Schutz des Angeklagten immer mehr im Vordergrund steht und fast alle Entscheidungen vor der Grundsatzent-

<sup>733</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 256

<sup>734</sup> Vgl. Beulke/Satzger JuS 1997, 1072, 1079

<sup>735</sup> Beulke/Satzger JuS 1997, 1072, 1079; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 256; Heller S. 134

scheidung BGHSt 43, 195 ergangen sind. An dieser Stelle bleibt jedoch lediglich Raum für Spekulationen.

### 4.3 Die in Aussicht gestellte Strafe

In der Rechtsprechung wurde immer betont, dass die in Aussicht gestellte Strafe schuldangemessen sein muss.<sup>736</sup> Bereits dargestellt wurde, dass mit der Inaussichtstellung einer Strafe nicht gegen § 136a StPO verstoßen werden darf. Es wird zu zeigen sein, dass die in Aussicht gestellte Strafe auch dann eine Bedeutung hat, wenn die Absprache fehlschlägt. Doch zunächst sei die Strafzumessung im Rahmen einer Absprache einer Betrachtung unterzogen.

#### 4.3.1 Schuldangemessenheit - Geständnis im Rahmen einer Absprache als Strafmilderungsgrund?

Der 4. Strafsenat hat in seiner Grundsatzentscheidung festgestellt, dass ein nach einer Verständigung ergehendes Urteil den Boden schuldangemessenen Strafens nicht verlassen darf.<sup>737</sup> Verhängt der Richter eine Strafe, die eine Strafmilderung berücksichtigt, welche die Schuldangemessenheit überschreitet und handelt er damit gegen seine Überzeugung, so steht eine Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung, § 339 StGB, im Raum.<sup>738</sup> Es dürfen daher auch keine Faktoren strafmildernd berücksichtigt werden, die nach den allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen nicht zu einer Strafmilderung führen können. Der 4. Strafsenat weist in seiner Grundsatzentscheidung darauf hin, dass bei der Strafzumessung auch ein im Wege der Absprache abgelegtes Geständnis berücksichtigt werden darf, dass dieses Geständnis jedoch nicht um den Preis einer unverhältnismäßig hohen Strafmilderung erlangt werden darf.

Besondere Aufmerksamkeit ist somit der Frage der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses im Rahmen einer Absprache beizumessen. Bereits dargestellt wurde, dass der Rechtsmittelverzicht und das Absehen von einem Beweisantrag keine Auswirkungen auf die Strafzumessung haben können.<sup>739</sup> Bereits im Leitsatz der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats heißt es: „dass ein Geständnis im Rahmen einer Absprache abgelegt wurde, steht dessen strafmildernder Berücksichtigung nicht entgegen.“

Sämtliche Senate scheinen von der Prämisse auszugehen, dass ein Geständnis im Rahmen einer Absprache strafmildernd zu berücksichtigen ist. So wird zumindest stets hingenommen, dass die Tatgerichte für die Geständnisse Strafmilderungen eingeräumt haben. Dies ist jedoch keinesfalls selbstverständlich. Zum einen ist das Geständnis kein gesetzlich geregelter Strafmilderungsgrund, zum anderen war es seit BGHSt 1, 105 ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass Geständnisse nicht um ihrer selbst Willen zu honorieren seien, sondern nur dann, wenn sie Ausdruck von Reue oder Einsicht in das begangene Unrecht sind. Die Frage bedarf infolgedessen einer näheren Betrachtung.

Da der 4. Strafsenat der einzige ist, der diese Frage der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses näher erörtert, sind zunächst dessen Ausführungen genauer zu beleuchten. Der 4. Strafsenat führt für die Strafmilderung des Geständnisses drei Argumente an: Das

<sup>736</sup> Vgl. nur BGHSt 43, 195

<sup>737</sup> BGHSt 43, 195, 208

<sup>738</sup> Zur Strafbarkeit der Absprachebeteiligten vgl. auch Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 87ff; Braun S. 82ff.; Siolek, Verständigung, S. 208ff.; Schönemann Gutachten B 131ff; Rönnau, Absprache, S. 227ff.; Tscherwinka S. 178ff. (zur Strafbarkeit des Verteidigers); Kremer S. 197ff.

<sup>739</sup> S. bereits 2. Kapitel B. I. 2. b) bb)

Geständnis könne das Ziel des Rechtsfriedens fördern. Zudem gelte der Grundsatz in dubio pro reo auch für die Strafzumessung. Außerdem könne das Geständnis dem Angeklagten als Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensverkürzung zugute gehalten werden.<sup>740</sup>

Sämtliche Grundsatzentscheidungen betonen stets die Bedeutung der Strafe als gerechten Schuldausgleich. So hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der Richter es sich versagen muss, den Angeklagten auf eine in Betracht kommende geständnisbedingte Strafmilderung hinzuweisen, mit der er den Boden des schuldangemessenen Strafens verlässe.<sup>741</sup> Der Große Strafsenat betonte eindringlich, dass sich die Strafe „nicht - auch nicht nach unten - von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich lösen dürfe“. Die Schuld des Täters ist nach § 46 Abs. I S. 1 StGB die Grundlage für die Strafzumessung. Darüber hinaus sind auch spezial- und generalpräventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen.<sup>742</sup>

Dem Geständnis kann strafmildernde Wirkung beigemessen werden, wenn es als „Verhalten nach der Tat“ oder als „Auswirkung der Tat“ angesehen werden kann.

#### 4.3.1.1 Auswirkungen der Tat (§ 46 Abs. 2 S. 2 Var. 4 StGB)

Teilweise wird das Geständnis unter das Merkmal „Auswirkungen der Tat“ subsumiert.<sup>743</sup> Das Schuldbekennnis trage zur erleichterten Tataufklärung und damit zur Minderung der Auswirkungen der Tat bei.

Mit dieser Subsumtion lässt sich nahezu jedes Geständnis strafmildernd berücksichtigen, denn im Rahmen der „Auswirkungen der Tat“ hätte es eine selbständige und nicht nur indizielle Wirkung. Die Motive würden bei diesem Merkmal keinerlei Rolle spielen und es wäre letztlich egal, ob das Geständnis auf Reue und Einsicht beruht oder nur im Hinblick auf eine Strafmilderung abgegeben worden wäre, denn Anknüpfungspunkt bei diesem Merkmal ist nicht ein Verhalten des Täters, sondern die objektiven Folgen.<sup>744</sup>

Ein Geständnis unter die „Auswirkungen der Tat“ zu subsumieren, ist jedoch bereits mit dem Wortlaut nur schwer vereinbar, dieses Merkmal umfasst wohl nur die direkt verursachten Folgen der Tat und nicht die durch ein Nachtatverhalten indirekt verursachten.<sup>745</sup>

Es wäre bei dieser Subsumtion auch keine Unterscheidung zwischen Auswirkungen der Tat und Geständnis als Nachtatverhalten mehr gegeben. Mit der Ausgestaltung des § 46 StGB zeigt der Gesetzgeber jedoch gerade, dass Folgen der Tat und Verhalten des Täters zu unterscheiden sind.

Bei einem Geständnis und dessen Folgen handelt es sich jedoch allenfalls um Auswirkungen des Verhaltens nach der Tat und nicht um Auswirkungen der Tat. Auswirkungen der Tat meint einen direkten ursächlichen Zusammenhang. Dieser ist bei einer Straftat und einem Geständnis jedoch nicht gegeben.<sup>746</sup> Bei der Erleichterung der Tataufklärung handelt es sich um ein unabhängiges Verhalten nach der Tat.<sup>747</sup> Von „Auswirkungen der Tat“ sind daher nur die ursächlichen Sozialschäden erfasst.<sup>748</sup> Ein gewichtiges Argument gegen diese Auffassung besteht zudem darin, dass ein Geständnis nicht unbedingt zur Tataufklärung beitragen muss, sondern allein diese Möglichkeit besteht.<sup>749</sup>

<sup>740</sup> BGHSt 43, 195, 209

<sup>741</sup> BVerfG vom 27.01.1987 = NJW 1987, 2662, 2663

<sup>742</sup> Tröndle/Fischer § 46 Rn. 8 u. 9

<sup>743</sup> Schmidt-Hieber Rn. 171ff.; wohl auch Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 88

<sup>744</sup> Schmidt-Hieber Rn. 171

<sup>745</sup> a.A. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 198, der das Geständnis als noch vom Wortlaut her gedeckt ansieht.

<sup>746</sup> abgesehen davon, dass der Angeklagte ohne Straftat sich keinem Verfahren ausgesetzt sähe

<sup>747</sup> Bömeke, Rechtsfolgen S. 52; Rönnau, Absprache, S. 103

<sup>748</sup> Rönnau, Absprache, S. 103

<sup>749</sup> Rönnau, Absprache, S. 104

Wird das Geständnis und insbesondere der Beitrag zur Sachaufklärung als Auswirkung der Tat betrachtet, ohne dass es auf Reue oder Einsicht ankommt, so müsste auch Strafmilderung für einen Angeklagten gewährt werden, der zufällig zur Sachaufklärung beiträgt, beispielsweise indem er sich unbewusst selbst verrät, indem er Angaben macht, die nur auf Täterwissen beruhen können. Mit dem Verweis auf die Wiederherstellung des Rechtsfriedens lässt sich kein anderes Ergebnis gewinnen. Selbst wenn dieser Aspekt strafzumessungsrechtliche Bedeutung haben sollte, so ist das Geständnis nicht unter den Aspekt der Auswirkungen der Tat zu subsumieren.

#### 4.3.1.2 Geständnis als Nachtatverhalten (§ 46 Abs. 2 S. 2 Var. 6 StGB)

Es wurde bereits gezeigt, dass das Geständnis allenfalls als Nachtatverhalten i.S.d. § 46 Abs. S. 2 StGB strafmildernde Wirkung erzeugen könnte. Die ganz herrschende Meinung ordnet das Geständnis als Nachtatverhalten ein.<sup>750</sup> Damit ist zu untersuchen, ob das Geständnis, das im Rahmen einer Absprache abgegeben wird, unter diesem Aspekt strafmildernd beachtet werden kann.

Nach der „doppelspurigen Indizkonstruktion“ lässt die im Geständnis zum Ausdruck kommende Reue den Schluss zu, dass der Täter auch schon eine weniger verwerfliche Gesinnung zum Zeitpunkt der Tat besaß.<sup>751</sup> Ausgangspunkt ist, dass die Tatschuld des Täters, die Grundlage für die Strafzumessung ist, nachträglich nicht mehr modifiziert werden kann, und dem Nachtatverhalten daher keine eigenständige Bedeutung zukommt. Das Geständnis hat demnach Indizfunktion für die Beurteilung der Tat und der Täterpersönlichkeit. Das Geständnis kann folglich dann strafmildernd berücksichtigt werden, wenn es Schlussfolgerungen für die Bewertung des Täters zulässt. Diese „doppelte Indizkontrolle“ war ständige Rechtsprechung.<sup>752</sup>

Diese „Hürde“ galt es für den 4. Strafsenat in seiner Grundsatzentscheidung zu überwinden. Denn nach der „doppelspurigen Indizkonstruktion“, lässt es sich nicht rechtfertigen, ein prozesstaktisches Geständnis strafmildernd zu berücksichtigen. Ein lediglich aus prozesstaktischen Erwägungen abgegebenes Geständnis kann keine Rückschlüsse auf den Täter und die Tat zulassen, die strafmildernd zu berücksichtigen wären.

Der 4. Strafsenat hat in seiner Grundsatzentscheidung entschieden, dass dem Geständnis des Angeklagten strafmildernde Bedeutung auch dann zuzumessen sei, wenn der Angeklagte das Geständnis nicht offensichtlich in erster Linie aus Schuldeinsicht und Reue, sondern aus verfahrenstaktischen Gründen im Rahmen der Verständigung abgegeben hat.<sup>753</sup> Diesen Ausführungen zur strafmildernden Wirkung des Geständnisses lässt sich zunächst nicht entnehmen, ob dies für jedes Geständnis Geltung beanspruchen soll. Letztendlich führt der Senat jedoch aus: „Jedes Geständnis eines Angeklagten ist daher grundsätzlich geeignet, Bedeutung als strafmildernder Gesichtspunkt zu erlangen.“<sup>754</sup>

##### 4.3.1.2.1 Indizielle Wirkung des Geständnisses?

Dreh- und Angelpunkt dieser Problematik ist die Grundannahme, dass das Geständnis immer ein Indiz für Reue und Einsicht ist. Auch wenn man dieser These zustimmt, so kann sich dieses Bild bei der Absprachensituation ändern, denn wird dem Angeklagten eine Strafmilderung für die Abgabe eines Geständnisses versprochen, so fällt es bei dessen Abgabe schwer, anzunehmen, dieses sei auch von Reue und Einsicht geprägt. Durch das Aus-

<sup>750</sup> Tröndle/Fischer § 46 Rn. 50

<sup>751</sup> Vgl. Moos, Geständnis, S. 133 m.w.N.; Weigend NSTz 1999, 57, 61

<sup>752</sup> BGH NSTz 1984, 259

<sup>753</sup> BGHSt 43, 195, 209

<sup>754</sup> BGHSt 43, 195, 211

handeln des Geständnisses ist diese Indizwirkung vielmehr entkräftet<sup>755</sup> zumindest aber gemildert.

Teilweise wird deshalb auf den Zweifelgrundsatz zurückgegriffen.<sup>756</sup> Da die Motivation des Geständnisses nicht eindeutig festgestellt werden könne, müsse zugunsten des Täters davon ausgegangen werden, dass Reue und Einsicht tragend für das Geständnis sind.<sup>757</sup>

Heller<sup>758</sup> differenziert zwischen einem schlanken Geständnis und einem qualifizierten. Bei einem schlanken Geständnis könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass es von Einsicht und Reue getragen sei, die Anerkennung eines Strafmilderungsgrundes sei bei einem schlanken Geständnis aber eher die Ausnahme. Bei einem qualifizierten Geständnis sei jedoch der in-dubio-pro-reo-Grundsatz anzuwenden. Wenn der Angeklagte die Tat detailreich schildere und sich mit ihr auseinandersetze, könne man Reue und Einsicht nie triftig ausschließen.

Mag diese Unterscheidung im Rahmen der prozessrechtlichen Komponente des Geständnisses richtig sein,<sup>759</sup> so überzeugt sie nicht bei der strafzumessungsrechtlichen Bedeutung des Geständnisses. Denn die Ausführlichkeit des Geständnisses lässt keinen Schluss auf Reue und Einsicht zu. Diese bestimmt nur das Maß der Sachverhaltsaufklärung. Ein Geständnis kann ausführlich und detailreich sein, ohne dass der Täter seine Tat bereut. So ist zum Beispiel an die Fälle des Ehrenmordes zu denken. Der Angeklagte, der in diesen Fällen ein Geständnis ablegt, mag ein detailgenaues Geständnis ablegen, kann aber gleichzeitig angeben, er würde in der gleichen Situation wieder auf dieselbe Art und Weise handeln. Zur Stützung seiner Argumentation zieht auch der 4. Strafsenat den Zweifelsgrundsatz heran. Auch für die Strafzumessung gelte uneingeschränkt der Zweifelsgrundsatz, so dass jeweils von der für den Angeklagten günstigsten Möglichkeit auszugehen ist, die nach den gesamten Umständen in Betracht kommt.<sup>760</sup>

Dem ist mit *Schünemann* entgegenzuhalten, dass das in-dubio-pro-reo-Argument dann auch auf das Leugnen des Angeklagten anzuwenden wäre<sup>761</sup>. Denn ein Leugnen kann ebenfalls auf abgrundtiefer Scham und Reue beruhen.

Andererseits spricht für die Anwendung des in dubio-Grundsatzes, dass meist mehrere Gründe eine Rolle für die Abgabe des Geständnisses spielen.<sup>762</sup> Diese Gründe lassen sich ohnehin niemals zuverlässig ergründen.<sup>763</sup> Es lässt sich somit niemals eindeutig feststellen, ob das Geständnis aus echter Reue und Besserungsabsicht oder aus rein taktischen Erwägungen abgegeben wurde. Jedoch müssen für die Anwendung des Zweifelgrundsatzes auch Zweifel bestehen und damit zumindest Ansatzpunkte für Reue und Einsicht vorliegen. Dies ist nicht bei jedem Geständnis der Fall. Der Grundsatz in dubio pro reo greift dann nicht ein, wenn überhaupt keine Zweifel bestehen.<sup>764</sup>

<sup>755</sup> Schünemann Gutachten B 111; Heller S. 44

<sup>756</sup> Siolek, *Verständigung*, S. 186; Gerlach S. 109; Heller S. 45 mit der Einschränkung, diesen nur bei qualifizierten Geständnissen anzuwenden.

<sup>757</sup> Siolek, *Verständigung*, S. 186;

<sup>758</sup> S. 45

<sup>759</sup> S. hierzu 4. Kapitel E. I.

<sup>760</sup> BGHSt 43, 195, 209

<sup>761</sup> Schünemann Gutachten B 112; s. auch Grünwald StV 1987, 453, 454

<sup>762</sup> Janke S. 186

<sup>763</sup> Siolek, *Verständigung*, S. 185

<sup>764</sup> Schäfer DRiZ 1989, 296; selbst Siolek, *Verständigung*, S. 186 Fn. 653, der für die Anwendung des in-dubio-Grundsatzes eintritt meint, dass die Anwendung dann nicht in Betracht käme, wenn der Angeklagte ein „Geständnis“ mit den Worten abgibt „Man ist übereingekommen, dass ich folgende Erklärung abgebe“

Gerade bei absprachegemäßen Geständnissen wird das Geständnis teilweise einfach durch den Verteidiger verlesen. In diesem Fall bestehen aber keine Zweifel, sondern lediglich die theoretische Möglichkeit, dass das Geständnis auch aus einem Reuegefühl resultiert.

Letztendlich besteht durch die extensive Anwendung des Zweifelgrundsatzes, die Gefahr, dass dieser Grundsatz in sein Gegenteil verkehrt wird und damit die prozessuale Autonomie des Angeklagten zur Posse wird.<sup>765</sup> Bei einem streitigen Verfahren, besteht nämlich dann die Gefahr, dass das prozessuale Verteidigungsverhalten des Angeklagten als „zu Lasten des Angeklagten“ berücksichtigt wird.<sup>766</sup>

Es kann daher nicht zugunsten des Angeklagten davon ausgegangen werden, dass das Geständnis stets ein Indiz für Einsicht und Reue ist.

#### 4.3.1.2.2 Strafmildernde Wirkung bei prozesstaktischem Geständnis?

Es ist weiter zu fragen, ob auch dem rein prozesstaktischen Geständnis strafmildernde Wirkung zuzusprechen ist. Das Geständnis könnte dann unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie Berücksichtigung finden. § 46 Abs. 2 StGB ist nicht abschließend<sup>767</sup>, so dass die Berücksichtigung des Aspekts der Prozessökonomie nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann.<sup>768</sup>

Sicherlich wird die Absprache in den meisten Fällen zur Verfahrensverkürzung beitragen, dennoch kann der Beitrag zur Verfahrensverkürzung nicht strafmildernd berücksichtigt werden. Denn als Gegenstück der Berücksichtigung von verfahrensverkürzenden Maßnahmen stellt sich die Bestrafung des seine prozessualen Rechte ausschöpfenden Angeklagten dar.<sup>769</sup> Damit aber würden alle prozessualen Rechte des Angeklagten zur Farce.<sup>770</sup>

In eine ähnliche Richtung geht die Auffassung, die dem Geständnis wegen des Beitrags zur Sachaufklärung strafmildernde Bedeutung zumessen will<sup>771</sup>, denn je eher die Sachverhaltsaufklärung erfolgt, desto kürzer wird das Verfahren dauern, so dass dieser Ansatzpunkt letztendlich auch der Prozessökonomie Rechnung trägt. Auch diesen Aspekt spricht der 4. Senat in seinem Grundsatzurteil an.

Es ist somit weiter zu prüfen, ob der Beitrag zur Tataufklärung eine Reduzierung der Strafe rechtfertigt. So sieht *Schäfer* in § 31 BtMG einen allgemeinen Rechtsgedanken, der eine strafmildernde Wirkung des Geständnisses bewirken müsse.<sup>772</sup>

Weiter wird argumentiert, dadurch dass der Gesetzgeber die Verhinderung der Tataufklärung durch die Aussagedelikte §§ 153 ff. StGB und durch den Tatbestand der Strafvereitelung § 258 StGB unter Strafe gestellt habe, sei der Schluss zu ziehen, dass die Hilfe bei der Aufklärung als Strafzumessungsfaktor gelte.<sup>773</sup>

Dem Verweis auf die Aussagedelikte lässt sich freilich schon entgegenhalten, dass die Personen gegen die sich diese materiellen Vorschriften richten, eine Pflicht zur Aussage haben, während der Angeklagte ein Recht hat, zu schweigen. Darüber hinaus ist geschütztes Rechtsgut dieser Vorschriften die staatliche Rechtspflege, die durch falsche Aussagen bzw. durch Vereitelungshandlungen gefährdet wird.<sup>774</sup> Daraus kann aber nicht umgekehrt gefol-

<sup>765</sup> Rönna, Absprache, S. 101 spricht von der Institutionalisierung eines Regelfalls.

<sup>766</sup> Schünemann, Gutachten B 113

<sup>767</sup> Sch/Sch-Stree § 46 Rn. 10; Tröndle/Fischer § 46 Rn. 56

<sup>768</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 195

<sup>769</sup> Schünemann FS Rieß 525, 540; ders. Gutachten B 113; Weigend NSStZ 1999, 57, 61; Dencker ZStW 102 (1990), 51, 59

<sup>770</sup> Schünemann Gutachten B113

<sup>771</sup> Niemöller StV 1990, 34, 36

<sup>772</sup> Strafzumessung Rn. 386

<sup>773</sup> Schmidt-Hieber FS Wassermann S. 998ff.; Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 87

<sup>774</sup> Tröndle/Fischer vor § 153 Rn. 1 und vor §§ 257ff. Rn. 1

gert werden, dass die Förderung durch einen Angeklagten zu einer Begünstigung führen soll.<sup>775</sup> Zudem gilt auch hier der Umkehrschluss, dass der Angeklagte im streitigen Verfahren, der nichts zur Klärung des Sachverhalts beiträgt, dafür bestraft wird. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass weder Beiträge zur Tataufklärung noch der Gedanke der Prozessökonomie zu einer Strafmilderung führen können.

Strafmildernde Wirkung wird dem Geständnis jedoch teilweise deshalb zugesprochen, weil es den Rechtsfrieden als Aufgabe des Verfahrens fördere.<sup>776</sup> Zur Wiederherstellung und Bewahrung des Rechtsfriedens gehöre auch der Opferausgleich, welcher durch eine Verständigung schneller erreicht werden könne.<sup>777</sup> Ein Geständnis bedeute zudem Genugtuung für den Geschädigten.<sup>778</sup> Das Ziel des Rechtsfriedens ist jedoch sehr weit gefasst, so dass schon fraglich ist, ob dies als Strafzumessungsfaktor Geltung beanspruchen kann. Der Rechtsfrieden wird definiert als ein Zustand, bei dem von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie sich über den Verdacht einer Straftat zu beruhigen vermag.<sup>779</sup> Zudem wird die Förderung des Rechtsfriedens davon abhängen, ob das abgegebene Geständnis auch tatsächlich eine befriedende Wirkung hat. Dies dürfte nur der Fall sein, wenn das Geständnis aus eigenem Antrieb erfolgt und sich der Täter mit der Abgabe von der Tat distanziert.<sup>780</sup> Dies wird jedoch im Rahmen einer Absprache eher die Ausnahme sein. Zudem kann es den Genugtuungsinteressen des Opfers auch entgegenlaufen, wenn dieses mitbekommt, dass der Angeklagte mit den Justizorganen auf einer Ebene kommuniziert und ein Geständnis erst aufgrund dieser Verhandlungen abgegeben wird.

Einem prozesstaktischen Geständnis kann daher keine strafmildernde Wirkung zugesprochen werden. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Berücksichtigung jedes Geständnisses zwar praktisch ist, insbesondere erübrigt es sich, die Intention des Angeklagten bei Abgabe des Geständnisses zu überprüfen. Diese Handhabung verstößt aber gegen Strafzumessungsgrundsätze. Nach den strafzumessungsrechtlichen Grundsätzen ist eine pauschale Strafmilderung bei einem Geständnis gerade nicht möglich. Der BGH musste diesen Lösungsweg jedoch einschlagen, da er sonst in vielen Fällen zur Unzulässigkeit der Absprachen gelangt wäre. Die Verneinung der pauschal strafmildernden Wirkung des Geständnisses, hätte für die Absprache das Todesurteil bedeutet.<sup>781</sup>

Erneut nimmt der BGH pragmatische Erwägungen zum Anlass, sich über dogmatische Grundsätze hinwegzusetzen. Wenn die in Aussicht gestellte Strafe das Geständnis, bevor es abgelegt wurde, pauschal als strafmildernd berücksichtigt, so wird das Geständnis auch in Fällen berücksichtigt, in denen es gerade nicht für Reue, Einsicht, Besserungsabsicht abgegeben wurde. Damit bekommt das Geständnis eine neue Bedeutung. Die Strafe kann in diesen Fällen nicht als schuldangemessen bezeichnet werden. Die immer wieder vom BGH betonte Aussage, dass die Strafe sich nicht von ihrer Funktion als gerechter Schuld- ausgleich lösen dürfe, wird damit zu einer leeren Floskel.

Vorstehend wurde gezeigt, dass die in Aussicht gestellte Strafe, wenn sie das Geständnis pauschal strafmildernd berücksichtigt, gegen Strafzumessungsgrundsätze verstößt. Diese Erkenntnis wäre umso bedeutsamer, wenn der in Aussicht gestellten Strafe über die Absprache hinaus eine weitere Bedeutung zukäme.

<sup>775</sup> Heller S. 47; Weßlau, Konsensprinzip, S. 245

<sup>776</sup> Vgl. etwa Schäfer, Referat, L 59; Schmidt-Hieber Rn. 180

<sup>777</sup> Schmidt-Hieber Rn. 181

<sup>778</sup> Schmidt-Hieber FS Wassermann S. 998

<sup>779</sup> Schmidhäuser in Eb. Schmidt-FS S. 511, 521

<sup>780</sup> So auch Weigend NStZ 1999, 57, 61

<sup>781</sup> Vgl. auch Rönnau wistra 1998, 49, 53 „(über-)lebenswichtige Verfahrensweise“

### 4.3.2 Bedeutung der in Aussicht gestellten Strafe: Orientierungsfunktion

Der in Aussicht gestellten Strafe könnte außer ihrer Bedeutung als „Verhandlungsmasse“ des Gerichts auch eine Art Orientierungsfunktion im Falle des Fehlschlagens der Absprache zukommen.

Im Vorangegangenen wurde bereits dargestellt, dass im Fall des Fehlschlagens einer Absprache ein Hinweis erforderlich wird.<sup>782</sup> Gezeigt wurde auch, dass es für die sekundären Rechtsfolgen bei einer fehlgeschlagenen Absprache bislang keine befriedigende Lösung gibt<sup>783</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bleibt das Geständnis bei einer fehlgeschlagenen Absprache verwertbar. Bislang noch nicht erörtert wurde, ob mit der in Aussicht gestellten Strafe eine gewisse Präjudizwirkung einhergeht.

#### 4.3.2.1 Bisherige Rechtsprechung

Der BGH hatte seither das Auseinanderklaffen von zugesagter Strafobergrenze und tatsächlich verhängter Strafe zwar beanstandet, jedoch der in Aussicht gestellten Strafe keine weitere Bedeutung zugemessen.

In der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 03.03.2000<sup>784</sup> hat der Senat ausgeführt: „Im Hinblick darauf, dass in einem informellen Gespräch zwischen den Verfahrensbeteiligten das Gericht dem Verteidiger bei einem entsprechenden Geständnis des Angeklagten, eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von 2 Jahren in Aussicht gestellt hatte, dann aber doch – bei gleichem Schuldspruch – eine Freiheitsstrafe von 7 Jahren für schuldangemessen hielt, die es vor allem damit erklärt hat, dass „der ganz wesentliche Strafmilderungsgrund des von Tateinsicht und Reue geprägten Geständnisses fehlt“ macht der Senat von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 S. 2 StPO Gebrauch und verweist die Sache an eine SchwGK des LG Frankfurt/M. zurück.“<sup>785</sup>

In seinem Beschluss vom 11.09.2002<sup>786</sup> hat der 1. Strafsenat die Frage eines Verstoßes gegen § 136 a StPO ausdrücklich dahinstehen lassen. Das Urteil könne darauf nicht beruhen, da der Angeklagte das Angebot für eine Verständigung abgelehnt hatte. Dies musste auch im zuvor dargestellten Sachverhalt der Fall sein, denn ein Geständnis wurde letztendlich nicht abgegeben. Die rechtliche „Bedenklichkeit dieses Vorgehens“ erhelle sich nach dem 1. Strafsenat jedoch „daraus, dass das Strafmaß für die verbleibenden nur 37 Einzelfälle sich auf 7 J. Freiheitsstrafe beläuft, ohne dass außer dem „fehlenden Geständnis“ und der deshalb erforderlichen Vernehmung der betroffenen Zeugin sonst eine wesentliche Änderung der Sach- und Verfahrenslage erkennbar wäre.“ Der BGH kritisiert zwar in beiden Fällen das Auseinanderklaffen der sog. Strafschere lässt in beiden Entscheidungen aber nicht erkennen, ob er der in Aussicht gestellten Strafe eine Funktion in der Weise zumisst, dass sie das spätere Ergebnis zu beeinflussen geeignet ist. In beiden Fällen handelte es sich um nicht zustande gekommene Absprachen.

#### 4.3.2.2 Neuere Rechtsprechung

In seinen neueren Entscheidungen scheint der BGH der bei einer Absprache genannten Strafobergrenze mittlerweile doch eine Art Orientierungsfunktion zuzumessen.

---

<sup>782</sup> S. 104ff.

<sup>783</sup> S. 139ff.

<sup>784</sup> BGH 2 StR 388/99 = StV 2000, 556

<sup>785</sup> Weiter teilt der Sachverhalt nichts über die Absprache mit

<sup>786</sup> BGH StV 2002, 637, 639 Sowohl in dieser Entscheidung als auch in BGH StV 2000, 556 hatten die Tatgerichte ein Strafmaß in Aussicht gestellt, das noch zur Bewährung ausgesetzt werden konnte

Dieser Aspekt findet in der Literatur bislang kaum Beachtung. Nach *Meyer-Göfner*<sup>787</sup> muss eine „versuchte Verständigung“ bzw. eine „gescheiterte Absprache“ „ggf. bei der Strafzumessung berücksichtigt werden“. Wie eine solche Berücksichtigung auszusehen hat, wird jedoch nicht erörtert.

In der Erläuterung zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zu einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren<sup>788</sup> heißt es: „Wird in öffentlicher Hauptverhandlung mitgeteilt, welche Strafobergrenze im Falle z. B. eines Geständnisses in Betracht gezogen wurde, so hat dies auch für ein nach kontradiktorisch durchgeführter Hauptverhandlung gefälltes Urteil Orientierungsfunktion. Zwar ist das Gericht im Falle der nicht zustande gekommenen Absprache an seine Zusage zur Rechtsfolge selbstverständlich nicht gebunden. Aber auch nach kontradiktorischem Verfahren müssen sachliche Gründe für eine die Strafmaßobergrenze übersteigende Strafe vorliegen.“

Dabei ist noch einmal festzuhalten, dass die gescheiterte Absprache keinen eigenständigen Strafmilderungsgrund darstellen kann. Auf diese Weise können bei Abgabe eines Geständnisses enttäuschte Erwartungen des Angeklagten schon nicht kompensiert werden<sup>789</sup>. In den hier erörterten Konstellationen muss dies erst recht gelten, da ein Geständnis noch nicht abgegeben wurde und eine Kompensation nicht notwendig ist.

Dogmatisch betrachtet bildet die Ebene der Strafzumessung schon nicht die geeignete Grundlage zur Entwicklung von Schuld minderungen fernab der Schuldfrage.<sup>790</sup> Die Anerkennung selbständiger Strafmilderungsgründe ist äußerst restriktiv zu handhaben. Selbständige Strafmilderungsgründe sind erst dann anzuerkennen, wenn sie notwendig sind, um Rechtsstaatsverstöße, die nicht anderweitig vollständig abdeckbar sind, auszugleichen.<sup>791</sup> Dies gebietet bereits die in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB enthaltene Bezugnahme auf die Schuld.

#### 4.3.2.2.1 Beschluss des 1. Strafsenats vom September 2001<sup>792</sup>

In dem Beschluss des 1. Strafsenats vom 26.09.2001<sup>793</sup> deutete sich bereits eine weitergehende Bedeutung der ursprünglich in Aussicht gestellten Strafe an. Dem veröffentlichten Beschluss lassen sich keine Einzelheiten des Sachverhalts entnehmen. Der nähere Sachverhalt wurde jedoch von *Weider* dargestellt und soll an dieser Stelle zusammengefasst wiedergegeben werden<sup>794</sup>: Nachdem sich die Angeklagte in der Hauptverhandlung zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen eingelassen und geständige Angaben zur Sache gemacht hatte, Zeugen und ein Sachverständiger vernommen waren, kam es vor Schluss der Beweisaufnahme in einer Verhandlungspause zu einem Gespräch mit dem Vorsitzenden zwischen den beiden Mitgliedern der Kammer, der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger. Die Angeklagte sollte einen Rechtsmittelverzicht erklären und bekam eine Strafe in Höhe von 2 Jahren ohne Bewährung in Aussicht gestellt. Nachdem sich die Angeklagte geweigert hatte auf Rechtsmittel zu verzichten, beinhaltete das verkündete Urteil eine Gesamtstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten.

Die Revision rügte die Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens. Die Ablehnung des unzulässigen Verlangens nach dem Verzicht auf Rechtsmittel dürfe nicht als Wegfall

<sup>787</sup> Vor § 213 Rn. 20

<sup>788</sup> Unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

<sup>789</sup> S. bereits oben 4. Kapitel B.III. 3.a)

<sup>790</sup> Roxin, Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße, Rn. 589

<sup>791</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 128

<sup>792</sup> NStZ 2002, 219

<sup>793</sup> NStZ 2002, 174

<sup>794</sup> Erstaunlicherweise findet die Entscheidung in der Literatur kaum Beachtung, was jedoch auch daran liegen kann, dass es sich um einen Beschluss handelt, dessen Begründung äußerst knapp ausfällt. Äußerst knapp ist bereits die Sachverhaltsdarstellung. Die Begründung besteht lediglich aus 2 Sätzen, obwohl die Begründung eines Beschlusses sich grundsätzlich nicht von der eines Revisionsurteils unterscheidet.

eines Strafmilderungsgrundes angesehen werden, der den Ausspruch einer höheren Strafe rechtfertige. Die höhere Strafe beruhe aber allein auf der Weigerung der Angeklagten, einen Rechtsmittelverzicht zu erklären. Die dienstlichen Erklärungen des Vorsitzenden und des Berichterstatters bestätigten den Revisionsvortrag im Wesentlichen, trugen jedoch übereinstimmend vor, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt nach dem gerichtlichen Vorschlag zum Nachteil der Angeklagten verändert habe. Das Plädoyer des Verteidigers und das letzte Wort der Angeklagten hätten bisher nicht bekannte Umstände zutage treten lassen, welche die Erhöhung der Strafe gegenüber dem ursprünglichen Angebot gerechtfertigt hätten.

Es war damit nicht erwiesen, ob die Strafschärfung tatsächlich auf der Weigerung, Rechtsmittelverzicht zu erklären, beruhte.<sup>795</sup> Jedenfalls bewiesen, bzw. unstreitig in der Revisionsinstanz, war das gerichtliche Angebot und das Unterbleiben eines Hinweises, nicht erwiesen und wohl auch nicht vom Gericht zugrundegelegt war der Vortrag, dass sich nach dem letzten Wort keine Strafschärfungspunkte mehr ergeben hätten und die höhere Strafe als Sanktion für die Weigerung, Rechtsmittelverzicht zu erklären, angesehen wurde.<sup>796</sup> Dann hätte der BGH die Urteilsaufhebung wohl allein auf diesen Umstand gestützt, denn dies wäre ein offensichtlich rechtswidriger Strafzumessungsgesichtspunkt gewesen.

Der 1. Strafsenat stützte die Aufhebung des Urteils auf die Verletzung der Hinweispflicht nach § 265 StPO. Die Kammer habe es versäumt, auf die Möglichkeit der Änderung der Strafzumessung hinzuweisen. Bemerkenswert an der Entscheidung ist bereits, dass der BGH einen Hinweis für erforderlich erachtet, obwohl die Absprache gescheitert war<sup>797</sup>. Die Entscheidung wurde dahingehend interpretiert, dass auch das gerichtliche Angebot eine „Bindungswirkung“ entfalte, im Sinne der Schaffung eines Vertrauenstatbestandes, von dem das Gericht nur abweichen darf, wenn es dafür eine Rechtfertigung gibt.<sup>798</sup> Es wurde also bereits eine Orientierungsfunktion der ursprünglich zugesagten Strafe für das spätere Urteil abgeleitet.<sup>799</sup> Der BGH Sorge in diesem Fall dafür, dass eine Einschätzung des Gerichts von einer angemessenen Strafe nicht zwingend jede Bedeutung verliert. Das Scheitern einer Absprache müsse als strafzumessungsneutral gelten.<sup>800</sup>

Weider<sup>801</sup> und Schöch<sup>802</sup> sprechen von einer Bindungswirkung des Abspracheangebots. Dieser Begriff trifft das Phänomen jedoch nicht, besteht doch gerade keine Bindung an das Strafmaß, das dem Angeklagten zugesagt wurde.

Wie genau die Ausrichtung an der ursprünglich zugesagten Strafe, die der BGH in dieser Entscheidung bereits andeutete, aussieht, lässt sich anhand der weiteren Entscheidungen verdeutlichen:

#### 4.3.2.2.2 Urteil des 4. Strafsenats vom Februar 2004<sup>803</sup>

In der Entscheidung vom 19.02.2004 hatte das Landgericht den Angeklagten wegen Hehle-  
rei zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und neun Monaten verurteilt. Die Kammer hatte  
sich verpflichtet, bei einem Geständnis des Angeklagten und Begleichung einer aus einer

<sup>795</sup> Vgl. Weider NStZ 2002, 174, 175

<sup>796</sup> Weider NStZ 2002, 174, 175

<sup>797</sup> S. hierzu bereits oben S.

<sup>798</sup> Weider NStZ 2002, 174, 175, der zutreffend daraus auch die Notwendigkeit der Protokollierung gescheiterter Verständigungsgespräche folgert; vgl. auch Beulke/Swoboda, JZ 2005, 67, 74, die davon ausgehen, der 1. Senat sei einer Stellungnahme zu einer solchen Orientierungsfunktion ausgewichen.

<sup>799</sup> So auch Weider, NStZ 2002, 174

<sup>800</sup> Weider NStZ 2002, 174, 176

<sup>801</sup> NStZ 2002, 174, 176, 178

<sup>802</sup> NJW 2004, S. 3462, 3463

<sup>803</sup> 4 StR 371/03 = BGH NStZ 2004, S. 338

Vortat herrührenden Steuerschuld von 500.000 € ein Strafmaß von insgesamt vier Jahren nicht zu überschreiten. Der Angeklagte legte ein Geständnis ab, erklärte sich jedoch zur Zahlung außerstande.

Der 4. Senat stellt zunächst fest, dass eine Bindung an die Absprache nicht bestanden habe. Diese läge nur dann vor, wenn es zu der angestrebten Verständigung gekommen wäre.<sup>804</sup> (Darunter kann nur die Umsetzung der Absprache verstanden werden, denn zustande gekommen war die Verständigung.) Die Absprache war jedoch unzulässig. Wegen der Verknüpfung der in Aussicht gestellten Strafobergrenze an die Bedingung der Geständnisablegung und der Erfüllung der Steuerschuld, sei das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren verletzt worden. Könne jedes sozial anerkanntswerte Verhalten des Angeklagten, das im Rahmen der Abwägung nach § 46 Abs. 2 StGB strafmildernde Berücksichtigung finden kann, zum Gegenstand einer Absprache gemacht werden, so würde dies zu einem mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens nicht mehr zu vereinbarenden Handel mit der Gerechtigkeit führen. Der BGH führt mit dieser Entscheidung den Begriff der Konnexität<sup>805</sup> ein.<sup>806</sup>

Bereits im Sachverhalt stellt der 4. Senat fest, dass das angefochtene Urteil sich zu der gescheiterten Absprache nicht „verhält“ und deutet damit an, dass die verhängte Strafe und das ursprüngliche Angebot in einem Verhältnis zueinander stehen müssen. Dieses „Verhältnis“ stellt der Senat im Folgenden dar. Im vorliegenden Fall habe sich die Spanne zwischen in Aussicht gestellter Strafobergrenze und verhängter Gesamtstrafe nicht erklären können. Die Strafe müsse daher neu zugemessen werden.

Dieser Entscheidung lässt sich somit eine Orientierungsfunktion des gerichtlichen Strafmaßangebots für die Strafzumessung bei gescheiterter Absprache entnehmen.<sup>807</sup> Der Senat vergleicht die „angebotene“ Strafe mit der tatsächlich verhängten und beanstandet das Auseinanderklaffen. Die tatsächlich ausgesprochene Strafe muss in einem angemessenen Verhältnis zum Strafmaßangebot stehen und im Urteil begründet werden. Der Senat hat damit dem Strafmaßangebot die Funktion einer „quantifizierbaren Orientierungshilfe“<sup>808</sup> für die Strafzumessung zuerkannt. Mit seiner Argumentation erreicht der Senat, dass die Strafmaßschere in der Revision überprüft werden kann.<sup>809</sup>

Da die Bedingung Begleichung der Steuerschuld unzulässig war, hätte der Senat allein auf diesen Umstand als Verfahrensfehler abstellen können. Es kam ihm also ersichtlich darauf an, die Bedeutung der in Aussicht gestellten Strafe zu betonen. Diese ist, auch wenn die Absprache scheitert, nicht abstrakt zu sehen, so dass die Strafzumessung völlig neu und unabhängig von dieser zu treffen ist, sondern stets Anhaltspunkt für die (ohne die Absprache) zu verhängende Strafe.

Bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe steht als quantifizierbarer rechtlicher Maßstab zunächst nur der gesetzliche Strafrahmen zur Verfügung. Welchen konkreten Schuldrahmen oder Spielraum hier das Gericht ableitet, bleibt für die anderen Verfahrensbeteiligten bis zum Urteil unklar. Kommt es zwischen den Verfahrensbeteiligten zu einer Absprache, so bekommt der Angeklagte zumindest eine Gewissheit, dass eine bestimmte Strafe nicht überschritten wird, wenn die Absprache „durchgeführt“ wird. Misst man der zugesagten Strafobergrenze eine Orientierungsfunktion bei, so erhält der Angeklagte dar-

<sup>804</sup> BGH NStZ 2004, S. 338, 339

<sup>805</sup> Vgl. hierzu Weider NStZ 2004, 340

<sup>806</sup> Möglich erscheint es hier, dass der Senat hier auf die Konnexität abstellt, um ein Freikaufen zu verhindern, denn bislang wurden nichtkonnexe Leistungen des Angeklagten akzeptiert, etwa die Belastung Dritter.

<sup>807</sup> So auch Weider, NStZ 2004, 339, 340

<sup>808</sup> Schöch NJW 2004, 3462, 3465

<sup>809</sup> Weider NStZ 2004, 339, 340

über hinaus einen Anhaltspunkt auch dann, wenn es aufgrund diverser Umstände nicht zur Umsetzung der Absprache kommt. Bindend in diesem Sinne ist der Weg, auf dem das Gericht zu dem Ergebnis kommt, nicht jedoch die quantifizierbaren Komponenten, die eingesetzt werden.

Fällt ein Faktor weg, der bei der Strafzusage für das Maß der Strafe Berücksichtigung fand, so kann die anschließend ausgesprochene Strafe keine größere Differenz aufweisen, als eben dieser Faktor. In der angesprochenen Entscheidung bedeutet das: Wenn von der ursprünglichen Strafmaßschuld das Geständnis und die gedachte Begleichung der Steuerschuld als strafmildernde Faktoren abgezogen werden und sich so ein Strafmaß von vier Jahren ergibt, so kann die ursprüngliche Strafmaßschuld abzüglich der strafmildernden Wirkung des Geständnisses - jetzt aber ohne Abzug für die Strafmilderung der Begleichung der Steuerschuld - nicht eine Differenz von einem Jahr und neun Monaten ausmachen. Das wäre aber nach der Strafzumessung des Landgerichts, das fünf Jahre und neun Monate verhängt hatte, der Fall gewesen.

Es lässt sich dieser Entscheidung damit auch ein erhöhter Legitimierungszwang für die Tatgerichte entnehmen, wenn die zugesagte Strafobergrenze nachträglich bei einer Änderung der Sachlage überschritten wird.

#### 4.3.2.2.3 Beschluss des 5. Senats vom Januar 2004<sup>810</sup>

In dem Beschluss vom 09.06.2004 lag dem 5. Strafsenat folgender Sachverhalt vor: Am ersten Hauptverhandlungstag war es zwischen Gericht, Staatsanwalt und Verteidiger zu einer Verständigung gekommen, bei der im Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze von vier Jahren in Aussicht gestellt worden war. Zudem sollten weitere 23 angeklagte Diebstähle nach § 154 II StPO eingestellt werden und in die Gesamtfreiheitsstrafe die Einzelstrafen aus einer anderen rechtskräftigen Verurteilung des Angeklagten durch das AG Tiergarten wegen Diebstahls in sechs Fällen und vorsätzlicher Körperverletzung zu 10 Monaten Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen werden. Nachdem der Angeklagte vollumfänglich geständig war, erkannte die Strafkammer (rechtlich zutreffend), dass die Einbeziehung wie sie beabsichtigt war, nicht zulässig sei.<sup>811</sup> Hierauf wurde der Angeklagte hingewiesen und ohne die in Aussicht genommene Einbeziehung zu einer Gesamtstrafe von vier Jahren (was dem in Aussicht gestellten Strafobermaß entsprach) verurteilt.

Der 5. Strafsenat stellt fest, dass dies gegen das Gebot fairer Verfahrensgestaltung verstoße. Zwar sei das Landgericht nicht verpflichtet gewesen, sondern vielmehr aus rechtlichen Gründen gehindert, die nachträgliche Gesamtstrafenbildung aufgrund der Zusage vorzunehmen. Auch habe das Gericht seiner Hinweispflicht genügt. Ein Fairnessverstoß liege jedoch vor, weil sich das Gericht in nicht nachzuvollziehender Weise in Widerspruch zu seinen eigenen im Rahmen der Verständigung gefundenen und bekannt gegebenen Rechtsfolgenbewertungen gesetzt habe.<sup>812</sup> Aus sich aufdrängenden Gerechtigkeitserwägungen habe aber eine Gesamtstrafe ohne Einbeziehung von 7 rechtskräftigen Einzelstrafen geringer ausfallen müssen, als eine solche mit der beabsichtigten Einbeziehung. Die ursprünglich in Aussicht gestellte Strafe habe das ursprünglich vorgesehene Maß unterschreiten müssen.

<sup>810</sup> 5 StR 181/04 in NStZ 2005, 115

<sup>811</sup> Die hier abgeurteilten Taten waren nicht vor sondern nach dem Urteil des AG Tiergarten begangen worden, so dass eine Einbeziehung nach § 55 StGB nicht möglich war.

<sup>812</sup> BGH NStZ 2005, 115, 116

Der Senat nimmt hier einen Sonderfall an, in dem er „auf den Fairnessverstoß ausnahmsweise mit einer Durchentscheidung in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO zu reagieren“ habe.<sup>813</sup> Er kommt zu einer Strafe von drei Jahren und drei Monaten.

Auch die Entscheidung des 5. Strafsenats zeigt: Das Gericht darf zwar von der zugesagten Strafe, nicht aber von den Straffindungsgrundsätzen abweichen, die es zugrunde gelegt hat. Diese sind bindend. Zur Begründung zieht der Senat den fair-trial-Grundsatz bzw. „sich aufdrängende Gerechtigkeitserwägungen“ heran. Die Entscheidung des 5. Senats zeigt weiter, dass die Orientierungsfunktion auch dann zum Tragen kommt, wenn ein strafehöhender Umstand wegfällt. Dann darf die verhängte Strafe gerade nicht der ursprünglich in Aussicht gestellten Strafe entsprechen. Die Strafe mit der Einbeziehung darf nicht mit der Strafe ohne die Einbeziehung übereinstimmen.

Die Orientierungsfunktion eines etwaigen Strafmaßangebots führt in dieser Entscheidung sogar dazu, dass der BGH in analoger Anwendung des § 354 StPO die Strafe selbst ausspricht.

#### 4.3.2.2.4 Zusammenfassung

Es konnte aufgezeigt werden, dass der BGH dem Strafmaßangebot eine Orientierungsfunktion in der Weise zuerkennt, dass die ursprüngliche Einschätzung des Gerichts nicht automatisch jegliche Bedeutung verliert.

Dabei scheint der BGH nach einem Schema vorzugehen, in dem nicht nur das Verhältnis des Angebots zu verhängter Strafe abzüglich etwaig weggefallener Strafmilderungsgründe stimmen muss, sondern es auch berücksichtigt werden muss, wenn ein strafehöhender Umstand wegfällt. Dann muss die Strafe entsprechend niedriger ausfallen. Die in Aussicht gestellte Strafe hat damit eine Präjudizwirkung, in dem das Angebot den Ausgangspunkt bildet.

Ähnliche Erwägungen werden auch dem zivilrechtlichen Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zugrunde gelegt.<sup>814</sup> Als Geschäftsgrundlage im Zivilrecht gelten die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Partei auf diesen Vorstellungen aufbaut.<sup>815</sup> Die Geschäftsgrundlage ist vom Vertragsinhalt zu unterscheiden.

Überträgt man diese Grundsätze auf die Absprache im Strafprozess, so stellt das Geständnis und die zugesagte Strafobergrenze den Vertragsinhalt dar. Die Straffindungsgrundsätze, die das Gericht zugrunde legt, sind dabei als Geschäftsgrundlage zu sehen. Beim Wegfall der Geschäftsgrundlage im Zivilrecht kommt es nicht zur Auflösung des Vertrags, sondern es kommt zu einer Anpassung seines Inhalts an die veränderten Verhältnisse.<sup>816</sup>

Die Anpassung an die geänderten Verhältnisse kann dabei in der Herabsetzung einer Verbindlichkeit<sup>817</sup> oder in der Anpassung der Zahlungsverpflichtung<sup>818</sup> bestehen. Eine Fallgruppe, in der diese Grundsätze angewendet werden, ist die Äquivalenzstörung. Teilweise wurde der Begriff des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bereits beim Fehlschlagen der Absprache verwendet. Nunmehr resultieren daraus auch die im Zivilrecht sich ergebenden Folgen, nämlich die Anpassung des „Vertrags“.

<sup>813</sup> BGH NStZ 2005, 115, 116

<sup>814</sup> Im Zusammenhang mit der gescheiterten Absprache wird bislang der Begriff des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gebraucht.

<sup>815</sup> Palandt 59. Aufl. § 242 Rn. 113

<sup>816</sup> Palandt 59. Aufl. § 242 Rn. 130

<sup>817</sup> BGH NJW 1958, 758

<sup>818</sup> BGHZ 25, 390

### 4.3.2.3 Bewertung

Die Orientierungsfunktion wird teilweise kritisch gesehen.<sup>819</sup> *Heller*<sup>820</sup> lehnt eine Orientierungsfunktion wohl ab, wenn er ausführt, dass das Revisionsgericht bei einer gescheiterten Absprache die durch die Zusicherung ausgelöste Bindung nicht einfach „zurechtrücken“ könne. In den neueren Entscheidungen scheint der BGH jedoch genau eine solche Anpassung vorzunehmen.

Eine weitere Auffassung<sup>821</sup> wendet ein, der Begriff gaukele einen in Wahrheit nicht oder allenfalls vermindert bestehenden Vertrauensschutz vor. Der Angeklagte dürfe, wenn er im Ergebnis doch nicht kooperiert, nicht darauf vertrauen, so gestellt zu werden, als habe er kooperiert, wenn ihm doch gerade die Kooperation „vergolten werden sollte“.

*Weider*<sup>822</sup> und *Schöch*<sup>823</sup> begrüßen hingegen eine derartige Ausrichtung an der zugesagten Strafobergrenze. Bei näherer Betrachtung zeigt, sich, dass beide Ansichten von unterschiedlichen Ausgangspunkten ausgehen. *Weider* und *Schöch* scheinen vorauszusetzen, dass die Strafmilderung für die „Leistung“ des Angeklagten, also beispielsweise das Geständnis, gewährt wird und dieser Strafmilderungsfaktor genau das Quantum darstellt, das bei einem Scheitern abzuziehen ist. Nach dieser Auffassung ist die Kooperation an sich demnach strafzumessungsneutral. *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* gehen dagegen offensichtlich davon aus, dass die Kooperation selbst strafzumessungsrechtliche Bedeutung hat, wenn ausgeführt wird, dass das Gericht ein „Strafmaß für den Fall der Kooperation“ nennt und der bei einem „Ausbleiben der Kooperation mögliche(n) Strafmaßunterschied“ unterschätzt werde.<sup>824</sup> Bei diesem Verständnis wird jedoch verkannt, dass auch im Rahmen einer Absprache, wie bereits aufgezeigt<sup>825</sup>, Strafmilderung nur dann in Betracht kommt, wenn die „Leistung“ des Angeklagten auch tatsächlich strafmildernd wirken kann. Die „bloße Kooperation“ kann nicht als strafmildernder Faktor gelten. Zudem bedeutet die „Orientierungsfunktion“ der in Aussicht gestellten Strafe auch nicht, dass der Angeklagte so gestellt wird, als habe er kooperiert. Die Kooperation an sich kann keine strafmildernde Wirkung haben. Dies ergibt sich bereits aus den vorangegangenen Erörterungen bei der Frage der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses.

Für eine Orientierungsfunktion der in Aussicht gestellten Strafe spricht auf den ersten Blick, dass die Kooperation des Angeklagten, die strafzumessungsneutral ist und sein muss, bei dieser Vorgehensweise auch nicht zum strafmaßrelevanten Gesichtspunkt wird. Dies würde bedeuten, dass nur diejenigen Aspekte strafzumessungsrechtlich relevant werden, die ohnehin für die Strafzumessung bedeutsam sind. Sieht man die Kooperation und das Scheitern der Absprache als strafzumessungsneutral an und geht davon aus, dass das Gericht eine schuldangemessene Strafe verhängt hat, so kommt man zwangsläufig zu der Annahme, dass das Quantum, dem das Gericht den strafzumessungsrechtlich bedeutsamen Fakt beimisst, auch bei einer gescheiterten Absprache noch Bedeutung haben muss, denn auch das Scheitern ist strafzumessungsneutral.

Um zu prüfen, ob es sachgerecht ist, dem Angeklagten bei einer gescheiterten/nicht zustande gekommenen Absprache eine derartige Orientierungsfunktion zuzumessen, bietet sich ein Blick auf die Rechtswirklichkeit an: In der Literatur und auch bei Praktikern ist

<sup>819</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 278

<sup>820</sup> S. 133

<sup>821</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 278

<sup>822</sup> NStZ 2002, S. 174ff.

<sup>823</sup> NJW 2004, S. 3462ff.

<sup>824</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 278

<sup>825</sup> Vgl. S. 70

die Rede von gigantischen Strafrabatten,<sup>826</sup> die unter Verweis auf § 46 StGB gewährt werden, die es in dieser Form bislang nicht gibt.<sup>827</sup>

Es muss vor diesem Hintergrund die Frage gestellt werden, wofür tatsächlich die Strafmilderung eingeräumt wird. Bei einer empirischen Untersuchung von *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl* wurde danach gefragt, wie Richter, die Strafmilderung bei einem Geständnis, das zuvor abgesprochen wurde, begründen. 58,1 % der Richter gaben prozessökonomische Überlegungen als Gründe für die Strafmilderung an.<sup>828</sup> Teilweise wurde für die Abgabe eines Geständnisses die Strafe halbiert.<sup>829</sup> Daher zeigt ein Blick auf die Praxis, dass die Strafmilderung für die Kooperation und die damit verbundene verfahrensbeschleunigende Wirkung gewährt wird, nicht jedoch unbedingt für Umstände, die auf die Tatschuld des Täters schließen lassen.

Damit ist der neuralgische Punkt einer Orientierung an der zugesagten Strafobergrenze angesprochen. Werden in der Praxis bereits bei der Inaussichtstellung der Strafe „gigantische Strafrabatte“ gewährt, so setzt sich dies bei einer Orientierung an der zugesagten Strafobergrenze fort. Lässt man nun der in Aussicht gestellten Strafe eine Präjudizierungswirkung in der oben geschilderten Weise für die später verhängte Strafe zukommen, so bedeutet dies, dass man die Kooperation, die ursprünglich vorhanden oder zumindest angedacht war, auch honoriert, wenn sie später wegfällt. Da bereits die Berücksichtigung von verfahrensökonomischem Verhalten einen Verstoß gegen die Grundsätze der Strafzumessung bedeutet, wird mit der Berücksichtigung der in Aussicht gestellten Strafe bei der Strafzumessung der Verstoß gegen das Strafzumessungsrecht perpetuiert.

Diese Gefahr scheint auch der 5. Senat in seiner oben dargestellten Entscheidung zu erkennen, denn er schließt zunächst Anhaltspunkte aus, die dafür sprechen könnten, dass das zugesagte Strafmaß gegen Grundsätze gerechter Straffindung verstoßen würde.<sup>830</sup>

Folgt man also der Konstruktion der Orientierung des Angebots bei einer Absprache, so muss stets ausgeschlossen werden, dass bereits die in Aussicht gestellte Strafe schuldunangemessen war. Dies ist jedoch, wie die Ausführungen gezeigt haben, häufig zweifelhaft.

#### 4.4 Die Verfahrensbeteiligten

In seiner Leitentscheidung aus dem Jahr 1997 sieht der BGH die Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten als unverzichtbares Kriterium für die Zulässigkeit von Verständigungen an. „Da derartige Gespräche für das weitere Verfahren und das Urteil von erheblicher Bedeutung sind, dürfen sie nur in Kenntnis und unter –Mitwirkung aller am Verfahren Beteiligten und der zur Entscheidung berufenen Personen stattfinden.“<sup>831</sup> Da es sich bei den Absprachen um ein konsensuales Vorgehen handelt, scheint diese Aussage auch nur zu selbstverständlich. Auch in der Literatur wird der Umstand der Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten als selbstverständliche Voraussetzung einer zulässigen Absprache behandelt<sup>832</sup> und nicht in Frage gestellt.

<sup>826</sup> Schünemann FS Rieß 525, 540

<sup>827</sup> Siolek FS Rieß 563, 572;

<sup>828</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 163

<sup>829</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 162 Übersicht 49

<sup>830</sup> BGH NStZ 2005, 115, 116 „Anhaltspunkte, dass das bei der Absprache zugesagte Strafmaß in irgendeiner Weise zum Vorteil oder Nachteil des Angeklagten gegen Grundsätze gerechter Straffindung verstoßen, etwa unvertretbar hoch oder unvertretbar niedrig gewesen wäre, sind nicht ersichtlich;“

<sup>831</sup> BGH St 43, 195, 206

<sup>832</sup> Vgl. nur Küpper/Bode Jura 1999, 351, 360

Aus der Rechtspraxis wird hingegen anderes berichtet. Die Idealvorstellung, nach der eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung stattfindet, bei der die Beteiligung kein Problem darstellt, findet sich in der Praxis nicht. Vielmehr finden Vorgespräche statt, die dann allenfalls in der Hauptverhandlung offen gelegt werden. Als „die vier dominierende(n) Partner der Verständigungskommunikation“ werden der Vorsitzende, der Berichterstatter, der Staatsanwalt und der Verteidiger angesehen.<sup>833</sup> Eine Beteiligung der Verfahrensbeteiligten ist bei diesem Vorgehen nicht gewährleistet. So halten es beispielsweise 51 % von befragten Verteidigern, für ausreichend, dem Mandanten nur das Ergebnis der Absprache mitzuteilen.<sup>834</sup> Die Schöffen und der Angeklagte werden bei den Gesprächen weitgehend ausgeschlossen. Der 4. Strafsenat entschied daher, dass Verständigungsgespräche nur in Kenntnis und unter Mitwirkung aller am Verfahren Beteiligter und der zur Entscheidung berufener Personen stattfinden dürfen. Es stellte sich jedoch angesichts der damals vorgefundenen Gegebenheiten die Frage, ob der 4. Senat in seiner Grundsatzentscheidung die Formel „Keine Absprache ohne Beteiligung des Angeklagten und der Schöffen“ tatsächlich so verstanden wissen wollte, dass sämtliche Gespräche, die zu einer Absprache führen sollten oder unter Umständen nur der Vorbereitung einer solchen dienen sollten unter Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten stattzufinden hatte.<sup>835</sup>

Die Antwort hierauf gibt der Senat selbst. Zwar führt er aus, dass die Hauptverhandlung zur bloßen Fassade würde, wenn die Absprache aus der Hauptverhandlung hinausgelagert und in der Hauptverhandlung nicht offen gelegt wird.<sup>836</sup> Eine Verständigung zwischen dem Gericht und den anderen Verfahrensbeteiligten, welche die Einlassung des Angeklagten und die Höhe der Strafe zum Gegenstand hat, müsse folglich in öffentlicher Hauptverhandlung erfolgen. Dies schließe es jedoch nicht aus, dass es vor oder außerhalb der Hauptverhandlung zu Vorgesprächen zwischen den Beteiligten komme, um die Bereitschaft zu Gesprächen und die jeweiligen „Verhandlungspositionen“ abzuklären.<sup>837</sup>

Die Rechtsprechung ist nun darauf hin zu untersuchen, welche Beteiligung von welchen Personen sie für die Zulässigkeit bzw. das Zustandekommen der Absprachen als unerlässlich aussieht. Insbesondere aber auch, wie diese Beteiligung auszusehen hat.

Da die Problematik der Anwesenheits- und Mitwirkungsrechte eng mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz verbunden ist, und diese Punkte auch in den meisten Entscheidungen des BGH gemeinsam erörtert und problematisiert werden, soll in diesem Zusammenhang zunächst untersucht werden welche Anforderungen die Rechtsprechung aus diesem Grundsatz für die Absprachen folgert.

#### 4.4.1 Folgerungen aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz – Recht auf Information

Der in § 169 S. 1 GVG und in § 6 Abs. 1 EMRK niedergelegte Grundsatz besagt, dass die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich sein muss.

Es liegt daher die Annahme nahe, dass eine Verständigung als Teil der Hauptverhandlung zu sehen ist und damit vollständig in der Hauptverhandlung zustande kommen muss. Eine private Kontaktaufnahme zwischen den Beteiligten lässt sich jedoch nur schwer unterbinden.<sup>838</sup>

<sup>833</sup> Schünemann, Gutachten, B 89

<sup>834</sup> Schünemann NJW 1989, 1901ff.

<sup>835</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 81

<sup>836</sup> BGH St 43, 195, 205

<sup>837</sup> BGH St 43, 195, 206

<sup>838</sup> Weigend BGH-FG 1011, 1031

Die Rechtsprechung akzeptiert es daher, dass zwischen den Beteiligten auch Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung geführt werden.

Wie bereits angesprochen, hält der 4. Senat solche Vorgespräche für zulässig. Der wesentliche Inhalt und das Ergebnis dieser Vorgespräche sei jedoch anschließend in der Hauptverhandlung offen zu legen.<sup>839</sup>

Problematisch daran ist, dass der 4. Senat nicht zu erkennen gibt, was noch zulässiges Vorgespräch und was eine Absprache ist, die zwingend öffentlich stattzufinden hat. Es fehlt an einem klaren Abgrenzungskriterium.<sup>840</sup> Je nach Inhalt können die Vorgespräche eine erhebliche Bedeutung für das Ergebnis der Hauptverhandlung haben. Es besteht die Gefahr, dass die Beteiligten willkürlich bestimmen können, was Gegenstand der Hauptverhandlung ist und was nicht.<sup>841</sup> Der 4. Senat geht davon aus, dass der wesentliche Inhalt und das Ergebnis solcher Vorgespräche in der Hauptverhandlung offen gelegt werden müssen.<sup>842</sup> Unklar bleibt an dieser Stelle jedoch auch, welche Anforderungen an diese Offenlegung zu stellen sind. Nach der hier vertretenen Auffassung<sup>843</sup> genügt es dabei nicht, lediglich das Ergebnis und die Tatsache, dass es auf einer Absprache beruht, mitgeteilt werden.<sup>844</sup> Erforderlich ist zumindest, dass auch eine Information über Art und Weise des Zustandekommens der Absprache mitgeteilt wird, denn nur so ist eine sachliche Beurteilung des weiteren Verfahrens, insbesondere der Glaubwürdigkeit des Geständnisses des Angeklagten, möglich.<sup>845</sup>

Der 4. Senat führt weiter aus, die Erörterung in öffentlicher Hauptverhandlung gewährleiste auch die Einhaltung eines weiteren für die Zulässigkeit von Verständigungen unverzichtbaren Kriteriums nämlich die Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten.<sup>846</sup> Da derartige Gespräche für das weitere Verfahren und für das Urteil von erheblicher Bedeutung sind, dürften sie nur in Kenntnis und unter Mitwirkung aller am Verfahren Beteiligten und der zur Entscheidung berufenen Personen stattfinden. Aus diesen Aussagen ist zu schließen, dass die Einhaltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes und die Einbeziehung aller Beteiligten im Sinne einer Mitwirkung zwei (selbständige) jeweils zu erfüllenden Kriterien sind.

Bei der Beteiligung an einer Absprache ist demzufolge zu unterscheiden zwischen dem Recht, über die Absprache vollständig informiert zu werden und der Mitwirkung an einer Absprache. Die Mitwirkung kann in einer bloßen Stellungnahme liegen, es kann jedoch auch eine so weit gehende Mitwirkung vorliegen, dass der jeweilige Beteiligte das Zustandekommen der Absprache verhindern kann. Es ist daher zu unterscheiden zwischen Information, Recht zur Stellungnahme und einem Vetorecht. Das Recht zur Information ergibt sich, wie bereits dargestellt, als Mindeststandard aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz. Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedem Verfahrensbeteiligten zumindest ein Recht auf Information zusprechen will. Damit ist nach Auffassung des 4. Strafsenats der Öffentlichkeitsgrundsatz gewahrt. Offen bleibt jedoch die Frage, ob und wie weit eine Einbeziehung der Beteiligten in die Gespräche zu erfolgen hat.

---

<sup>839</sup> BGHSt 43, 195, 206

<sup>840</sup> Kintzi FS Hannack 177, 180

<sup>841</sup> Vgl. Siolek, Verständigung, S. 155

<sup>842</sup> Der 4. Strafsenat sieht in der Offenlegung eine Kompensation der nicht öffentlichen Absprache, vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 158

<sup>843</sup> Vgl. oben S. 32

<sup>844</sup> So aber Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 71

<sup>845</sup> So auch Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 154

<sup>846</sup> BGHSt 43, 195, 206

## 4.4.2 Die Einbeziehung der einzelnen Beteiligten

Verfahrensbeteiligte sind diejenigen, die nach dem Gesetz eine Prozessrolle ausüben, d. h. durch eigene Willenserklärungen im prozessualen Sinn gestaltend mitwirken dürfen oder müssen.<sup>847</sup>

Die Senate divergieren insbesondere in der Frage, inwieweit die Staatsanwaltschaft einzu-beziehen ist. Diese Prüfung bildet deshalb den Schwerpunkt der nachfolgenden Erörterungen. Zunächst ist jedoch die Beteiligung des Angeklagten, des Gerichts, der Schöffen und des Nebenklägers einer Betrachtung zu unterziehen.

### 4.4.2.1 Angeklagter

Die Beteiligung des Angeklagten bei den Verständigungsgesprächen ist Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs.<sup>848</sup> Durch die Verlagerung eines Teils der Beweisaufnahme auf die informellen Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung ist jedoch die Wahrnehmung der verschiedenen Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte durch den Angeklagten nicht mehr uneingeschränkt möglich.<sup>849</sup> Es besteht die Gefahr, dass dieser erst durch seinen Verteidiger von der Verständigung erfährt.

Eine Analyse der BGH Rechtsprechung zeigt, dass dem BGH häufig Entscheidungen vorlagen über Verständigungen, bei denen der Angeklagte nicht beteiligt war. So lag dem 1. Strafsenat eine Entscheidung des Landgericht München 1 vor, bei denen Gespräche geführt worden waren, an denen keiner der Angeklagten beteiligt wurde. Beteiligt wurden in einem ersten Gespräch vor der Hauptverhandlung die drei Berufsrichter, von jedem Angeschuldigten zumindest ein Verteidiger sowie Vertreter der Staatsanwaltschaft. Bei einem weiteren Gespräch während einer Unterbrechung der Sitzung wurden auch die Schöffen hinzugezogen. Der 1. Strafsenat kritisiert diese Vorgehensweise mit keinem Wort. Auch in weiteren Fällen, die dem BGH vorlagen, wurde der Angeklagte nicht an den Gesprächen beteiligt.<sup>850</sup> Es existiert (soweit ersichtlich) keine Entscheidung, bei der ein Urteil aufgrund einer Absprache aufgehoben wurde, an der der Angeklagte nicht beteiligt wurde.

Der 4. Strafsenat hat jedoch in seiner Grundsatzentscheidung<sup>851</sup> entschieden, dass eine Absprache ohne Beteiligung des Angeklagten selbst unzulässig ist. Vorgespräche ohne den Angeklagten seien jedoch möglich. Dass es bislang zu keiner Aufhebung aus dem Grund der mangelnden Beteiligung des Angeklagten kam, zeigt, dass der Begriff des Vorgesprächs von den Senaten selbst extensiv ausgelegt worden war. Diese Interpretationsmöglichkeit wurde vom 4. Senat ermöglicht, da er kein klares Abgrenzungskriterium an die Hand gab. Lässt man diese Vorgespräche zu, ohne dass man ein klares Abgrenzungskriterium hat, so scheint im Ergebnis lediglich ein Recht des Angeklagten auf Information zu bestehen. Bei einer Befragung gaben lediglich 22,4 % von befragten Verteidigern, Richtern und Staatsanwälten an, dass der Angeklagte überhaupt schon einmal an Verständigungsgesprächen teilgenommen habe.<sup>852</sup>

<sup>847</sup> Meyer-Goßner Einl. Rn. 71

<sup>848</sup> Rönna, Absprache, S. 199

<sup>849</sup> So auch Rönna, Absprache, S. 201

<sup>850</sup> BGH StV 2000, 556; BGH StV 2001, 554

<sup>851</sup> BGHSt 43, 195, 206

<sup>852</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 88, der jedoch darauf hinweist, dass diese Menge in anderen Deliktsbereichen als Wirtschaftsstrafverfahren eher geringer ausfallen wird, da die Angeklagten in Wirtschaftsstrafverfahren über ausgeprägte kommunikative Fähigkeiten verfügen und aus gehobenen Gesellschaftsschichten stammen.

Wird der Angeklagte bei den Verständigungsgesprächen nicht beteiligt, so besteht die Gefahr, dass über seinen Kopf hinweg verhandelt wird. Nach einer Ansicht verstößt die Absprache ohne Beteiligung des Angeklagten gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>853</sup>, welcher zu den rechtsstaatlichen Essentialien gehört<sup>854</sup>. Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet, dass der Beschuldigte im Strafverfahren Gelegenheit erhält, sich zu dem einer Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt grundsätzlich vor deren Erlass zu äußern und damit das Gericht in seiner Willensbildung zu beeinflussen.<sup>855</sup> Der Beschuldigte muss zu allen Tatsachen und Beweisergebnissen der gerichtlichen Entscheidung Stellung nehmen können.<sup>856</sup> Bleibt dem Angeklagten jedoch nur die Chance, einer Bestätigung des ihm vom Verteidiger präsentierten Ergebnis, so wird ihm diese Möglichkeit in gewisser Weise genommen, denn er gibt lediglich eine Stellungnahme zu den abspracherelevanten Tatsachen ab. Zwar lässt sich argumentieren, dem Angeklagten sei ja über seinen Verteidiger rechtliches Gehör gewährt worden, jedoch greift dieses Argument nur, wenn dem Angeklagten nach den Verständigungsgesprächen zumindest der wesentliche Inhalt der Gespräche mitgeteilt wird. Es ist jedoch häufig zu beobachten, dass Mandanten von ihrem Verteidiger nur bruchstückhaft und sehr spät informiert werden.<sup>857</sup> 51 % der Verteidiger halten es einer Studie *Schünemanns* zufolge für ausreichend nur das Ergebnis der Absprache mitzuteilen.<sup>858</sup> Der Angeklagte erlangt somit häufig nicht einmal die notwendige Information. Er kann eine Stellungnahme lediglich zu einem Ergebnis der Absprache abgeben, deren Zustandekommen er noch nicht einmal kennt.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Angeklagte bei den einzelnen Verständigungsgesprächen anwesend sein muss, um den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu wahren. Er hat ein Recht zur Stellungnahme. Dieses läuft leer, wenn man ihm lediglich das Ergebnis der Absprache mitteilt. Naturgemäß hat der Angeklagte bei einer Absprache zwischen dem Gericht und dem Verteidiger, auch die Möglichkeit, einem Abspracheergebnis nicht zuzustimmen und die Absprache im Ganzen zu verhindern.

#### 4.4.2.2 Gericht (= Berufsrichter)

Absprachenkonstellationen ohne Beteiligung des Gerichts sind lediglich vor Eröffnung des Hauptverfahrens denkbar.

Fallkonstellationen, in denen im Ermittlungsverfahren zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft Verständigungen getroffen werden, die unter Beachtung der bestehenden Rahmensezung durch Gesetz, Rechtsprechung und insbesondere Spruchpraxis des betroffenen Gerichts dieses faktisch zu einer bestimmten Entscheidung zwingt, ohne selbst an dieser Entscheidung beteiligt gewesen zu sein, verletzen jedoch Art. 92 GG,<sup>859</sup> nach dem die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Art. 92 GG ist auch dann verletzt, wenn zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft eine Vereinbarung dahingehend getroffen werden soll, dass bestimmte Taten gar nicht angeklagt werden.

*Zschokelt*<sup>860</sup> plädiert hingegen für eine Verhandlung zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft. Der Richter solle dann prüfen, ob das Ergebnis der Verhandlung mit Recht und Gesetz und seinem richterlichen Gewissen zu vereinbaren ist. Dabei entstehen jedoch nicht

<sup>853</sup> Rönna, Absprache, S. 176

<sup>854</sup> BVerfGE 9, 95

<sup>855</sup> BVerfGE 63, 45, vgl. hierzu bereits oben S. 60

<sup>856</sup> BVerfGE 60, 175, 210

<sup>857</sup> Tschwerwinka S. 108

<sup>858</sup> Schünemann NJW 1989, 1895, 1901

<sup>859</sup> Braun S. 47

<sup>860</sup> Zschokelt NSTZ 1996, 449

nur Friktionen mit Art. 92 GG. Dieses Vorgehen wird kaum dem Unmittelbarkeitsgrundsatz gerecht werden können.

Da auch im Regelfall eine Leistung des Gerichts Absprachegegenstand ist, ist das Gericht zwingend Beteiligter.<sup>861</sup> Da das Gericht es in der Hand hat, ob eine Absprache getroffen wird oder nicht, hat es naturgemäß auch die Möglichkeit, eine Absprache zu verhindern.

#### 4.4.2.3 Schöffen

Der Richterbegriff des Art. 92 GG umfasst nicht nur die Berufsrichter, sondern auch die ehrenamtlichen Richter.<sup>862</sup> Nehmen an den Verständigungsgesprächen nur der Vorsitzende und/oder Berichterstatter teil, so verstößt dies gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters, Art. 101 I 2 GG, § 16 GVG.<sup>863</sup> § 30 GVG garantiert den Schöffen ein gleichberechtigtes und gleichrangiges Mitwirkungsrecht innerhalb der Hauptverhandlung neben den Berufsrichtern. Nur wenn die Schöffen an einer Absprache auch außerhalb der Hauptverhandlung teilnehmen, haben sie denselben Informationsstand wie die oder der an der Absprache beteiligte Richter.<sup>864</sup> Nr. 126 RiStBV verpflichtet die beteiligten Berufsrichter, dazu beizutragen, dass die Schöffen die ihnen vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben, § 30 GVG entsprechend, auch erfüllen können. Umstritten ist dabei jedoch, ob die Schöffen Aktenkenntnis haben dürfen. Die ehemals herrschende Meinung verneinte dies.<sup>865</sup> Bei Kenntnis der Schöffen vom Akteninhalt sei der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht mehr gewahrt. Zudem könnten Schöffen nicht exakt trennen, was Bestandteil der Hauptverhandlung war und was nicht. Da die Absprache in der Regel vor Schuldspruchreife getroffen wird, stellt die mangelnde Akteneinsicht der Schöffen insoweit ein Problem dar. Denn der Akteninhalt spielt bei der zu treffenden Vereinbarung eine wesentliche Rolle, weil auf dessen Grundlage eine vorläufige Einordnung getroffen wird.<sup>866</sup>

Durch die Schöffen soll jedoch das Verständnis der Bevölkerung für die Strafrechtspflege und das Vertrauen in ihre Gerechtigkeit gestärkt werden.<sup>867</sup> Würde man die Schöffen nicht in den Absprachevorgang einbeziehen, so würde man sie, wenn man sie lediglich informiert vor vollendete Tatsachen stellen.

Die Schöffen haben daher in jedem Fall ein Anwesenheitsrecht bei den Verständigungsgesprächen. Es ist nicht ausreichend, wenn mit den Schöffen Rücksprache gehalten wird, bevor eine Absprache dann letztendlich ohne deren Anwesenheit getroffen wird.<sup>868</sup> Wegen des Beratungsgeheimnisses ist auch eine nachträgliche Überprüfung der Informationsweitergabe an die Schöffen nicht gewährleistet.<sup>869</sup> Eine Anwesenheit der Schöffen ist bereits deshalb unerlässlich, da diese sonst keine Beurteilungsgrundlage für die Berücksichtigung des Geständnisses haben. Die Absprache und insbesondere das Geständnis lässt sich nur bei Beobachtung des gesamten Kommunikationsprozesses zuverlässig beurteilen.<sup>870</sup> So ist es zum Beispiel von Bedeutung von wem die Initiative zur Absprache ausgeht.<sup>871</sup> Erst dann lässt sich auch einordnen, ob es sich um eine ausgewogene Verständigung oder um einen

---

<sup>861</sup> Vgl. Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 128, die bei einer Qualifizierung der Absprache als Vertrag das Gericht als Vertragspartner ansieht.

<sup>862</sup> Herzog in Maunz/Dürig Art. 92 Rn. 86

<sup>863</sup> Braun S. 48; in diese Richtung auch Landau/Eschelbach NJW 1999, 321, 325

<sup>864</sup> Bogner, Absprachen, S. 32

<sup>865</sup> BGH JR 1961, 30

<sup>866</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 103

<sup>867</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 I Rn. 16

<sup>868</sup> So aber Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 103

<sup>869</sup> Landau/Eschelbach NJW 1999, 323, 325

<sup>870</sup> S. bereits oben 2. Kapitel A. IV, S. 32

<sup>871</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 154

Handel mit der Gerechtigkeit handelt.<sup>872</sup> Da sie die gleichen Befugnisse besitzen wie der Richter, ist den Schöffen auch ein Mitwirkungsrecht einzuräumen in der Weise, dass sie das Zustandekommen einer Absprache verhindern können.

Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bei der eine mangelnde Beteiligung der Schöffen bemängelt wurde, liegt bislang, soweit ersichtlich, nicht vor.

#### 4.4.2.4 Nebenkläger

Die Beteiligung des Nebenklägers wurde soweit ersichtlich in der Rechtsprechung bislang weder obiter dicta noch in den tragenden Gründen problematisiert. Der Nebenkläger ist jedoch selbständiger Verfahrensbeteiligter.<sup>873</sup> Nach einer Auffassung in der Literatur ist der Nebenkläger in jedem Fall an den Gesprächen zu beteiligen.<sup>874</sup> Der Nebenkläger habe das Recht, sein privates Genugtuungsinteresse in einem fairen Verfahren geltend zu machen und in der Hauptverhandlung hinsichtlich der Einwirkungsmöglichkeiten auf deren Gang und Ergebnis nicht schlechter gestellt zu werden als die anderen Verfahrensbeteiligten.<sup>875</sup> Die Rechte des Nebenklägers sind jedoch in den §§ 395ff. StPO genau ausgestaltet. Es ginge zu weit, dem Nebenkläger auch Mitwirkungsbefugnisse bei einer Absprache zuzugestehen. Auch bestünde die Gefahr, dass die Verständigungsgespräche nicht mit der gebotenen Sachlichkeit geführt werden könnten.<sup>876</sup> Der Nebenkläger hat insofern lediglich ein Informationsrecht.

#### 4.4.2.5 Staatsanwaltschaft

Um den Öffentlichkeitsgrundsatz zu wahren, ist die Offenlegung des Ergebnisses einer Absprache als Minimum der Information unerlässlich.

Als selbstverständlich erscheint es darüber hinaus, dass die Staatsanwaltschaft in die Verständigungsgespräche einzubeziehen ist.<sup>877</sup> So gaben bei einer Befragung von Beteiligten bei Verfahren vor den Wirtschaftsstrafkammern Nordrhein-Westfalens über 90 % der Richter und Verteidiger an, die Staatsanwaltschaft sei typischerweise an Verständigungsgesprächen, die vor oder außerhalb der Hauptverhandlung stattfanden, beteiligt gewesen.<sup>878</sup>

Nach § 257 c Abs. 3 des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren kommt eine Verständigung nur zustande, wenn die Staatsanwaltschaft nicht widerspricht.<sup>879</sup>

Bei den Hinweisen an die Staatsanwälte im Strafverfahren<sup>880</sup> bestimmt Ziff. 4: „Die Staatsanwaltschaft achtet darauf, dass an der Verständigung alle Prozessbeteiligten mitwirken können; In Ziff. 5 heißt es: Wird eine Verständigung ohne Einbeziehung der Staatsanwaltschaft getroffen, so prüft sie, ob die darin möglicherweise liegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör Zweifel an der Unbefangenheit des Gerichts begründet“. Die Frage der Form der Einbeziehung der Staatsanwaltschaft ist jedoch trotz dieser Rege-

<sup>872</sup> Siolek, Verständigung, S. 158

<sup>873</sup> Meyer-Goßner vor § 395 Rn. 2

<sup>874</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 102

<sup>875</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 102

<sup>876</sup> Diese Gefahr wird auch bei einer Beteiligung des Angeklagten gesehen (Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 90), welcher jedoch zwingend zu beteiligen ist.

<sup>877</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 101 „...bedarf keiner weiteren Erläuterung“; KK-Schoreit § 261 Rn. 6 „Auf die Notwendigkeit der Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten, auch der Staatsanwaltschaft, zu einer Verständigung ist hinzuweisen“.

<sup>878</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 85

<sup>879</sup> Abrufbar unter [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)

<sup>880</sup> StV 1993, 280

lungen eines der ungeklärten Probleme der derzeitigen Abspracheregungen.<sup>881</sup> In der Literatur gibt es bislang kaum Stellungnahmen. Auch der Große Strafsenat sieht diese Frage als ungeklärt an.<sup>882</sup> Die Rechtsprechung zur Frage der Einbeziehung der Staatsanwaltschaft ist alles andere als einheitlich und soll im Folgenden dargestellt werden.

#### 4.4.2.5.1 Entscheidungen zur Einbeziehung der Staatsanwaltschaft

In einigen Entscheidungen spricht sich der Bundesgerichtshof für die Einbeziehung der Staatsanwaltschaft aus.

##### 4.4.2.5.1.1 Urteil des 3. Strafsenats vom Januar 1991

Im Urteil des 3. Strafsenats vom 23.01.1991<sup>883</sup> sah dieser sich in einem obiter dictum zu folgender Aussage veranlasst: „Vertrauliche, also ohne Mitwirkung aller Prozessbeteiligten, einschließlich der Schöffen, getroffene Absprachen über die Höhe der Strafe bei einem bestimmten Verhalten des Angeklagten widersprechen – ebenso wie alle „Zusagen bezüglich der Strafzumessung (...) den geltenden Verfahrensvorschriften.“ Der Absprache lag ein offener Dissens zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft zugrunde, woraufhin die Staatsanwaltschaft das Gericht wegen Befangenheit abgelehnt hatte. Der 3. Senat sah das Gericht als befangen an; er entschied, dass bereits der Anschein einer Bindung des Gerichts vor dem letzten Wort des Angeklagten die Befangenheit des Gerichts bewirkt. Da der 3. Senat in seiner Begründung maßgeblich auf die Festlegung des Ergebnisses und der daraus folgenden Befangenheit (und nicht auf den Widerspruch der Staatsanwaltschaft) abstellt, lässt sich nicht abschließend beurteilen, inwieweit der 3. Strafsenat eine Einbeziehung der Staatsanwaltschaft für erforderlich hält. Er führt jedenfalls aus, dass vertrauliche, also ohne die Mitwirkung aller Prozessbeteiligten getroffene Absprachen über die Höhe der Strafe bei einem bestimmten Verhalten des Angeklagten den geltenden Verfahrensvorschriften widersprechen.<sup>884</sup>

##### 4.4.2.5.1.2 Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats vom August 1997 – BGHSt 43, 195<sup>885</sup>

Einigkeit schien zunächst dahingehend zu bestehen, dass die Staatsanwaltschaft in Verständigungsgespräche einzubeziehen ist. Die Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats wurde so aufgefasst, dass eine Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligter unablässige Voraussetzung für eine zulässige Absprache sei.<sup>886</sup>

Liest man die Grundsatzentscheidung jedoch genauer so könnte die geforderte Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligter in einem anderen Licht erscheinen. Der 4. Senat führt nämlich weiter aus: „Nicht zulässig ist insbesondere eine Absprache ohne Beteiligung des Angeklagten selbst oder auch unter Ausschluss der Schöffen.“ *Meyer-Goßner*, der damali-

<sup>881</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 84 Fn. 288

<sup>882</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1443: „Geregelt werden muss ferner, ob die gerichtliche Zusage auch dann verbindlich ist, wenn die StA an den Verständigungsgesprächen nicht beteiligt war oder dem Ergebnis zustimmen konnte.“

<sup>883</sup> BGHSt 37, 298

<sup>884</sup> BGHSt 37, 298, 304

<sup>885</sup> BGHSt 43, 195ff

<sup>886</sup> Vgl. etwa Weigend: BGH-FG, 1011,1030: „Eine Absprache setzt die Einbindung aller Verfahrensbeteiligter voraus“ in der Fußnote wird dann auf BGHSt 43, 195 verwiesen. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 131: „Formell sieht die Grundsatzentscheidung vor, dass die Absprache im Beisein aller Beteiligten in öffentlicher Hauptverhandlung getroffen wird.“

ge Vorsitzende des Senats, folgert daraus, dass eine Einbindung der Staatsanwaltschaft gerade nicht gemeint ist, sondern vielmehr eine Distanzierung der Staatsanwaltschaft gefordert wäre.<sup>887</sup> Unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten sei nur gemeint, dass die Absprache gegenüber allen Verfahrensbeteiligten offen gelegt werden müsse.

Der 4. Strafsenat begründet in der angesprochenen Entscheidung die Aufhebung des Urteils des Landgerichts Dortmund auch damit, dass „die Strafkammer sich mit der Abgabe einer konkreten Strafhöhe auch gegenüber der Staatsanwaltschaft verpflichtet hatte, diese zugesagte Strafe nicht zu unterschreiten“<sup>888</sup> Nach *Meyer-Goßner* werde somit die Einbeziehung der Staatsanwaltschaft in die Absprache ausdrücklich missbilligt.<sup>889</sup> Nach der Auffassung des 4. Strafsenats sollte sich die Staatsanwaltschaft an Absprachen nicht beteiligen, eine zweiseitige Absprache zwischen Verteidiger und Angeklagtem (dieser meist vertreten durch seinen Verteidiger) auf der einen Seite und dem Gericht auf der anderen Seite ist nach dieser Auffassung daher zulässig und auch ausreichend. Dass die Staatsanwaltschaft bislang einbezogen werde, liege daran, dass die Beteiligten ein rechtskräftiges Urteil mit der Absprache verfolgen.<sup>890</sup>

Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der 4. Senat überhaupt keine Beteiligung will, vielmehr soll die Staatsanwaltschaft nicht in der Weise einbezogen werden, dass sie sich auch an die Absprache bindet. *Meyer-Goßner* führt hierzu aus: „Wenn der Angeklagte auch eine Zusage der Staatsanwaltschaft will, so ist das *seine* Sache. Die Staatsanwaltschaft braucht eine solche Zusage nicht zu geben, das Gericht kann darauf nicht bestehen.“<sup>891</sup> Der Staatsanwaltschaft soll auch nach Auffassung des 4. Senats jedenfalls Gehör gewährt werden und sie soll ihre Stellungnahme abgeben. Ein Vetorecht soll der Staatsanwaltschaft aber gerade nicht zustehen, wie *Meyer-Goßner* weiter ausführt: „Natürlich darf das Gericht auch dann eine Strafobergrenze zusagen, wenn die Staatsanwaltschaft anderer Meinung ist.“<sup>892</sup>

Der 4. Strafsenat will die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft demnach nicht ausschließen. Die Staatsanwaltschaft möge, wenn sie befürchte, das Gericht werde sich bei der Strafzumessung zu weit von der Obergrenze nach unten entfernen oder sie eine in Aussicht gestellte Strafobergrenze für unvertretbar hält, dies in der Hauptverhandlung erklären.<sup>893</sup> Die Ausführungen lassen erkennen, dass eine Nichtbeteiligung der Staatsanwaltschaft es nicht ausschließt, dass die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung zu erkennen gibt, ob sie die Strafvorstellung des Gerichts teilt.<sup>894</sup>

Diese Distanzierung der Staatsanwaltschaft hält *Meyer-Goßner* deshalb für geboten, weil nur dann garantiert sei, dass das Gericht die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses überprüfe und dass es nicht „utopische“ Zusagen zur Strafhöhe mache. Zudem werde der Angeklagte keinen Rechtsmittelverzicht erklären, wenn auch die Staatsanwaltschaft vorab kei-

<sup>887</sup> Meyer-Goßner FS Gollwitzer 161, 182

<sup>888</sup> BGHSt 43, 195, 211

<sup>889</sup> So auch Meyer-Goßner FS Gollwitzer 161, 182. Da diese Aussage jedoch im Zusammenhang mit der Festlegung des Gerichts auf eine bestimmte Strafe erörtert wird, muss diese Aussage nicht als Kritik an der Einbeziehung der Staatsanwaltschaft aufgefasst werden.

<sup>890</sup> Meyer-Goßner FS Gollwitzer 161, 182; Tatsächlich ergab eine Befragung der Absprachebeteiligten beim Landgericht München, dass die Staatsanwälte wegen des Umfangs und der Schwierigkeit der Beweisaufnahme und wegen der Unsicherheit über den Verfahrensausgang ein eigenes Interesse an einer rechtskräftigen Entscheidung haben, vgl. Schöch, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, S. 150, 151

<sup>891</sup> Meyer-Goßner FS Gollwitzer 161, 182

<sup>892</sup> Meyer-Goßner FS Gollwitzer 161, 185, vgl. auch ders. ZRP 2004, 187, 189 „Als ob die Zusage einer Strafobergrenze zustimmungspflichtig wäre!“

<sup>893</sup> BGHSt 43, 195, 208

<sup>894</sup> Meyer-Goßner FS Gollwitzer 161, 184

nen Rechtsmittelverzicht erkläre.<sup>895</sup> Hierbei verkennt *Meyer-Goßner* indessen, dass die Staatsanwaltschaft auch ohne Rücksicht auf eine etwaige Absprache auf Rechtsmittel verzichten kann.<sup>896</sup> Zudem ist es auch nicht garantiert, dass der Angeklagte keinen Rechtsmittelverzicht erklärt, wenn die Staatsanwaltschaft ihrerseits keinen Rechtsmittelverzicht erklärt. Der Angeklagte, der vorab zugesagt hat, einen Rechtsmittelverzicht nach Urteilsverkündung zu erklären, wird sich gegenüber dem Gericht auch dann an sein Versprechen gebunden fühlen, wenn die Staatsanwaltschaft nicht auf Rechtsmittel verzichtet.

Wäre die Staatsanwaltschaft jedoch aus ihrer Stellung oder aus Vorschriften der StPO zwingend i. S. einer echten Mitwirkung/Zustimmung einzubeziehen, so würde diese Argumentation ohnehin leer laufen. Diese Frage wird anschließend erörtert, nachdem im Folgenden aufzuzeigen ist, dass in der Rechtsprechung auch diesbezüglich keine Einigkeit herrscht.

#### 4.4.2.5.1.3 Entscheidung des 2. Strafsenats vom November 1999<sup>897</sup>

Der 2. Strafsenat hatte in seiner Entscheidung vom 17. November 1999 die Befangenheit der Richter angenommen. Es hatten Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden, an denen auch der Vertreter der Staatsanwaltschaft beteiligt war. Die Bekanntgabe des Ergebnisses erfolgte, ohne dass der Staatsanwaltschaft zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden war. Der zweite Senat geht davon aus, dass gegenüber der Staatsanwaltschaft Anhörungspflichten bestehen und das Gericht verpflichtet ist, alle Prozessbeteiligten anzuhören, bevor es einem Angeklagten die Zusage gibt, es werde eine bestimmte Strafobergrenze nicht überschreiten. Dass der Eindruck entstand, das Gericht habe sich bereits festgelegt, sah der 2. Strafsenat in zwei Umständen begründet. Zum einen habe das Ergebnis genau dem Strafmaß entsprochen, dass die Verteidiger als Bedingung für ein Geständnis genannt hatten. Zum anderen wurde der Eindruck der Festlegung dadurch verstärkt, dass das Gericht vor Bekanntgabe des Ergebnisses, welches sich aus der Vorberatung ergab, der Staatsanwaltschaft keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben habe. Auch diese Entscheidung geht somit davon aus, dass die Staatsanwaltschaft zumindest ein Recht auf Stellungnahme zur Absprache hat. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass der 2. Strafsenat eine Gelegenheit zur Stellungnahme explizit vor Bekanntgabe des Ergebnisses an den Angeklagten annimmt, obwohl die Staatsanwaltschaft bei den Vorgesprächen anwesend war.

#### 4.4.2.5.1.4 Entscheidung des 5. Strafsenats vom Mai 2003

Der Entscheidung vom 7.5.2003<sup>898</sup> lag eine Revision der Staatsanwaltschaft zugrunde. Die auf §§ 338 Nr. 3 StPO und § 261 StPO gestützten Verfahrensrügen waren zwar mangels ausreichenden Sachvortrags unzulässig. Dennoch sah sich der Senat zu einigen Äußerungen über die Beteiligung der Staatsanwaltschaft bei einer Absprache veranlasst. Der 5. Strafsenat stellt in seinem obiter dictum fest, dass Vorgespräche nicht etwa gezielt an der Staatsanwaltschaft als einer hierbei stets umfassend und beizeiten zu informierenden Verfahrensbeteiligten vorbei geführt werden dürfen. Der Senat geht sogar davon aus, dass von vorneherein kein Vertrauenstatbestand für den Angeklagten besteht, wenn er in der Haupt-

<sup>895</sup> An anderer Stelle stellt Meyer-Goßner im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverzicht die Frage, ob die Staatsanwaltschaft sich einfach über Vorgaben des 4. Strafsenats hinwegsetzen und munter „mitdealen“ dürfe. Dies sei mit der Stellung der Staatsanwaltschaft unvereinbar ZRP 2004, 187, 188

<sup>896</sup> insbesondere ist es nach obergerichtlicher Rechtsprechung noch völlig offen, was mit einem Rechtsmittelverzicht der Staatsanwaltschaft, der Gegenstand einer Absprache war, passiert.

<sup>897</sup> BGH StV 2000, 177 (=2 StR 313/99)

<sup>898</sup> BGH 5 StR 556/02 = BGH NStZ 2003, 563

verhandlung ein Geständnis im Vertrauen auf eine gerichtliche Zusage zur Strafobergrenze ablegt, die gegen den erklärten Widerspruch der Staatsanwaltschaft oder gar ohne deren Kenntnis erteilt wurde. Werde die Staatsanwaltschaft nicht beteiligt, so könne sich der Angeklagte nicht auf die Zusage des Gerichts berufen.

Dagegen spricht schon, dass Vertrauen etwas Faktisches ist. Mit dem Ablegen des Geständnisses betätigt der Angeklagte regelmäßig sein Vertrauen.<sup>899</sup> Der Angeklagte muss auch ohne die Zustimmung der Staatsanwaltschaft auf die Zusage des Gerichts vertrauen können. Der Angeklagte wird immer auf die Rechtmäßigkeit der Akte der Justizorgane vertrauen.<sup>900</sup> Die Gegenansicht kommt bei einer Nichtbeteiligung der Staatsanwaltschaft zu einer Risikoverlagerung auf den Angeklagten, die nicht hingenommen werden kann, da die Justizorgane dafür zu sorgen haben, dass ein ordnungsgemäßes Verfahren durchgeführt wird.<sup>901</sup>

Der 5. Strafsenat lässt nicht auch keinen Vertrauenstatbestand entstehen, wenn ein Widerspruch der Staatsanwaltschaft vorliegt. Es ist daher davon auszugehen, dass der 5. Strafsenat das Zustandekommen einer Verständigung verneint, wenn ein Widerspruch der Anklagebehörde vorliegt. Der 5. Strafsenat räumt der Staatsanwaltschaft somit ein echtes Vetorecht ein. Bei Widerspruch der Staatsanwaltschaft soll noch nicht einmal ein Vertrauenstatbestand geschaffen werden. Über eine Gelegenheit zur Stellungnahme der Staatsanwaltschaft hinaus, fordert der 5. Senat bei einer Absprache eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft zum Inhalt der Absprache.

#### 4.4.2.5.2 Entscheidungen mit Tendenzen der Nichteinbeziehung der Staatsanwaltschaft

Bei einigen den Urteilen zugrunde liegenden Absprachen wurde von einer Beteiligung der Staatsanwaltschaft abgesehen.

##### 4.4.2.5.2.1 Urteil des 5. Strafsenats vom Februar 1996<sup>902</sup>

Grundlage der Entscheidung des 5. Strafsenats vom 20. Februar 2006 war eine Rüge der Staatsanwaltschaft. Diese hatte laut Sachverhalt gerügt, dass der Vorsitzende außerhalb der Hauptverhandlung ohne Wissen der Staatsanwaltschaft eine Absprache über das Strafmaß mit der Verteidigung getroffen habe. Danach habe eine Zwischenberatung des Gerichts ohne Kenntnis der Staatsanwaltschaft stattgefunden. Nach einem kurzen Geständnis des Angeklagten seien die abgesprochenen Strafen verhängt worden. Dieses Verfahren verstöße gegen §§ 33, 261 StPO und gegen § 169 GVG. Der 5. Strafsenat räumt ein, dass dieses Verhalten zwar „nicht in jeder Beziehung bedenkenfrei sei“, da sich ein den Bestand des Urteils gefährdender Verfahrensverstöß daraus jedoch nicht ergebe, seien dienstliche Äußerungen der beteiligten Berufsrichter über die Richtigkeit der Beanstandungen der Staatsanwaltschaft nicht einzuholen.

Die Beanstandungen der Staatsanwaltschaft umfassten Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung zum Strafmaß: Unter den Voraussetzungen, dass die Angeklagten ein „kurzes“ Geständnis abgäben, seien die schließlich verhängten Strafen in Aussicht gestellt worden. Hierzu bemerkt der 5. Senat lapidar, dass ein Verstoß gegen § 169 GVG schon deshalb nicht vorliege, weil die Beanstandungen gerade keine Vorgänge der Hauptverhandlung beträfen. Mit dieser formalen Sichtweise ließe sich freilich nie ein Verstoß gegen den

<sup>899</sup> Heller, S. 81

<sup>900</sup> Vgl. Meyer, Willensmängel, S. 291

<sup>901</sup> Heller, S. 106

<sup>902</sup> BGH NSTZ 1996, 448

Grundsatz der Öffentlichkeit bei außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gesprächen begründen.<sup>903</sup>

Der 5. Senat führt weiter aus, dass ein „Rechtsgespräch“ mit Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung prozessfördernd und vereinfachend wirken könne. In vielen Fällen sei es sogar wünschenswert. Ein Rechtsgespräch als solches könne grundsätzlich auch nicht die Besorgnis der Befangenheit begründen.<sup>904</sup> Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebiete es nicht allgemein, prozessrelevante Gespräche des Gerichts mit einzelnen Verfahrensbeteiligten nur unter der Bedingung der Einbeziehung aller Betroffenen zuzulassen. Der Vorschrift des § 33 StPO könnten lediglich „Absprachen“ oder „Verständigungen“ unterfallen, die einer „Entscheidung des Gerichts“ gleichzustellen seien, nicht dagegen Wissenserklärungen.<sup>905</sup> Eine Absprache oder Verständigung zwischen dem Gericht und einem Verfahrensbeteiligten liege danach vor, wenn seitens des Gerichts durch die Mitteilung des Ergebnisses einer Zwischenberatung ein hervorgehobener besonderer Vertrauenstatbestand geschaffen wird. Ohne dienstliche Erklärungen einzuholen und obwohl die erörterte Strafe im Ergebnis auch ausgesprochen wurde, geht der Senat davon aus, dass eine solche Situation hier nicht gegeben sei. Es müsse einem Richter möglich sein, unterhalb einer -unmittelbar Rechtswirkungen zeitigenden – „Absprache“ einem Angeklagten gegenüber Prognosen über die (gemilderte) Straferwartung bei einem Geständnis abzugeben.

Der 5. Senat kategorisiert die Gespräche in verschiedene Formen und unterscheidet die Prognose/Vorabüberlegungen „unterhalb einer Rechtswirkungen zeitigenden – „Absprache“ einerseits und andererseits „Verständigungen, die einer Entscheidung des Gerichts gleichzustellen sind“. Der Senat verkennt hier, dass eine Kontrolle auch der „Prognose“ unerlässlich ist. Werden solche „Prognosen“ aus der Hauptverhandlung hinaus verlagert besteht die Gefahr, dass diese lediglich als Prognose bezeichnet werden, die Beteiligten sich in Wahrheit aber bereits auf das Ergebnis festgelegt haben. So kann mittels Gestik und Mimik usw. aus der Wissenserklärung eine „Willenserklärung“ werden. Auch das Revisionsgericht kann solche Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung nicht überprüfen. Handelt es sich um eine bloße Prognose, welche die gängige Praxis der Kammer verdeutlicht, so besteht für die Beteiligten kein Grund, diese gegenüber den anderen Beteiligten nicht offen zu legen. Der Einwand, die Praxis benötige solche Vorgespräche, um auf Tuchfühlung zu gehen,<sup>906</sup> greift gerade nicht, wenn es sich tatsächlich um bloße Wissenserklärungen handelt.

Die Entscheidung des 5. Strafsenats zieht zur Unterscheidung, ob eine „Verständigung“ unter Einbeziehung der anderen Verfahrensbeteiligten stattzufinden hat, keine klaren Kriterien heran. So soll eine Einbeziehung dann erforderlich sein, wenn Absprachen einer „Entscheidung des Gerichts“ gleichzustellen sind, nicht aber bei Prognosen bzw. Wissenserklärungen. Hätte der 5. Senat eine klare Abgrenzung vorgenommen, würde dies auch mehr Sicherheit für den Angeklagten bedeuten. Da eine klare Abgrenzung indessen kaum möglich ist, insbesondere, ein in Aussicht gestelltes Strafmaß pro forma als Prognose bezeichnet werden kann, ist es sachgerecht, auch solche Rechtsgespräche mit sämtlichen Verfahrensbeteiligten zu führen.

Es geht sicherlich zu weit, wenn man davon ausgeht, der 5. Senat lehne die Öffentlichkeit der Absprache ab.<sup>907</sup> Er vertritt vielmehr eine formale Sichtweise. Bei einem solchen formalen Verständnis des 5. Strafsenats lässt sich jedoch noch nicht einmal ein Informationsrecht für die Beteiligten herleiten.

<sup>903</sup> Vgl. oben S. 31

<sup>904</sup> BGH NSTZ 1996, 448

<sup>905</sup> BGH NSTZ 1996, 448

<sup>906</sup> Vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 156

<sup>907</sup> So aber Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 158

Der 4. Strafsenat lässt zwischen den Beteiligten Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung zu<sup>908</sup>, während der 5. Senat in der dargestellten Entscheidung die Abgabe einer Prognose ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft akzeptiert. Diese Prognose geht insoweit über die Zulassung von „Vorgesprächen“ hinaus, als diese unmittelbar Außenwirkung entfaltet. Der 4. Senat geht lediglich davon aus, dass es vor oder außerhalb der Hauptverhandlung zu Vorgesprächen kommt, „um die Bereitschaft zu Gesprächen und die jeweiligen „Verhandlungspositionen“ abzuklären“. Letztendlich ist beiden Senaten begriffliche Ungenauigkeit vorzuwerfen. Durch eine solche „Arbeit am Begriff“ ohne klares Abgrenzungskriterium ist eine Einordnung nur schwer möglich. Es scheint indessen als sei eine solche Undurchschaubarkeit auch dem BGH willkommen. Bei einer nebelhaften Begrifflichkeit muss er sich hinsichtlich der Einbeziehung der Verfahrensbeteiligten nicht festlegen. Ihm bleibt die Möglichkeit, die stattgefundenen Gespräche und Erklärungen je nach gewünschtem Ergebnis durch begriffliche Bemühungen einzuordnen.

In dieser Entscheidung des 5. Strafsenats hat der BGH es erstmals akzeptiert, dass die Staatsanwaltschaft bei Gesprächen über ein „kurzes Geständnis“ und eine „gemilderte Straferwartung“ mit anschließender „Validitätsprüfung“ und tatsächlichem Verhängen der genannten Strafen nicht einbezogen wurde.<sup>909</sup> Lässt man aber Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung zu, so besteht die Wahrscheinlichkeit, dass alles Wesentliche in Privatgesprächen und ohne Einbeziehung der Verfahrensbeteiligten „festgezurr“ wird.<sup>910</sup> Die Hauptverhandlung verkommt zum bloßen Verkündungstermin.

Da der 5. Strafsenat mittlerweile festgestellt hat, dass Vorgespräche nicht gezielt an der Staatsanwaltschaft als einer hierbei stets umfassend und beizeiten (!) zu informierenden Verfahrensbeteiligten vorbei geführt werden dürfen,<sup>911</sup> scheint er seine damalige Rechtsprechung aufgegeben zu haben.

#### 4.4.2.5.2.2 Entscheidung des 4. Strafsenats vom Juli 2006

Der 4. Strafsenat hatte in der Entscheidung vom 13.07.2006<sup>912</sup> über eine Revision der Staatsanwaltschaft zu entscheiden. Zwischen der Strafkammer, sämtlichen Verteidigern von 3 Mitangeklagten und den Sitzungsvertretern der Staatsanwaltschaft waren Verständigungsgespräche geführt worden. Zu deren Beginn gab der Vorsitzende bekannt, dass im Falle eines umfassenden Geständnisses Strafobergrenzen von jeweils zwei Jahren und 11 Monaten angedacht seien. Die Staatsanwaltschaft war hiermit nicht einverstanden. Die Sitzungsvertreter hielten Strafobergrenzen zwischen 5 Jahren und 5 Jahren und sechs Monaten für sachgerecht. Eine Einigung kam nicht zustande. In der Fortsetzung der Hauptverhandlung baten die Verteidiger um Mitteilung der „Strafmaßvorstellungen“ der Strafkammer für den Fall eines Geständnisses. Der Vorsitzende gab daraufhin nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung bekannt, dass die Kammer Strafen von drei Jahren und zwei Monaten nicht überschreiten werde. Die Staatsanwaltschaft gab hierzu keine Erklärung ab. In der fortgesetzten Verhandlung erklärte sie, dass die vom Gericht genannten Strafen nicht ihren Vorstellungen entsprächen und „nicht Gegenstand einer Absprache“ seien. Die vom Gericht in Aussicht gestellten Strafen wurden letztendlich verhängt.

Der 4. Strafsenat sah die Rüge der Staatsanwaltschaft, das Landgericht habe gegen §§ 33, 261 StPO verstoßen, indem der Staatsanwaltschaft

<sup>908</sup> BGHSt 43, 195

<sup>909</sup> So auch Zschokelt NStZ 1996, 448, der meint, dies könne in der räumlichen Trennung und darauf beruhenden Fehlens des Meinungsaustauschs zwischen Karlsruher und Berliner Richtern begründet sein.

<sup>910</sup> Weigend NStZ 1999, 57, 59

<sup>911</sup> 5. Senat vom 7.5.2003 = BGH NStZ 2003, 563 s. dazu bereits oben S. 203f.

<sup>912</sup> 4 StR 87/06 = BGH NStZ 2006, 708

vor Bekanntgabe der Strafobergrenzen keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden sei, als unbegründet an. Der Senat sah es jedoch als ausreichend an, dass die Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Stellungnahme bei den Vorgesprächen hatte und diese wahrgenommen hatte. Zudem habe es der Sitzungsvertreterin freigestanden, nachdem die Verteidigung um die Abgabe einer Strafmaßvorstellung gebeten habe, ihren Standpunkt nochmals darzulegen. Dies hätte sich auch aus Gründen der Verfahrensfairness geboten.

Weiter führt der 4. Strafsenat aus, es sei nicht erkennbar, dass die Bekanntgabe der Strafobergrenze geeignet war, einen Vertrauenstatbestand zu schaffen, der die vorherige Anhörung der Beschwerdeführerin hätte erforderlich machen können. Der Vorsitzende habe lediglich auf Bitten der Verteidiger als Ergebnis einer Zwischenberatung mitgeteilt, dass die Strafkammer im Fall von Geständnissen eine bestimmte Strafobergrenze nicht überschreiten werde. Darin werde regelmäßig nur ein Vorschlag des Gerichts an die Verfahrensbeteiligten zur inhaltlichen Ausgestaltung einer möglichen Verständigung zu sehen sein, zu dem sie sich äußern können, den sie annehmen, ablehnen oder aber auch inhaltlich modifizieren können und der nicht zur vorherigen Anhörung der Beteiligten zwingt.

Der 4. Strafsenat lässt es offen, ob eine wirksame Verständigung ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft oder gar gegen ihren Widerspruch getroffen werden kann. Jedoch lässt sich der Entscheidung entnehmen, dass er diese Frage bejahen würde. Der Senat geht nämlich davon aus, dass die Staatsanwaltschaft bereits bei der ersten Besprechung ihre Stellungnahme abgegeben hatte. Zudem hatte sie in der Hauptverhandlung geäußert, dass die genannten Strafen nicht ihrer Vorstellung entsprach. Zwar führt der Senat aus, wenn der Vorsitzende auf Bitten der Verteidiger als Ergebnis einer Zwischenberatung mitteilt, dass die erkennende Kammer im Fall von Geständnissen bestimmte Strafobergrenzen nicht überschreiten werde, sei hierin regelmäßig nur ein Vorschlag zu sehen, den die Beteiligten annehmen, ablehnen oder aber auch inhaltlich modifizieren können und der nicht zur vorherigen Anhörung der Beteiligten zwingt. Bei einer solchen Äußerung nach einer Zwischenberatung, wird jedoch immer ein Vertrauenstatbestand gesetzt. Zudem waren die Angeklagten nach der Erklärung des Gerichts, die nach zweimaliger Unterbrechung der Hauptverhandlung und jeweils stattfindenden Gesprächen erfolgte, geständig und die in Aussicht gestellten Strafen wurden ausgesprochen. Durch das Ablegen eines Geständnisses nimmt der Angeklagte regelmäßig das Angebot des Gerichts an.<sup>913</sup> Durch seine Aussagen war das Gericht daher wohl bereits an die Prognosen gebunden. Die Einigung kam somit trotz Widerspruch der Staatsanwaltschaft (die gestaffelte Strafobergrenzen zwischen 5 Jahren und 5 Jahren und 6 Monaten für sachgerecht hielt) zustande. Diese Entscheidung steht im Widerspruch zu der Entscheidung des 5. Strafsenats vom 07.05.2003, in der der 5. Senat entschied, dass im ihm vorliegenden Fall „angesichts des offenen Dissenses mit der Staatsanwaltschaft kein Anlass für das Gericht (bestand) in der Hauptverhandlung eine Entscheidung über eine bei Geständnis nicht zu überschreitende Strafobergrenze zu treffen“.<sup>914</sup> Auch seien unverbindliche Prognosen nicht an der Staatsanwaltschaft vorbei zu treffen. In beiden Entscheidungen lag ein offener Dissens der Staatsanwaltschaft vor.

Der BGH zeigt auch hier wiederum kein klares Kriterium, wann lediglich eine Zusage vorliegt, die keiner Anhörung bedarf und wann eine Zusage vorliegt, die einer Entscheidung gleichzustellen ist. Dass der 5. Senat seine Ausführungen in einem obiter dictum formuliert, scheint dagegen zu zeigen, wie wichtig ihm die unbeschränkte Einbeziehung der Staatsanwaltschaft ist.

---

<sup>913</sup> Heller, S. 71

<sup>914</sup> BGH NStZ 2003, 563

An anderer Stelle<sup>915</sup> sieht der 5. Strafsenat eine Mitteilung eines Ergebnisses einer Zwischenberatung mit einer Höchststrafmaßzusage von 7 Jahren, die zuvor den Verteidigern gegenüber zum Ausdruck gebracht worden war, sowie mit „allen Mitgliedern der Kammer erörtert“ worden war und in der Hauptverhandlung bekannt gegeben worden war mit dem Hinweis, dass diese Strafe nicht überschritten werde, ohne dass dem Angeklagten zuvor ein Hinweis erteilt werde, nicht als Absprache an. Eine solche habe nicht stattgefunden. Der Sachverhalt sagt jedoch nichts darüber, ob aufgrund der Äußerung des Vorsitzenden ein Geständnis abgegeben wurde. Die ausgesprochene Strafe entsprach der in Aussicht gestellten.

#### 4.4.2.5.3 Fazit

Die Analyse der Rechtsprechung hat gezeigt, dass auch darüber zwischen den Senaten keine Einigkeit besteht, wie weit die Staatsanwaltschaft an den Absprachen zu beteiligen ist. Mittlerweile ist auch in der Rechtsprechung eine Tendenz erkennbar, die Staatsanwaltschaft nicht unbedingt an den Gesprächen zu beteiligen. Erstmals hat dies der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 20.02.1996<sup>916</sup> akzeptiert.

Während in den ersten zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen meist die Befangenheit des Gerichts angenommen wurde, wenn die Staatsanwaltschaft nicht beteiligt wurde<sup>917</sup>, scheint es die jüngste Entscheidung zu billigen, wenn das Gericht eine Zusage ohne Zustimmung oder bei Widerspruch der Staatsanwaltschaft macht. Der 5. Strafsenat nimmt an, dass die Staatsanwaltschaft bei einer Absprache inhaltlich zustimmen muss. Es ist daher zu prüfen, woraus sich eine Beteiligung der Staatsanwaltschaft herleiten lässt und wie diese auszugestalten ist.

Bereits festgestellt wurde, dass es jedenfalls gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz verstößt, wenn das Ergebnis einer Verständigung nicht offen gelegt wird. Auch verstößt es nach der hier vertretenen Auffassung gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz, wenn Gespräche an der Staatsanwaltschaft vorbei geführt werden. Dies sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob der Staatsanwaltschaft auch ein Recht auf Stellungnahme oder gar eine umfassendere Mitwirkung einzuräumen ist. Es fragt sich demnach, ob eine umfassendere Beteiligung der Staatsanwaltschaft gefordert werden sollte und woraus sich eine solche ergeben kann.

#### 4.4.2.5.4 Begründung der Einbeziehung der Staatsanwaltschaft

Fraglich ist, woraus sich die Beteiligung der Staatsanwaltschaft ergibt. Eine notwendige Beteiligung der Staatsanwaltschaft kann sich aus der Rechtsnatur der Absprache, aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz, aus der Rechtstellung der Anklagebehörde selbst oder aus Vorschriften der StPO ergeben.

##### 4.4.2.5.4.1 Notwendigkeit der Beteiligung aus der Rechtsnatur der Absprache

Die Beteiligung der Staatsanwaltschaft könnte sich aus der Rechtsnatur der Absprache ergeben. Eng mit der Frage verbunden, wer an einer Absprache zu beteiligen ist, ist auch die Frage der Rechtsnatur der Absprache. Qualifiziert man die Absprache als mehrseitigen Vertrag, bei dem auch die Staatsanwaltschaft Vertragspartei ist, so ist diese notwendig im Sinne einer inhaltlichen Zustimmung zu beteiligen, da ansonsten die Absprache nicht wirksam ist. Regelmäßig sind jedoch die Bestandteile einer Absprache „Leistungen“ des Ge-

<sup>915</sup> Entscheidung vom 15.02.2005 – 5 StR 536/04 = NStZ 2005, 396

<sup>916</sup> BGH NStZ 1996, 448

<sup>917</sup> BGHSt 37, 298; BGH StV 2000, 177

richts, wie z. B. das Nichtüberschreiten einer Strafobergrenze und des Angeklagten wie z. B. das Ablegen eines Geständnisses. Gegen die Annahme eines mehrseitigen Vertrags mit einer Verpflichtung der Beteiligten zur jeweiligen „Leistungserbringung“ sprechen jedoch bereits die folgenden Überlegungen: Der Angeklagte wird sich jedoch regelmäßig nicht zur Ablegung eines Geständnisses verpflichten wollen und kann hierzu auch nicht verpflichtet werden. Dagegen spricht schon das Schweigerecht des Angeklagten worüber dieser auch belehrt wurde (§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO). Wenn der Angeklagte ein Geständnis ablegt, so ist das nicht geschuldet.<sup>918</sup> Der Angeklagte wird sich nicht zu etwas verpflichten wollen, wozu keine Notwendigkeit besteht.<sup>919</sup> Es ist daher nicht angebracht die Absprache als mehrseitigen Vertrag einzuordnen.

Zwar könnte man die Absprache auch als einseitig verpflichtenden Vertrag qualifizieren<sup>920</sup>, bei dem sich nur das Gericht bindet, jedoch ist dann noch keine Antwort auf die Frage gewonnen, ob die Staatsanwaltschaft an einer Absprache zu beteiligen ist. Liegt der Absprache auch eine „Leistung“ der Staatsanwaltschaft zugrunde, geht es beispielsweise um eine Verfahrenseinstellung<sup>921</sup>, so ist diese notwendig zu beteiligen. Eine Nichteinbeziehung der Staatsanwaltschaft ist in dieser Konstellation nicht denkbar. Daneben lassen sich jedoch keine Folgerungen für die Einbeziehung der Staatsanwaltschaft aus der Rechtsnatur der Absprache ziehen.

#### 4.4.2.5.4.2 Notwendigkeit der Beteiligung aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz

Wie bereits oben analysiert, ergibt sich aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz lediglich, dass die Staatsanwaltschaft zumindest in der Weise an der Absprache teilnehmen sollte, dass sie Kenntnis von der Absprache und von deren Zustandekommen und deren Inhalt hat. Ob der Staatsanwaltschaft auch Gelegenheit zur Stellungnahme oder gar ein Vetorecht eingeräumt werden sollte, kann nicht anhand des Öffentlichkeitsgrundsatzes beantwortet werden.

#### 4.4.2.5.4.3 Notwendigkeit der Beteiligung aus der Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft

Zu denken ist auch daran, eine notwendige Beteiligung der Staatsanwaltschaft aus deren Rechtsstellung im Strafverfahren zu folgern. So hat auch die Staatsanwaltschaft gewisse Befugnisse, das Verfahrensergebnis mitzubestimmen. Geht es beispielsweise um eine Verfahrenseinstellung, ist diese nicht ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft möglich. Entweder stellt sie selbst das Verfahren ein oder sie muss der Einstellung durch das Gericht zustimmen, wenn diese nach Anklageerhebung erfolgen soll.<sup>922</sup> Diese Möglichkeiten sind freilich in der StPO geregelt. Folgerungen für die nicht gesetzlich geregelte Absprache können daraus nicht gezogen werden. Zudem liegen der „klassischen Absprache“ meist Leistungen des Gerichts zugrunde, welches notwendig mitwirkt.<sup>923</sup>

Die Staatsanwaltschaft könnte aber dann zwingend zu beteiligen sein, wenn sie dem Gericht gleichstehen würde. Die Staatsanwaltschaft kann aber keineswegs dem Richter gleichgestellt werden. Dagegen spricht bereits der Wortlaut des Art. 92 GG.<sup>924</sup> Die charakteristisch richterliche Aufgabe Rechtskraft schaffender Entscheidung ist dem Staatsanwalt entzogen.<sup>925</sup> Die Staatsanwaltschaft ist ein der dritten Gewalt zugeordnetes Organ der

<sup>918</sup> Kölbel NStZ 2002, 74, 75 Fn. 13

<sup>919</sup> Heller, S. 72

<sup>920</sup> Vgl. oben S. 122

<sup>921</sup> Beispiel bei Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 128

<sup>922</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 128

<sup>923</sup> S.o. II.1.

<sup>924</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 10 III Rn. 8

<sup>925</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 10 A. III. Rn. 8

Rechtspflege. Herrin des Verfahrens ist die Staatsanwaltschaft nur bis zur Anklageerhebung. Sie ist nicht „Partei“. Sie hat auch die zur Entlastung des Angeklagten dienenden Umstände zu ermitteln. Infolge der inquirierenden Tätigkeit des Gerichts hat sie auch keine prozesstragende Funktion inne.<sup>926</sup> Sie übt vielmehr durch Äußerungs-, Einwirkungs- und Mitwirkungsbefugnisse (soweit sie ihr eingeräumt sind) eine Kontrollfunktion aus.<sup>927</sup> Dieser Kontrollfunktion wird man gerecht, indem man der Staatsanwaltschaft ein Anwesenheitsrecht und ein Recht zur Stellungnahme bei der Absprache einräumt. Darüber hinaus ergibt sich indessen nicht, dass die Staatsanwaltschaft einer Absprache auch inhaltlich zustimmen muss.

Aus der Stellung der Staatsanwaltschaft ergibt sich folglich keine Notwendigkeit einer über die Information hinausgehenden Beteiligung an einer Absprache.

#### 4.4.2.5.4.4 Notwendigkeit der Beteiligung aus Vorschriften der StPO (§ 33 StPO)

Für die Staatsanwaltschaft besteht kein verfassungsfestes Anhörungsrecht.<sup>928</sup> Der BGH selbst zieht zur Begründung der Beteiligung der Staatsanwaltschaft § 33 StPO heran.<sup>929</sup> Mit § 33 StPO soll das prozessuale Grundrecht auf das rechtliche Gehör vor Gericht gesichert werden.<sup>930</sup>

Gem. § 33 StPO wird eine Entscheidung des Gerichts, die im Laufe einer Hauptverhandlung ergeht, nach Anhörung der Beteiligten erlassen. Aus § 33 StPO würde sich demnach für die Staatsanwaltschaft zumindest eine Anhörungspflicht des Gerichts ergeben, wenn die Absprache einer Entscheidung gleichzustellen wäre. Die „Entscheidung“ des Gerichts ist nach herrschender Meinung weit auszulegen.<sup>931</sup> Eine Entscheidung i.S.d. § 33 StPO ist ein Ausspruch im Vor- oder Hauptverfahren, der in irgendeiner Hinsicht in die sachlich-rechtliche oder verfahrensrechtliche oder verfahrensrechtliche Rechtsstellung eines Prozessbeteiligten oder in die Rechte Dritter eingreift.<sup>932</sup> Verfügungen und Entscheidungen, die nur den Gang des Verfahrens betreffen, fallen jedoch nicht unter § 33 StPO ebenso gerichtsinterne Entscheidungen, bloße Mitteilungen, Belehrungen und Hinweise.<sup>933</sup> Stellt das Gericht eine Strafobergrenze in Aussicht bzw. stellt sie nach einer Zwischenberatung oder Verständigungsgesprächen fest, so ist das Gericht regelmäßig an diese Absprache/das mitgeteilte Ergebnis gebunden. In dieser Hinsicht wirkt sich eine Absprache bereits auf die Position des Gerichts aus, so dass die Verständigung einer Entscheidung gleichzustellen wäre und sich für die Staatsanwaltschaft ein Anhörungsrecht ergeben würde. Fraglich ist dagegen, ob das Gericht als Beteiligter anzusehen ist. Verfahrensbeteiligter ist, wer nach dem Gesetz eine Prozessrolle ausüben muss oder darf.<sup>934</sup> Der Richter muss jedoch gegenüber den Verfahrensbeteiligten als Nichtbeteiligter in Erscheinung treten.<sup>935</sup> Bei einem Abspracheverfahren ändert sich dagegen die Rolle des Richters unter Umständen so, dass dieser als Verfahrensbeteiligter anzusehen sein könnte.

So geht man in der Literatur<sup>936</sup> teilweise davon aus, dass die eigentliche Entscheidungsfindung vom Staatsanwalt und vom Verteidiger vorgenommen wird, da die Zurückweisung eines von Verteidigung und Staatsanwaltschaft gefundenen Ergebnisses selten sei. Das mit

<sup>926</sup> LR-Rieß Einl. Rn. 45; Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 129

<sup>927</sup> Peters, Strafprozess, S. 178

<sup>928</sup> Maunz/Dürig/Herzog GG Artikel 103 Abs. 1 Rn. 36

<sup>929</sup> BGH NStZ 1996, 448

<sup>930</sup> KK-Maul § 33 Rn. 1

<sup>931</sup> Meyer-Goßner § 33 Rn. 2

<sup>932</sup> Meyer-Goßner § 33 Rn. 2

<sup>933</sup> Meyer-Goßner § 33 Rn. 2

<sup>934</sup> Meyer-Goßner Einl. Rn. 71

<sup>935</sup> BVerfGE 30, 149, 153, 160

<sup>936</sup> Kremer S. 187

der Sache befasste Gericht ist jedoch Träger des gerichtlichen Verfahrens und darum kein Verfahrensbeteiligter.<sup>937</sup>

Eine Auswirkung auf die Position des Angeklagten als Verfahrensbeteiligten ist indessen zu bejahen. Wird eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten getroffen und eine Strafobergrenze, die nicht zu überschreiten ist, in Aussicht gestellt, so wird dadurch auf Seiten des Angeklagten ein Vertrauenstatbestand geschaffen. Zwar sind Zwischenberatungen nur Internas, zu denen kein rechtliches Gehör beansprucht werden kann, beschließt das Gericht jedoch das Ergebnis einem Angeklagten mitzuteilen, so wird hiermit ein Vertrauenstatbestand geschaffen. Sieht man in dem Inaussichtstellen ein Angebot, das der Beschuldigte annehmen kann oder nicht, so ruft auch dies Vertrauen beim Angeklagten hervor, denn das Gericht ist auch an dieses Angebot gebunden, das regelmäßig durch Ablegung des Geständnisses konkludent angenommen wird<sup>938</sup>. Eine Zusage/Inaussichtstellung einer Strafobergrenze kann daher in die Stellung des Angeklagten in der Weise eingreifen, dass dieser auf die Zusage vertraut. Zwar wird seine Stellung letztendlich erst verschlechtert, wenn dieses Vertrauen enttäuscht wird, dennoch reicht es aus, wenn sich der Angeklagte diesem Risiko aussetzt. Eine Absprache ist deswegen als Entscheidung zu qualifizieren, so dass sich gem. § 33 StPO ein Anhörungsrecht der Staatsanwaltschaft ergibt.

Daraus lässt sich schließen, dass die Staatsanwaltschaft spätestens dann ein Anhörungsrecht hat, wenn dem Angeklagten eine Prognose in Aussicht gestellt werden soll bzw. das Ergebnis einer Zwischenberatung mitgeteilt wird. Das Anhörungsrecht ist so auszugestalten, dass die Staatsanwaltschaft spätestens zu diesem Zeitpunkt Gelegenheit zur Stellungnahme erhält.

#### 4.4.2.5.5 Vetorecht der Staatsanwaltschaft ?

Aus den vorangegangenen Darstellungen ergibt sich die Folgerung, dass der Staatsanwaltschaft ein Recht zur Stellungnahme zusteht.

Der 5. Strafsenat hat in seiner Entscheidung vom 07.05.2003 jedoch darüber hinaus ein Vetorecht der Staatsanwaltschaft angenommen.<sup>939</sup>

Es fragt sich daher weiter, ob bei der Absprache als konsensualem Verfahren der Staatsanwaltschaft auch ein Vetorecht in der Weise einzuräumen ist, dass eine Absprache bei einem Widerspruch der Staatsanwaltschaft als nicht zustande gekommen angesehen werden muss. Es geht um die Frage, ob die Staatsanwaltschaft der Absprache inhaltlich zustimmen muss. Dies wäre zu verneinen, wenn durch ein solches Recht der Staatsanwaltschaft verfassungsrechtliche Grundsätze berührt würden.

Räumt man der Staatsanwaltschaft ein Vetorecht ein, so dass sie die Absprache bzw. deren Vollzug verhindern kann, so könnte eine Verletzung des Richtervorbehalts, Art. 92 GG, in Betracht kommen. Wenn die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit besitzt, mit Ihrem Veto das Zustandekommen einer Absprache zu verhindern, kann dies dazu führen, dass das Verfahrensergebnis nicht mehr nur Ergebnis richterlicher Rechtsprechung, sondern das Ergebnis eines Verhandels zwischen den Beteiligten ist. Die Staatsanwaltschaft kann mit ihrem Vetorecht erheblichen Einfluss auf das Urteil nehmen. Der Richter spricht dann nicht allein das Urteil, da er sich bei der Entscheidungsfindung dem Einfluss der Staatsanwaltschaft ausgesetzt sieht. Eine formale Betrachtungsweise käme zur Verneinung einer Verletzung des Richtervorbehalts, denn schließlich wird das Urteil dennoch durch den Richter gesprochen.<sup>940</sup>

<sup>937</sup> Meyer-Goßner § 33 Rn. 71

<sup>938</sup> Heller S. 71

<sup>939</sup> BGH 5 StR 556/02 = BGH NStZ 2003, 563

<sup>940</sup> Rönnau, Absprache, S. 205

Der Sinn des Art. 92 GG besteht jedoch darin, den Gewaltentrennungsgrundsatz zu konkretisieren, indem die rechtsprechende Gewalt streng von den beiden anderen Organen absondert und den Richtern als besonderen unabhängigen Organen zuweist.<sup>941</sup> Die Zuweisung dieses Bereichs ist eine ausschließliche, d. h. es besteht ein Rechtsprechungsmonopol der Richter und Gerichte.<sup>942</sup> Betrachtet man den materiellen Kern von Art. 92 GG, so kann eine Verletzung dieser Vorschrift durchaus in Betracht kommen. Hinzu kommt, dass den Absprachen mittlerweile Bindungswirkung zugesprochen wird.<sup>943</sup> Vor dem Hintergrund, dass Absprachen für das Gericht nunmehr bindend sind, ergibt sich die Brisanz der Frage der Vereinbarkeit mit dem Richtervorbehalt.<sup>944</sup> Der Richter kann von der Absprache nur dann abweichen, wenn sich nach der Absprache schwerwiegende neue Umstände ergeben, die dem Gericht bisher unbekannt waren und die Einfluss auf das Urteil haben können.<sup>945</sup> Auch aus diesem Grund ist der Richter letztendlich in seiner Entscheidung nicht mehr frei. Besteht das Ergebnis einer Verhandlung, dann aus einem gemeinsam gefundenen Ergebnis, von dem der Richter nur noch unter strengen Voraussetzungen Abstand nehmen kann, so trägt er auch nicht die alleinige Verantwortung für das Ergebnis der Entscheidung. Hinzu kommt, dass es höchst unwahrscheinlich ist, dass der Richter von einem konsensual gefundenen Ergebnis abweichen wird. Denn regelmäßig wird er die „Harmonie im Gerichtssaal“<sup>946</sup> begrüßen, die den Entscheidungsdruck von ihm nimmt und das positive Gefühl vermittelt, einen Fall einvernehmlich und zur allgemeinen Akzeptanz gelöst zu haben.<sup>947</sup> Das Ergebnis ist - aus materiellrechtlicher Sicht betrachtet - gerade nicht mehr nur das Resultat richterrechtlicher Rechtsprechung. Räumt man der Staatsanwaltschaft so weit gehende Befugnis der Einflussnahme ein, so wird dies dem Richtervorbehalt nicht gerecht. Die Auffassung des 5. Senats, der Staatsanwaltschaft ein Vetorecht einzuräumen,<sup>948</sup> ist daher abzulehnen.

Ein zumindest faktisches Vetorecht der Staatsanwaltschaft könnte sich zwar auch dann ergeben, wenn man ihr Befugnisse insoweit einräumt, dass sie eine Stellungnahme abgeben kann, in der sie preisgibt, ob sie die Strafvorstellung des Gerichts teilt. Es ließe sich dann argumentieren, der Angeklagte wird seine Leistung dann seinerseits nicht erbringen, weil er ein Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft zu befürchten hat. Allein die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft wird dann ein Zustandekommen der Absprache verhindern.

Aus § 33 StPO ergibt sich jedoch zwingend ein Anhörungsrecht der Staatsanwaltschaft<sup>949</sup>. Die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft bei der Absprache ergibt sich aus tragenden Prozessgrundsätzen, insbesondere dem Öffentlichkeitsgrundsatz<sup>950</sup>. Ein faktisches Vetorecht wird sich ohnehin nicht verhindern lassen, da die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihres Schlussvortrags in der Regel auch einen bestimmten Antrag stellen wird und die übrigen Beteiligten spätestens dann wissen, ob eine Willensübereinstimmung besteht.

Wegen einer Verletzung des Richtervorbehalts ist das Erfordernis einer inhaltlichen Zustimmung der Staatsanwaltschaft abzulehnen. Die Vorschriften der StPO verlangen dagegen ein Recht der Staatsanwaltschaft zur Stellungnahme. Dadurch kann die Staatsanwaltschaft ihrer Kontrollfunktion als Organ der Rechtspflege gerecht werden. Die Staatsanwaltschaft ist zwingend an einer Absprache im Sinne einer Anwesenheit zu beteiligen,

<sup>941</sup> Rönnau, Absprache, S. 204

<sup>942</sup> Jarras/Pieroth Art. 92 Nr. 8

<sup>943</sup> S. dieses Kapitel Teil A.

<sup>944</sup> Rönnau, Absprache, S. 204 stellt bereits fest, dass eine Verletzung davon abhängt mit welcher Verbindlichkeit die Absprachen getroffen werden.; vgl. auch Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 56

<sup>945</sup> BGHSt 43, 195, 210

<sup>946</sup> Terhorst GA 2002, 600, 606

<sup>947</sup> Terhorst GA 2002, 600, 607

<sup>948</sup> BGH 5 StR 556/02 = BGH NSTZ 2003, 563

<sup>949</sup> Vgl. oben S. 215

<sup>950</sup> Vgl. oben S. 214

andernfalls liefe das Recht auf eine Anhörung leer, da sonst die Umstände des Zustandekommens der Absprache einer Beurteilung entzogen sind. Nur so kann auch dem Öffentlichkeitsgrundsatz hinlänglich Rechnung getragen werden. Eine nachträgliche Information ist dabei nicht ausreichend.

## 4.5 Die Aufklärung des Sachverhalts

### 4.5.1 Problematik

Zentrales Prinzip des Strafverfahrens ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, da ohne diese das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann.<sup>951</sup> Die Amtsaufklärungspflicht begründet dabei für die Prozessbeteiligten einen unverzichtbaren Anspruch darauf, dass die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und alle tauglichen und erlaubten Beweismittel erstreckt wird, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.<sup>952</sup> Wünsche der Beteiligten sind dabei stets unerheblich, so wie die Amtsermittlungspflicht auch unabhängig von Beweisanträgen ist.<sup>953</sup> Ziel der Amtsermittlungspflicht ist die Ermittlung der materiellen Wahrheit. Die Pflicht zur Amtsermittlung steht deswegen in krassem Gegensatz zur Dispositionsmaxime des Zivilprozesses, wo die Beteiligten selbst bestimmen, was Prozessgegenstand ist und deshalb von der formellen Wahrheit gesprochen wird.<sup>954</sup> Die richterliche Aufklärung des wahren Sachverhalts kann aufgrund ihres hohen Stellenwerts auch nicht zur Disposition der Parteien stehen.

Dennoch gilt das Prinzip der Ermittlung der Wahrheit nicht uneingeschränkt. Die Wahrheit ist nicht um jeden Preis zu erforschen. Dies lässt sich bereits den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten in der Strafprozessordnung entnehmen. Auch setzen die Zeugnisverweigerungsrechte (§§ 52, 53 StPO) der Wahrheitsfindung ihre Grenzen.<sup>955</sup> Eine Beschränkung der Wahrheitsermittlung ergibt sich zudem aus der Möglichkeit, Beweisanträge abzulehnen und somit die Einführung von Tatsachen in das Prozessgeschehen zu verhindern.<sup>956</sup> Auch die §§ 153 ff. StPO ermöglichen eine Erledigung des Verfahrens ohne dass der Sachverhalt erschöpfend aufgeklärt wird.<sup>957</sup>

Das Geständnis, das fast immer verfahrensverkürzend wirkt, stellt den Schwerpunkt der Problematik der Vereinbarkeit von Absprachen mit dem Amtsermittlungsgrundsatz dar.<sup>958</sup> Sämtliche Entscheidungen die sich im Rahmen verfahrensbeendender Absprachen mit der Aufklärung des Sachverhalts und der Beweiswürdigung befassen, beschäftigen sich mit dem absprachegemäßen Geständnis. Während früher das Geständnis jeden weiteren Beweis überflüssig und sogar unzulässig werden ließ, unterliegt heute das Geständnis der freien Beweiswürdigung.<sup>959</sup>

Ein Geständnis darf dem Urteil als alleinige Grundlage des Schuldspruchs zugrunde gelegt werden, wenn es nach Ansicht des Gerichts war und eine weitere Beweiserhebung nicht erforderlich ist.<sup>960</sup> Probleme stellen sich deshalb bei einem abgesprochenen Geständnis. Zum einen wird der Inhalt des Geständnisses zwischen den Beteiligten oftmals bis ins De-

<sup>951</sup> BVerfGE 57, 250, 275

<sup>952</sup> Meyer-Goßner § 244 Rn. 11; Hettinger sieht einen Verstoß gegen die Aufklärungspflicht als eine der „Todsünden gegen den Geist der StPO“, S. 272

<sup>953</sup> Meyer-Goßner § 244 Rn. 11

<sup>954</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 57

<sup>955</sup> Tscherwinka S. 163

<sup>956</sup> Tscherwinka S. 163

<sup>957</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 59

<sup>958</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 143

<sup>959</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 II 1 b) Rn. 19

<sup>960</sup> Rönnau, Absprache, S. 145; Moos, Geständnis, S. 96

tail ausgefeilt. Beispiele hierfür finden sich in der Rechtsprechung. So war in einem Fall des Landgerichts Mainz, der dem 2. Strafsenat zur Entscheidung vorlag<sup>961</sup>, insgesamt dreimal eine andere Einlassung des Angeklagten vorgetragen worden. Die erste Einlassung gab der Angeklagte ab, als ihm von der Staatsanwaltschaft in Aussicht gestellt wurde, diese werde statt einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren nur dreieinhalb Jahre bei Ablegung eines Geständnisses beantragen. Nach einer weiteren modifizierten Einlassung des Angeklagten und einer Äußerung der Richter, dass die vom Angeklagten erstrebte Entscheidung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung an einem seidenen Faden hänge, kam es zu einer erneuten Einlassung des Angeklagten. In der Urteilsbegründung heißt es dann weiter: „Daraufhin wandte sich der Vorsitzende an den Angeklagten mit der Aufforderung, eine solche Einlassung nicht zu bringen, und an die Verteidiger mit der Bemerkung „so wird das nichts.“ Er unterbrach die Verhandlung mit der Empfehlung an den Angeklagten, sich noch einmal mit seinen Verteidigern zu beraten. Diese rieten dem Angeklagten zu einer Einlassungsänderung im Sinne einer Ausweitung des Geständnisses“. Dieses wurde letztendlich abgelegt. Zum anderen liegen einer Absprache oftmals sog. schlanke Geständnisse zugrunde, bei denen es lediglich zur Bestätigung des Anklagesatzes kommt.

#### 4.5.1.1 Beweiswert des Geständnisses im Rahmen einer Absprache

Nach *Schünemann*<sup>962</sup> kommt deshalb dem Geständnis im Rahmen einer Absprache grundsätzlich keinerlei Beweiswert zu. Nur bei besonderen inhaltlichen Qualitäten könne ein ausgehandeltes Geständnis eine weitere Beweisaufnahme erübrigen. Nach dieser Ansicht stellt die Überprüfung des abgesprochenen Geständnisses die Regel dar.

Nach einer anderen Auffassung ist eine Überprüfung eines Geständnisses nicht erforderlich, wenn keine Anhaltspunkte vorlägen, dass das Geständnis falsch sei. So geht *Schmidt-Hieber* davon aus, dass das Gericht der Aufklärungspflicht genügt, wenn es sich mit einem Geständnis begnüge und keine weitere Beweisaufnahme folgen lasse<sup>963</sup>. Nach dieser Ansicht stellt die Notwendigkeit der Überprüfung des Geständnisses die Ausnahme dar.

Nach *Schmitt*<sup>964</sup> richtet sich die Überprüfung des Geständnisses gar gegen die Interessen des Angeklagten. Müsste das Geständnis immer durch eine weitere Beweisaufnahme überprüft werden, so bestünde für das Gericht keine Veranlassung, „sich im Rahmen einer Absprache auf die vom Angeklagten beim Strafmaß gewünschten Abstriche einzulassen“, da es dann des Geständnisses zur Überführung des Angeklagten nicht mehr bedürfe, es also auch nicht mehr erheblich strafmildernd wirken könne.

Hintergrund der Diskussion ist die Frage, ob die Gefahr von falschen Geständnissen bei einer Absprache höher ist als im herkömmlichen Verfahren. Denn wenn die Gefahr von Falschgeständnissen bei einer Absprache höher ist als im herkömmlichen Verfahren, so sind stets Zweifel an der Glaubwürdigkeit eines auf diese Weise zustande gekommenen Geständnisses angebracht. Gegen die Annahme der Gefahr von Falschgeständnissen spricht, dass Gründe des archaischen Urtriebs einer Selbsterhaltung, aber auch Aspekte wie Ehrgefühl, Eigennutz und Geltungstreben einer falschen Selbstbezeichnung oftmals entgegenstehen.<sup>965</sup>

Es ist indessen nicht zu leugnen, dass es bei ausgehandelten Geständnissen eine höhere Gefahr der Selbstbezeichnung neben den allgemeinen Beweggründen,<sup>966</sup> wie etwa der

<sup>961</sup> BGH NJW 1990, 1921

<sup>962</sup> Gutachten, B 82

<sup>963</sup> Schmidt-Hieber, Verständigung, S. 83

<sup>964</sup> Schmitt GA 2001, 411, 420

<sup>965</sup> Schlüchter FS Spindel 1992, 737, 748

<sup>966</sup> Kremer S. 115

Versuch, den wahren Täter zu decken, das Ablenken von weiteren eigenen Straftaten, das Gefühl der Aussichtslosigkeit, gibt. So kann der Angeklagte allein durch die Zusage einer Strafmilderung in die Versuchung gebracht werden, lieber diese Strafe als einen ungewissen Ausgang des Verfahrens zu akzeptieren. Zwar ist die Gefahr der Selbstbelastung aufgrund der Vorteile, die sich der Gestehende aus dem Geständnis erwartet auch im herkömmlichen Verfahren gegeben, jedoch ist bei einem Geständnis im herkömmlichen Prozess das Ergebnis in beiden Fällen (mit und ohne Geständnis) ungewiss, während der Angeklagte bei einer Zusage zumindest die Strafobergrenze kennt. Diese kann er dann als „geringeres Übel“ in Kauf nehmen. Nach einer empirischen Studie<sup>967</sup> sollen in den Vereinigten Staaten 50 % und in Großbritannien 37 % der Unschuldigen auf ein plea guilty plädiert haben. So ist es nicht unwahrscheinlich, dass der Angeklagte ein Geständnis abgibt, um seine Position im Prozess „aufzuwerten“, insbesondere wenn die Beweislage erdrückend ist.<sup>968</sup>

Gegen die im Schrifttum geäußerte Auffassung, wonach das Geständnis stets in der Beweisaufnahme überprüft werden müsse, wird vorgebracht, dass sie die Funktion eines Geständnisses im Rahmen der Absprache außer Acht lasse.<sup>969</sup> Der Wert eines Geständnisses - unter Zugrundelegung eines Maßstabs der Strafmilderung - ändere sich je nachdem in welchem Verfahrensstadium es abgegeben werde. Insoweit besitze das Geständnis im Rahmen verfahrensbeendender Absprachen die Funktion, eine weitere Beweisaufnahme entbehrlich zu machen, um gerade im Interesse des Angeklagten in höchstem Maße strafmildernd zu wirken. Falsch an dieser Argumentation ist bereits der Ausgangspunkt. Der Umfang an Aufklärung kann nicht von der von den Beteiligten gewünschten Funktion des Geständnisses abhängig gemacht werden. Zwar besteht das Ziel bei einer Verfahrensabsprache darin, eine Beweisaufnahme zu verkürzen. Das Maß der Verkürzung muss sich aber aus prozessrechtlichen Maximen, hier der Einhaltung der Amtsaufklärungspflicht, ergeben. Es kann nicht wegen der gesetzlich nicht geregelten Absprache dem Geständnis eine andere Funktion als im herkömmlichen Verfahren beigemessen werden. Zudem vermengt diese Ansicht die prozessrechtliche Bedeutung des Geständnisses mit der materiellrechtlichen. Hinzu kommt, dass die Aufklärungspflicht unabhängig von den Interessen der Beteiligten besteht. Der Amtsaufklärungsgrundsatz trägt auch dem öffentlichen Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung Rechnung.<sup>970</sup> Es ist somit festzuhalten, dass bei einem abgesprochenen Geständnis Zweifel an dessen Glaubhaftigkeit angebracht sind.

#### 4.5.1.2 Aufklärungsumfang

Hiermit ist jedoch noch nicht die Frage nach dem konkreten Aufklärungsumfang beantwortet. Es geht insbesondere um die Frage, wann das Gericht das Geständnis als ausreichend ansehen darf bzw. wann solche Zweifel bei einem absprachegemäßen Geständnis angebracht sind. Nicht schon jedes Geständnis, das im Rahmen einer Absprache berücksichtigt wird, berührt den Aufklärungsgrundsatz. So steht bei Geständnissen, die nach Schuldspruchreife getroffen werden, keine Kollision mit der richterlichen Aufklärungspflicht zur Debatte.<sup>971</sup>

<sup>967</sup> Heller S. 35 verweist auf Richard Vogler (Brighton) im Rahmen der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung (Absprachen im Strafverfahren: Theoretische Probleme und praktische Anwendung) am 18.09.2003 unter dem Vorsitz Weigends.

<sup>968</sup> Heller S. 35; Kargl/Rüdiger NStZ 2003, 672, 673

<sup>969</sup> Schmitt GA 2001, 411, 420

<sup>970</sup> Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 59

<sup>971</sup> Schünemann, Gutachten B 80

Auf den ersten Blick überzeugend ist es, für die Beantwortung dieser Frage eine Unterscheidung nach Art des Geständnisses vorzunehmen.

Von den Vertretern dieser Auffassung wird zwischen einem schlanken und einem sog. qualifizierten Geständnis unterschieden.<sup>972</sup> Als qualifiziertes Geständnis wird dabei ein Geständnis angesehen, das sämtliche subsumtionsrelevanten Tatsachen anschaulich, erschöpfend und intrasystematisch abschließend überprüfbar darlegt und beweist.<sup>973</sup> Bei einem schlanken Geständnis wird der Tatvorwurf lediglich pauschal bestätigt, ohne dass die Einlassung inhaltlich ausgefüllt wird. Häufig wird diese Art von Geständnis durch den Verteidiger vorgebracht und verlesen und dann vom Angeklagten bestätigt. Da im Rahmen von Absprachen die Gefahr der falschen Selbstbezeichnung größer ist als im herkömmlichen Verfahren, sind diese Geständnisse immer auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen.<sup>974</sup> Wird ein „schlankes“ Geständnis zugrunde gelegt, ohne dass es überprüft wurde, so wird hierin meist ein Verstoß gegen den Aufklärungsgrundsatz liegen.

Zum einen gilt dies, da durch diese Art von Geständnis dem Gericht nicht ausreichende Informationen zur Verfügung gestellt werden. Es mangelt dann an einer objektiv nachvollziehbaren Entscheidungsgrundlage. Zum anderen ist die Glaubhaftigkeit des Geständnisses nur schwer überprüfbar, denn es ist nicht klar, inwieweit der Angeklagte den wahren Sachverhalt tatsächlich kennt.

Um den Aufklärungsgrundsatz zu erfüllen ist das Gericht daher gehalten, bei einem schlanken Geständnis weitere Sachaufklärung zu betreiben. Durch die Überprüfung wird auch nicht unbedingt eine große zeitliche Verzögerung eintreten. Es ist möglich, zur Überprüfung des Geständnisses Indizien heranzuziehen<sup>975</sup>, die eine weitere Aufklärung ermöglichen. Wenn das Gericht diesen minimalen Aufwand scheut, so macht es dadurch deutlich, dass ihm an einer umfassenden Sachaufklärung nichts gelegen ist.

Dies rechtfertigt freilich nicht den Umkehrschluss, dass bei einem qualifizierten Geständnis keine weitere Sachaufklärung betrieben werden muss. Auch ein qualifiziertes Geständnis kann falsch sein. So kann z. B. der Angeklagte in der Intention handeln, den Täter zu decken. Weiter wird in der Praxis von Fällen berichtet, in denen ein vermeintlicher Täter ein Geständnis ablegte, um die Möglichkeit zu erhalten, in einer bestimmten Vollzugsanstalt untergebracht zu werden. Auch kann ein Angeklagter die Unterbringung in einer Haftanstalt an sich bezwecken.<sup>976</sup>

Die Kongruenz mit der Anklageschrift, die teilweise für die Richtigkeit des Geständnisses herangezogen wird,<sup>977</sup> ist jedenfalls kein Kriterium, da der Angeklagte aus der verlesenen Anklageschrift sein „Wissen“ gerade erlangen kann. Der Reichtum an Details eines Geständnisses muss auch nicht unbedingt auf Täterwissen beruhen. Es ist bei der heutigen Medienberichterstattung möglich, dass Details aus Medienberichten bekannt sind. Will der Angeklagte den wahren Täter decken, so kann er Detailwissen auch von diesem erlangt haben.

In jedem Fall bedarf es aber weiterer Aufklärungsbemühungen, wenn der Täter gar nicht in der Lage ist, zu allen tatbestandsrelevanten Merkmalen zur Aufklärung beizutragen. Häufig genannt wird dabei der Tatbestand des Betrugs (§ 263 StGB), wo der Täter nichts zum

<sup>972</sup> Vgl. etwa Braun S. 50; Heller S. 38f; Janke S. 105ff.; Rönnau, Absprache, S. 147ff. Schönemann, Gutachten B 82ff.

<sup>973</sup> Schönemann, Gutachten B 83

<sup>974</sup> Heller S. 41

<sup>975</sup> Ob dafür wie in der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 10.06.1998 – 2 StR 156/98 = StV 1999, 410 das Verhalten des Zeugen ausreichend ist, ist sehr fragwürdig, so aber Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 149.

<sup>976</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht § 15 II 1 b) Rn. 18; Von diesen Fällen berichtete auch der Richter am BGH Athing auf der Tagung „Absprachen im Strafprozess – Entlastung der Justiz oder Deal zu Lasten des Rechtsstaats“ am 29.04.2007 in der Evangelischen Akademie Arnoldshain, Schmitten.

<sup>977</sup> Schmitt GA 2001, 411, 420

Irrtum beim Opfer und auch nichts zum Schaden aufzuklären vermag.<sup>978</sup> Weitere Ermittlungen können außerdem nur dann entbehrlich sein, wenn diese nicht für die Festlegung des Strafzumessungssachverhalts erforderlich sind.<sup>979</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Untersuchungsgrundsatz dann verletzt wird, wenn eine sich aufdrängende Sachverhaltsermittlung unterbleibt. Um dem Aufklärungsgrundsatz zu genügen reicht ein qualifiziertes Geständnis deshalb nicht immer aus. Letztendlich ist der konkrete Aufklärungsumfang im Einzelfall zu ermitteln und kann nicht pauschal festgelegt werden. Festzuhalten bleibt allein, dass die ungeprüfte Zugrundelegung eines schlanken Geständnisses den Aufklärungsgrundsatz meist verletzen wird. Legt der Angeklagte ein qualifiziertes Geständnis ab, so kann auch dies der Überprüfung bedürfen. Unterbleibt diese, so ist der Untersuchungsgrundsatz ebenso verletzt.

#### 4.5.2 Die Aufklärung des Sachverhalts in der Rechtsprechung

Es ist nun zu untersuchen, welche Anforderungen die Rechtsprechung an Beweisaufnahme und Beweiswürdigung stellt und ob diese Anforderungen sich mit den wesentlichen Maximen des Strafverfahrens, dem Grundsatz der Amtsermittlung und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im Einklang befinden oder, ob diese Prinzipien so weit ausgehöhlt werden, dass von der eigentlichen Hauptverhandlung nicht mehr viel übrig bleibt.<sup>980</sup>

##### 4.5.2.1 Rechtsprechung zur Amtsaufklärungspflicht im herkömmlichen Verfahren

Dabei lohnt ein Blick auf die Rechtsprechung zum Aufklärungsgrundsatz außerhalb von verfahrensbeendenden Absprachen, um zu sehen, welche Anforderungen die Rechtsprechung hierbei an die Aufklärung des Sachverhalts stellt.

So hat der BGH 1987 entschieden, dass das Gericht verpflichtet ist, die Beweismöglichkeiten ohne Bindung an Anträge und Zustimmungen der Verfahrensbeteiligten vollumfänglich auszuschöpfen<sup>981</sup>, soweit irgendwie im Verfahrensablauf bekannt gewordene Tatsachen zum Gebrauch von Beweismitteln drängen oder ihn nahe legen<sup>982</sup> oder wenn ihm aus den Akten oder aus dem Stoff der Verhandlung noch Umstände oder Möglichkeiten bekannt sind, die bei verständiger Würdigung der Sachlage begründete Zweifel an der Richtigkeit der (aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangten) Überzeugung wecken müssen.

Der Große Senat entschied 1984, dass die Beteiligten einen nicht abdingbaren Anspruch darauf haben, dass das Gericht die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel erstreckt, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.<sup>983</sup>

Das BVerfG hat mittlerweile sogar entschieden, dass trotz einer erlangten subjektiven Überzeugung bei einer von zahlreichen Unsicherheitsfaktoren geprägten Beweissituation das Gericht sich veranlasst sehen muss, alle weiteren erkennbaren Möglichkeiten auszunutzen.<sup>984</sup>

<sup>978</sup> Heller S. 38; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 67; Schünemann, Gutachten B 83

<sup>979</sup> Schünemann Gutachten B 83

<sup>980</sup> Weigend BGH-FG 1011, 1034

<sup>981</sup> BGH 34, 209 = NJW 1987, 660

<sup>982</sup> BGH 30, 131, 140 = NJW 1981, 2267

<sup>983</sup> BGH (GS) 32, 122 = NJW 1994, 1294

<sup>984</sup> BVerfG Beschluss vom 30.04.2003 – 2 BVR 2045/02 = StV 2003, 593ff.

#### 4.5.2.2 Rechtsprechung zur Aufklärung und Beweiswürdigung bei Geständnissen im Rahmen von verfahrensbeendenden Absprachen

##### 4.5.2.2.1 Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Kammerbeschluss aus dem Jahr 1987<sup>985</sup> ausgeführt, dass sich der Richter nicht mit einem Geständnis des Angeklagten begnügen darf, „das dieser gegen die Zusage oder das Inaussichtstellen einer Strafmilderung abgelegt hat, obwohl er sich bei dem gegebenen Sachverhalt mit Blick auf das Ziel der Wahrheitserforschung und der schuldangemessenen gerechten Ahndung der Tat zu weiteren Beweiserhebungen hätte gedrängt sehen müssen.“

##### 4.5.2.2.2 Die Grundsatzentscheidung des 4. Senats in BGHSt 43, 195

Der 4. Strafsenat hat in seiner Grundsatzentscheidung hervorgehoben, dass das Gericht auch im Fall einer Absprache zur Wahrheitsermittlung verpflichtet bleibt:

*„Eine Absprache darf auch nicht dazu führen, dass ein aufgrund der Vereinbarung abgelegtes Geständnis des Angeklagten ohne Weiteres dem Schuldspruch zugrunde gelegt wird, ohne dass sich das Gericht von dessen Richtigkeit überzeugt. Das Gericht bleibt dem Gebot der Wahrheitsfindung verpflichtet. Das Geständnis muss daher auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden; sich hierzu aufdrängende Beweiserhebungen dürfen nicht unterbleiben.“*

Der 4. Strafsenat nimmt jedoch nicht dazu Stellung, wann sich Beweiserhebungen aufdrängen bzw. wann Zweifel beim absprachegemäßen Geständnis angebracht sind, was in der Literatur zu Kritik geführt hat.<sup>986</sup> Seine Ausführungen sind lediglich allgemein gehalten.

Die Äußerung, dass das Geständnis nicht einfach zugrunde gelegt werden darf, ohne dass sich das Gericht von dessen Richtigkeit überzeugt hat, ist eine Selbstverständlichkeit. Die allgemeinen Aussagen des 4. Senats lassen daher keinen Schluss zu, welche Anforderungen die Rechtsprechung an die Aufklärung des Sachverhalts stellt.

Die Formulierung, dass „sich aufdrängende Beweiserhebungen nicht unterbleiben“ dürften, lässt zumindest den Schluss zu, dass ein Geständnis auch ungeprüft übernommen werden darf, solange bloß keine Zweifel bestehen.<sup>987</sup> Es scheint daher, dass der 4. Strafsenat bei einem Geständnis im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache keine größere Gefahr annimmt, dass das Geständnis falsch sein könne.

Der 4. Strafsenat hat aber, wie es dagegen bislang in der Rechtsprechung der Fall war, jedenfalls keine weiteren Erfordernisse gestellt. Die Beweiserhebungen müssen sich „aufdrängen“. Der Zusatz „bei verständiger Würdigung der Sachlage“, welcher bislang von der Rechtsprechung stets betont wurde, unterbleibt. Auch stellt der 4. Senat nicht darauf ab, ob weitere Beweiserhebungen „sonst nahe liegen“. Der Amtsaufklärungsgrundsatz wird im Ergebnis im Hinblick auf die frühere Strenge der Rechtsprechung jedenfalls gelockert.<sup>988</sup> Dass die allgemeinen Ausführungen des 4. Strafsenats Spielraum für Interpretationen ließen, zeigt eine Entscheidung des 2. Strafsenats, die kurze Zeit später erging.

<sup>985</sup> BVerfG NStZ 1987, 419

<sup>986</sup> Vgl. nur Heller, S. 37

<sup>987</sup> So auch Weigend NStZ 1999, 57, 61

<sup>988</sup> Im Ergebnis auch Fezer, BGH-FG, S. 848, 879

#### 4.5.2.2.3 Entscheidung des 2. Strafsenats vom Juni 1998

In seiner Entscheidung vom 10.06.1998 lag dem 2. Senat ein Sachverhalt vor, indem der Vorsitzende in der Hauptverhandlung vor dem LG den Angeklagten nach Verlesung des Anklagesatzes gefragt hatte, ob die Vorwürfe in der erhobenen Form zuträfen. Dies hatte der Angeklagte bejaht. Von einer weiteren Beweisaufnahme war abgesehen worden. Der Revisionsführer rügte die Würdigung des Beweisergebnisses in der Hauptverhandlung. Der 2. Strafsenat geht jedoch davon aus, dass das Landgericht das Geständnis des Angeklagten als ausreichenden Beweis dafür werten durfte, dass er die ihm vorgeworfenen Taten begangen hat.

##### 4.5.2.2.3.1 Keine Glaubwürdigkeit durch pauschales Einräumen

Dass die Erklärung des Angeklagten in einem pauschalen Einräumen bestanden habe, müsse das Gericht nicht daran hindern, dem Geständnis Glauben zu schenken. Auch für die Bewertung eines Geständnisses gelte die freie richterliche Beweiswürdigung. Wann das Tatgericht seine Überzeugung gewinnen dürfe, könne ihm grundsätzlich nicht vorgeschrieben werden. Die freie richterliche Beweiswürdigung stoße aber dort auf Grenzen, wo der Angeklagte nicht etwa die Sachverhaltsannahmen der Anklage als richtig bestätigt, sondern ohne den Sachverhalt einzuräumen, auf eine Stellungnahme beschränkt, die ein bloß prozessuales Anerkenntnis oder eine formale Unterwerfung enthält. Eine solche Situation läge jedoch nicht vor, da der Angeklagte die Anklagevorwürfe als „im Wesentlichen richtig“ eingeräumt habe.

##### 4.5.2.2.3.2 Keine Glaubwürdigkeit aufgrund der Absprachensituation

Auch dass der Angeklagte das Geständnis erst abgelegt habe, nachdem ihm ein bestimmtes Strafmaß in Aussicht gestellt worden war, hindere das Gericht nicht daran, es für glaubhaft zu halten.

Der 2. Senat erörtert die Problematik anhand des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Rahmen der Beweiswürdigung. Es ergibt sich dabei bereits die Frage, ob die pauschale Bestätigung des Ermittlungsergebnisses überhaupt eine Tatsachenfeststellung ermöglicht. Dies muss schon deshalb bezweifelt werden, weil es einer pauschalen Bestätigung oftmals an Aussagekraft fehlt.<sup>989</sup> Richtig ist, dass Beweisaufnahme und Beweiswürdigung in vielfacher Verschränkung stehen.<sup>990</sup>

So wie § 244 Abs. 2 StPO das Gericht verpflichtet, alle bekannten Beweismittel vollständig zu erheben, verpflichtet § 261 StPO, über alle auf der Grundlage des materiellen Rechts entscheidungserheblichen Beweisfragen eine vollständige Beweiswürdigung vorzunehmen und diese dem Urteil zugrunde zu legen.<sup>991</sup> Dabei müssen nicht nur die unmittelbaren Beweise erhoben, sondern auch die zu ihrer Würdigung erforderlichen Umstände ihrerseits im Rahmen der Beweisaufnahme aufgeklärt und zum Gegenstand der nachfolgenden Würdigung gemacht werden. Aus der Pflicht des Gerichts zur Wahrheitsermittlung ergibt sich, dass eine Beweisaufnahme, die auch als solche bezeichnet werden kann, zunächst stattgefunden haben muss, bevor man über eine rationale Würdigung von Beweisen sinnvoll sprechen kann.<sup>992</sup> Selbst beim amerikanischen guilty-plea-Verfahren muss das

<sup>989</sup> Landau/Eschelbach NJW 1999, 321, 325

<sup>990</sup> BVerfG vom 30.04.2003 2 BvR 2045/02 in HRSS 2004 Nr. 344

<sup>991</sup> Fezer StV 1995, 95

<sup>992</sup> Weigend NSTZ 1999, 57, 62

Gericht feststellen, dass eine tatsächliche Grundlage für die Prozessklärung vorhanden ist.<sup>993</sup>

Der 2. Senat vermengt Fragen der Aufklärung mit Fragen der Beweiswürdigung. Ein Grund dafür, dass der Senat auf die Beweiswürdigung abstellt, könnte darin liegen, dass eine Aufklärungsrüge nicht erhoben wurde.<sup>994</sup> (Dies teilt der Sachverhalt nicht mit. Es ist aber davon auszugehen, da technisch ja eine Beweisaufnahme vorhanden war). Der Senat hätte jedoch dahingehend argumentieren können, dass eine Beweiswürdigung nicht möglich war, da der Sachverhalt nicht aufgeklärt war. Es hätte zunächst einer umfassenden Aufklärung des Sachverhalts bedurft, bevor dieses Ergebnis gewürdigt werden konnte. Zur Sachaufklärung konnte das pauschale Geständnis schon deshalb nicht ausreichen, weil es im Rahmen einer Verständigung zustande gekommen war und allein diese Situation die Gefahr beinhaltet, dass das Geständnis falsch sein könnte.<sup>995</sup>

Im Ergebnis sieht der 2. Senat ein Geständnis als ausreichend an, das den Anklagevorwurf pauschal einräumt. Da bei einem solchen Geständnis der Sachverhalt indessen nicht erschöpfend aufgeklärt sein wird, kommt dieses einem Formalgeständnis<sup>996</sup> gleich. Der Angeklagte unterwirft sich einem Sachverhalt, der nicht ausreichend erhellend erörtert wurde. Der Senat räumt zwar ein, dass eine Stellungnahme, die ein bloß prozessuales Anerkenntnis oder nur eine formale Unterwerfung enthält, nicht als Beweisgrundlage ausreicht. Ob ein Geständnis als Beweisgrundlage ausreicht, hängt dann aber unter Umständen lediglich von der Fragetechnik des Gerichts ab. Wird der Angeklagte gefragt, ob die Anklagevorwürfe im Wesentlichen richtig seien, ist bei einem „so war es“ das Geständnis ausreichend. Sagt der Angeklagte hingegen auf Nachfrage des Gerichts „Ich war es“ so sind die Anklagevorwürfe gerade nicht Bestandteil seines Geständnisses.

Der 2. Strafsenat hat die autonome Entscheidung des Angeklagten an die Stelle der sonst üblichen eigenständigen richterlichen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung treten lassen.<sup>997</sup> Von einer Ermittlung der materiellen Wahrheit kann in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden. Dies kommt dem amerikanischen guilty-plea Verfahren gleich. Damit aber wird der Aufklärungsgrundsatz, der das Gericht zu umfassender Sachaufklärung verpflichtet, nicht nur auf ein Minimum reduziert, sondern verletzt.

#### 4.5.2.2.3.3 Erörterung der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen

Die Entscheidung des 4. Strafsenats zitierend führt der 2. Senat pro forma dennoch aus, dass das Geständnis auf seine Glaubhaftigkeit überprüft werden müsse. Angesichts der obigen Erörterungen erscheint diese Aussage dagegen als leere Formel. Dass diese Überprüfung nicht stattgefunden habe, könne jedenfalls nicht daraus geschlossen werden, dass es in den Urteilsgründen an dieser Erörterung fehlt. Diese sei nur dann zu fordern, wenn Umstände vorlägen, die geeignet sind, Zweifel an der Richtigkeit des Geständnisses zu begründen. Diese Ausführungen zeigen wie groß die Bereitschaft ist, einer getroffenen Vereinbarung Vorrang vor den sonst geltenden Verfahrensregeln einzuräumen.<sup>998</sup>

Auch die Ausführungen des 2. Strafsenats zur Begründungspflicht im Urteil überzeugen nicht. Sicherlich genügt es grundsätzlich der Begründungspflicht des § 267 StPO, der keine Pflicht zur Darlegung der tatrichterlichen Beweiswürdigung enthält,<sup>999</sup> die Glaubwürdig-

<sup>993</sup> Weigend NStZ 1999, 57, 61 Fn. 56

<sup>994</sup> Vgl. auch Weigend NStZ 1999, 57, 62 Fn. 63

<sup>995</sup> Vgl. oben bereits 2. Kapitel B.I.2.b)aa)

<sup>996</sup> So auch Weigend BGH-FG 1011, 1034; ders. NStZ 1999, 57

<sup>997</sup> überzeugend Herrmann JuS 1999, 1162, 1165

<sup>998</sup> Vgl. auch Weigend BGH-FG 1011, 1020

<sup>999</sup> Weigend NStZ 1999, 57, 62

keit eines Geständnisses nicht zu erörtern. Im Rahmen von Absprachen muss dem jedoch widersprochen werden. Lässt man es zu, dass in einer solchen Situation keine Erörterung stattfindet, so bedeutet dies für den Tatrichter eine weitere Zeitersparnis (neben der Zeitersparnis durch die Abgabe des Geständnisses), die ihm willkommen sein wird. Es besteht damit die Gefahr, dass Geständnisse dem Urteil zugrunde gelegt werden, ohne dass überhaupt erwägt wird, ob sich Zweifel aufdrängen. Muss dagegen diese Frage der Glaubwürdigkeit im Urteil erörtert werden,<sup>1000</sup> so zwingt dies den Richter zur Selbstreflektion und zur Frage, ob der Sachverhalt tatsächlich ausreichend ermittelt worden ist.<sup>1001</sup>

Das der Entscheidung zugrunde liegende Urteil hätte auch aus anderen Gründen aufgehoben werden können. Neben der Problematik hinsichtlich der Aufklärungspflicht ergab sich ein klarer Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz. Dem Angeklagten war nämlich eine Punktstrafe und keine Strafobergrenze in Aussicht gestellt worden. Dies hätte mit der Inbegriffsrüge<sup>1002</sup> zur Aufhebung des Urteils führen müssen. Denn darauf wird das Urteil stets beruhen. Es scheint, dass der 2. Strafsenat hier das Urteil nicht aufheben wollte, da er das Ergebnis als angemessen empfand.<sup>1003</sup> Denkbar ist, dass es dem 2. Strafsenat auch um Opferschutz ging, denn ursprünglich angeklagt waren zahlreiche Sexualstraftaten (allein 200 Fälle des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen) zum Nachteil der Tochter des Angeklagten. Denkbar ist auch, dass aufgrund der hohen Anzahl an Fällen eine „Sachaufklärung“ ohne Geständnis nicht möglich war.

#### 4.5.2.2.4 Entscheidung des 3. Strafsenats vom Januar 2006

In seiner Entscheidung vom 26.01.2006 lag dem 3. Senat ein Sachverhalt vor, in dem der Angeklagte, nachdem ihm eine Strafobergrenze in Aussicht gestellt worden war, die Anklagevorwürfe durch seinen Verteidiger als richtig zugestanden, weitere Angaben zur Sache aber nicht gemacht hatte. Der 3. Senat sah hierin ein bloßes Formalgeständnis, das als Grundlage für eine Verurteilung nicht ausreicht. Ein solches Geständnis wäre aufgrund der oben erörterten Aussagen nach Auffassung des 2. Senats als ausreichend anzusehen gewesen, da dieses den Anklagevorwurf pauschal einräumt. Die im Folgenden dargestellte Entscheidung des Großen Strafsenats,<sup>1004</sup> die zu diesem Zeitpunkt noch nicht veröffentlicht war, wird in der Entscheidung des 3. Strafsenats bereits zitiert.

#### 4.5.2.2.5 Entscheidung des Großen Strafsenats vom März 2005

In seiner Grundsatzentscheidung<sup>1005</sup> führt der Große Senat zur Wahrheitsermittlung aus: „Das bei einer Urteilsabsprache in der Regel abgelegte Geständnis muss auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden. Das Gericht muss von seiner Richtigkeit überzeugt sein. Dazu muss das selbstbelastende, keinen besonderen Zweifeln im Einzelfall unterliegende, Geständnis wenigstens so konkret sein, dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt. Ein bloßes inhaltsleeres Formalgeständnis reicht hingegen nicht aus.“

Beachtung verdient insbesondere die Äußerung des Großen Strafsenats, dass das Geständnis so konkret sein muss, dass geprüft werden kann, ob es derart „im Einklang mit der Aktenlage“ steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt. Ein blo-

---

<sup>1000</sup> Dafür plädiert auch Meyer-Goßner FS Gollwitzer 161, 183

<sup>1001</sup> So auch Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 151

<sup>1002</sup> Vgl. hierzu oben S. 62

<sup>1003</sup> Auf diese „Verfahrensweise“ Urteile trotz eines Fehlers nicht aufzuheben, wenn die inhaltlichen Einschätzungen im Ergebnis richtig sind verweist Fezer FS Hannack 331, 341.

<sup>1004</sup> BGH NJW 2005, 1440ff.

<sup>1005</sup> BGH NJW 2005, 1440ff.

ßer Abgleich von Geständnis und Akteninhalt kann nicht genügen, weil ansonsten das Ermittlungsergebnis und nicht die Hauptverhandlung die Urteilsgrundlage bildet.<sup>1006</sup> Es ist zirkulär, den Akteninhalt einerseits als Beleg für die Richtigkeit des Geständnisses und andererseits als Grundlage der inhaltlichen Ausgestaltung heranzuziehen.<sup>1007</sup> Der Akteninhalt ist gerade nicht Gegenstand der Hauptverhandlung und als solche auch nicht verwertbar.<sup>1008</sup> Verwertbar kann dieser nur durch verfahrensrechtlich ordnungsgemäße Einführung in die Hauptverhandlung werden, z. B. durch die Vernehmung von Zeugen. Zieht man den Akteninhalt heran, so bedeutet dies einen Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip, das in § 261 StPO seinen Ausdruck findet.<sup>1009</sup> Danach entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung. Grundlage zur Überzeugungsbildung des Richters darf nur das sein, was innerhalb der Hauptverhandlung mündlich und unter Benutzung des vorrangigen Beweismittels so erörtert worden ist, dass alle Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme hatten.<sup>1010</sup> Dies muss auch für die Überzeugungsbildung des Richters über die Glaubhaftigkeit eines Geständnisses gelten. Insbesondere verletzt die nachgewiesene Kenntnis der Laienrichter vom wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen den Grundsatz der Unmittelbarkeit.<sup>1011</sup> Die Heranziehung der Ermittlungsakten zur Aufklärung des Sachverhalts ist auch deshalb problematisch, weil die Ermittlungsakten der Polizei oftmals ein nicht objektives und vollständiges Bild der Sachlage wiedergeben.<sup>1012</sup>

Allein die Tatsache, dass der BGH zur Überprüfung eines Geständnisses einen Abgleich mit der Aktenlage zulässt, macht deutlich, wie der BGH im Begriff ist, Prozessmaximen auf das Wesentliche zu reduzieren und sich aus Gründen der Praktikabilität von Prinzipien des Strafprozesses zu verabschieden.

#### **4.5.3 Die Rechtsprechung zu Anforderungen an Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung bei Geständnissen zu Lasten Dritter**

Der Bundesgerichtshof hatte mehrfach zur Frage der Anforderung an die Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung von Geständnissen Stellung zu nehmen in Konstellationen, in denen ein Mitangeklagter durch ein Geständnis belastet wurde. Dabei werden sowohl Fragen der Beweiswürdigung als auch der Anforderungen zur Einhaltung des Aufklärungsgrundsatzes angesprochen.<sup>1013</sup>

##### **4.5.3.1 Entscheidung des 3. Strafsenats vom Januar 2003**

Der Entscheidung des 3. Strafsenats vom 15.01.2003 lag ein Urteil vor, dessen Entscheidungsgrundlage die Geständnisse dreier Mitangeklagter waren, die im Wege einer Absprache über das Strafmaß zustande gekommen sind. Die Einlassung des Revisionsführers, in welcher der Tatvorwurf bestritten wurde, ließ das Landgericht unberücksichtigt und stützte seine Überzeugung ausweislich der Urteilsgründe auf die Einlassungen der Mitangeklagten. Die Einlassungen der Mitangeklagten sahen wie folgt aus: Ein Mitangeklagter erklärte, dass er prinzipiell im Sinne der Anklage schuldig sei (jedoch die Daten in der Anklage-

<sup>1006</sup> Heller S. 33

<sup>1007</sup> Schönemann Verhandlungen L 97

<sup>1008</sup> KK-Engelhardt § 261 Rn. 8

<sup>1009</sup> KK-Engelhardt § 261 Rn. 1

<sup>1010</sup> BGH NJW 1954, 1656

<sup>1011</sup> BGH St 13, 73

<sup>1012</sup> Siolak, Verständigung, S. 61

<sup>1013</sup> Das Problem der sog. „Deals zu Lasten Dritter“ stellt sich bei einer Abtrennung des Verfahrens eines Mitangeklagten auch im Zusammenhang mit der Befangenheit des Richters in diesem Verfahren, vgl. hierzu Herzog StV 1999, S. 455ff.

schrift von der Realität abwichen). Der zweite Mitangeklagte ließ durch seinen Verteidiger vortragen, dass die Anklage im Sinne eines Geständnisses richtig sei. Weiter wurden noch Einlassungen zur Sache vorgetragen, woraufhin der Angeklagte erklärte, dass das Vorbringen seines Verteidigers richtig sei. Der dritte Mitangeklagte ließ durch seinen Verteidiger eine schriftliche Stellungnahme als Einlassung verlesen und „erklärte glaubhaft, die schriftliche Einlassung sei richtig“.<sup>1014</sup> Zur Vorbereitung der Hauptverhandlung hatte auf Betreiben der Strafkammer ein Gespräch stattgefunden, in dem für den Fall von Geständnissen Strafobergrenzen in Aussicht gestellt wurden. Sämtliche Angeklagten bis auf den Revisionsführer hatten daraufhin geständige Einlassungen in Aussicht gestellt. In den Urteilsgründen wurde nicht dargelegt, dass die Geständnisse auf einer verfahrensbeendenden Absprache beruhten.

Der 3. Senat führt aus, dass der Tatrichter nicht gehindert sei, dem Geständnis eines Angeklagten Glauben zu schenken und seine Feststellungen darauf zu gründen, auch wenn dieser den Anklagevorwurf nur pauschal einräume. Er wiederholt in den Entscheidungsgründen dann die Ausführungen des 2. Strafsenats, wonach die freie richterliche Beweiswürdigung dort auf Grenzen stoße, wo der Angeklagte nicht die Sachverhaltsannahmen der Anklage bestätigt, sondern sich vielmehr, ohne den Sachverhalt einzuräumen, auf eine Stellungnahme beschränkt, die gleichsam ein bloß prozessuales Anerkenntnis oder eine nur formale Unterwerfung enthält. Dass man das Geständnis auf seine Glaubhaftigkeit überprüfen müsse, gelte umso mehr, wenn sich das Strafverfahren gegen mehrere Angeklagte richte, von denen nicht alle ein Geständnis ablegen. Die Glaubhaftigkeit dieser Geständnisse müsse in einer für das Revisionsgericht nachprüfbaren Weise gewürdigt werden. Hierzu gehörten insbesondere Zustandekommen und Inhalt einer verfahrensbeendenden Absprache. Im vorliegenden Fall ließen die Urteilsgründe besorgen, dass es sich bei den Geständnissen der Mitangeklagten nur um pauschale Geständnisse handle. Darin liege ein durchgreifender Erörterungsmangel.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich hingegen, dass die Geständnisse, die dieser Entscheidung zugrunde lagen, sich nicht wesentlich von dem Geständnis unterschieden, das der Entscheidung des 2. Strafsenats zugrunde lag, zumindest zwei der Geständnisse nahmen auf die Anklageschrift Bezug.

An dieser Stelle sah der 3. Senat jedoch eine weitere Beweiswürdigung für erforderlich an, weil es sich um Geständnisse handelte, die einen Dritten belasteten. Die Geständnisse müssten auch im Lichte ihres Zustandekommens gewürdigt werden. Diesem Ergebnis ist bereits aufgrund der obigen Ausführungen zuzustimmen. Denn die Gefahr, dass ein Geständnis falsch ist, ist höher, wenn dem Angeklagten eine Strafobergrenze zugesagt wird. Bei einer Konstellation, in der ein Mitangeklagter den anderen Mitangeklagten im Rahmen eines Geständnisses belastet, bedarf es darüber hinaus auch deshalb einer kritischen Würdigung des Geständnisses, da er sich Vorteile für die eigene Verteidigung erhoffen kann indem er Tatbeiträge einem Mitangeklagten zuschiebt und vom eigenen Tatbeitrag ablenkt. Er könnte über die Strafmilderung für sein Geständnis hinaus in den Genuss einer weiteren Strafmilderung für die Aufklärungshilfe gegen den Mitangeklagten kommen.<sup>1015</sup>

Die Anforderungen an die Beweiswürdigung und die Erörterung der Glaubwürdigkeit in den Urteilsgründen sollten uneingeschränkt auch auf die Absprache übertragen werden, in der ein Angeklagter ein Geständnis abgibt. Der Beweiswert von Geständnissen sollte ohnehin kritisch gesehen werden, da nicht selten das Gefühl der Aussichtslosigkeit des Ver-

---

<sup>1014</sup> BGH StV 2003, 264

<sup>1015</sup> Kargl/Rüdiger NSTZ 2003, 673f.; Weider StV 2003, 266

fahrens falsche Geständnisse motiviert.<sup>1016</sup> In einem Fall, der dem 4. Strafsenat vorlag, wurden diese Grundsätze noch erweitert:

#### 4.5.3.2 Entscheidung des 4. Strafsenats vom Dezember 2005<sup>1017</sup>

In der Entscheidung des 4. Strafsenats vom 8.12.2005 kam es zu mehreren Aussagen des Bedeutungsgehalts der Angaben eines Mitangeklagten und deren Überprüfung im Rahmen einer Absprache. Ein Angeklagter, der als einziger zunächst als Täter ermittelt werden konnte, hatte im Ermittlungsverfahren Angaben gemacht und bei der Polizei ein Geständnis abgegeben und dabei die Mitangeklagten als Tatbeteiligte benannt, was zur Folge hatte, dass diese ermittelt bzw. festgenommen werden konnten. In der Hauptverhandlung hat dieser Angeklagte sein Geständnis wiederholt. Die Tatsachenfeststellungen beruhten im Wesentlichen auf diesem Geständnis. Sämtliche Mitangeklagten haben Revision eingelegt. Ein Angeklagter hat Revision mit der Begründung eingelegt, ein Beweisantrag sei zu Unrecht abgelehnt worden. Mit diesem Antrag sollte das Vorliegen einer Absprache zwischen dem Vorsitzenden, dem Oberstaatsanwalt und dem die Mitangeklagten belastenden Angeklagten bewiesen werden. Dieser wurde mit der Begründung abgelehnt, die beantragte Beweiserhebung sei wegen Offenkundigkeit überflüssig, soweit sie den Nachweis einer verfahrensbeendenden Absprache erbringen solle, und für die Entscheidung ohne Bedeutung, soweit es um eine Absprache zwischen dem Verteidiger des die anderen belastenden Angeklagten und dem Oberstaatsanwalt gehe. Aufgrund einer dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden sei es gerichtskundig, dass die behauptete Absprache nicht getroffen worden sei. Auf Zusagen der Staatsanwaltschaft käme es nicht an, denn diese erfüllten nicht die Voraussetzungen einer verfahrensbeendenden Absprache mit dem Gericht, die Anlass für eine besondere Glaubhaftigkeitsprüfung des hierauf erfolgten Geständnisses gebe.

Nach dem 4. Strafsenat hielt die Ablehnung des Beweisantrags rechtlicher Prüfung nicht stand. Für die Frage, ob das Geständnis des Angeklagten glaubhaft sei, konnte es entscheidend darauf ankommen, ob der Angeklagte sich durch eine Benennung bzw. Belastung von Tatbeteiligten im Rahmen einer Absprache Vorteile versprechen konnte. Auf den Einzelfall bezogene richterliche Wahrnehmungen, die für die Überführung eines Angeklagten von wesentlicher Bedeutung sind, dürften grundsätzlich nicht als gerichtskundig behandelt werden. Zudem hätte es Zweifel an der Wahrheit der als gerichtskundig behandelten Tatsache gegeben.

Interessanterweise lässt der Senat die dienstliche Stellungnahme zu dem Beweisthema, dass keine Absprache stattgefunden habe, nicht ausreichen, während in der früheren Rechtsprechung bereits das Berufen eines Angeklagten auf eine Absprache, ohne dass darüber Beweis erhoben worden wäre, mit dem Hinweis auf dienstliche Stellungnahmen verneint wurde.

Die Revision eines weiteren Angeklagten hatte mit der Sachrüge Erfolg, die darauf gestützt wurde, dass Feststellungen zu Tatzeit-Drogenkonsum maßgeblich auf dem im Rahmen der verfahrensbeendenden Absprache abgegebenen Geständnis beruhten. Die Strafkammer hielt das Geständnis u.a. deshalb für zutreffend, weil „dieses Geständnis bereits im Zwischenverfahren im Rahmen von mehreren polizeilichen Vernehmungen“ abgegeben worden sei „zu einem Zeitpunkt als die Absprache noch nicht getroffen worden war“. Es habe zu dieser Zeit „wie aufgrund der entsprechenden dienstlichen Erklärung (feststehe) keinerlei Zu-

<sup>1016</sup> Hirschberg, das Fehltril, S. 16ff.

<sup>1017</sup> 4 StR 198/05 = BGH NStZ-RR 2007, 116

sage des Vorsitzenden der Kammer im Hinblick auf ein Absehen von der Sicherungsverwahrung gegeben“.

Diese Beweiswürdigung hält nach dem 4. Senat rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Verweisung auf eine „entsprechende dienstliche“ Erklärung zu der für die Beweiswürdigung bedeutsamen Frage, ob dem das Geständnis ablegenden Angeklagten eine Zusage des Absehens von der Sicherungsverwahrung gemacht wurde, reiche nicht aus, da mit dem Hinweis auf die dienstliche Erklärung eine sachlich-rechtliche Überprüfung für das Revisionsgericht nicht möglich sei.<sup>1018</sup>

Der 4. Senat betont erneut die Anforderungen an die Würdigung der Glaubhaftigkeit des Geständnisses: „Nur bei eine, die einer Darlegung der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Geständnisses und des Inhalts der Absprache in den Urteilsgründen ist es dem Revisionsgericht möglich, die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben durch den Tatrichter auf Rechtsfehler zu überprüfen, insbesondere ob dem Tatrichter bewusst war, dass sich der geständige Angeklagte durch ein nicht Geständige zu Unrecht belastendes Geständnis möglicherweise lediglich eigene Vorteile verschaffen wollte.“<sup>1019</sup>

#### 4.5.4 Stellungnahme

Der 2. Strafsenat lässt es zu, dass ein schlankes Geständnis zugrunde gelegt wird, ohne dass weitere Sachaufklärung betrieben wird. Es wurde jedoch bereits ausgeführt, dass dies im Rahmen einer Absprache den Aufklärungsgrundsatz verletzt, denn einem Geständnis, das aufgrund einer Verständigung abgegeben wird, wohnt, wie oben ausgeführt, die Gefahr inne, dass es falsch ist.<sup>1020</sup> Diese Gefahr ist einem ausgehandelten Geständnis immanent. Wegen dieser Gefahr ergibt sich im Rahmen der Absprache allein aufgrund dieser Sonder-situation fast immer das Erfordernis, weitere Beweiserhebungen heranzuziehen.

Überzeugend sind daher die Ausführungen des 3. Strafsenats, wonach ein sog. Formalgeständnis nicht ausreichend ist. Nicht hinreichend ist es jedenfalls, zur Überprüfung des Geständnisses die Aktenlage heranzuziehen. Diese ist keine ausreichende und auch keine zulässige Grundlage. Zieht man die Aktenlage zur Überprüfung des Geständnisses heran, so besteht auch die Gefahr, dass Verstöße im Ermittlungsverfahren perpetuiert werden<sup>1021</sup>. Lässt man es außerdem zu, dass die Erörterung, ob ein solches Geständnis glaubhaft ist, in den Urteilsgründen unterbleibt, so wird einem Missbrauch in der Praxis Tür und Tor geöffnet.

Die anderen Senate versuchen wenigstens einen Mindestgehalt des Aufklärungsgrundsatzes zu wahren, indem sie konstatieren, dass ein Geständnis auf seine Glaubhaftigkeit überprüft werden muss<sup>1022</sup>. Indem indessen in keiner Entscheidung ausgeführt wird, wann sich Beweiserhebungen aufdrängen, kann ein Gericht ein Geständnis immer als glaubhaft erachten und kann dies nach dem 2. Strafsenat der Entscheidung zugrunde legen, ohne dass Erörterungen in den Entscheidungsgründen zur Glaubhaftigkeit erforderlich sind. Wünschenswert wäre es deshalb, wenn der BGH bei Urteilen, bei denen die Verletzung derart bedeutsamer Prozessmaximen im Raum steht, Anforderungen unabhängig vom Einzelfall aufstellen würde.

---

<sup>1018</sup> BGH NStZ 2007, 116, 119

<sup>1019</sup> BGH NStZ 2007, 116, 119

<sup>1020</sup> Vgl. oben S. 56

<sup>1021</sup> Überzeugend Siolek, Verständigung, S. 116; nach Landau/Eschelbach NJW 1999, 321, 324 sei dieses Problem genereller Natur.

<sup>1022</sup> Vgl. nur 4. Strafsenat, BGHSt 43, 195

Letztendlich, wird es sich bei Geständnissen im Rahmen von Absprachen stets um eine formalisierte Wahrheit handeln<sup>1023</sup>, bei der es nur Zufall ist, ob sie dem materiellen Schuldprinzip gerecht wird. Der Aufklärungsgrundsatz wird nur seiner Form nach aufrecht erhalten. Der Angeklagte wird genau so viel (oder so wenig) von dem relevanten Sachverhalt offen legen wie notwendig ist, um die (in ihrer Obergrenze) festgelegte Strafe zu rechtfertigen.<sup>1024</sup> Damit bestimmt jedoch nicht die in der Hauptverhandlung festgestellte „materielle Wahrheit“ den Inhalt des Urteils, sondern andersherum wird durch den (zuvor ausgehandelten) Inhalt des Urteils das Maß der „Wahrheit“ determiniert, das anschließend vom Angeklagten (oder seinem Verteidiger) im Gerichtssaal präsentiert wird.<sup>1025</sup> Für den Angeklagten besteht keine Veranlassung, ein umfassenderes Geständnis als das erwartete, welches häufig vorher genau ausgearbeitet wurde, abzulegen. Denn er weiß oftmals bereits, für welches Geständnis er eine Strafmilderung erhalten wird.

Zwar besteht die Gefahr, dass die absolute Wahrheit nicht ans Licht kommt und der Angeklagte nur einen Teil des Tatvorwurfs einräumt auch außerhalb von Abspracheverfahren<sup>1026</sup>, indessen haben die Justizorgane im „Normalverfahren“ nichts zur Bildung dieser formalisierten Wahrheit beigetragen, sondern ihrer Pflicht zur wahren Sachverhaltsermittlung genügt und in der Regel alles Mögliche zur vollständigen Ermittlung der Wahrheit getan. Im „Normalverfahren“ wird daher keine Wahrheit hergestellt sondern ermittelt.<sup>1027</sup>

Die Unerfüllbarkeit eines Anspruchs nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten kann nicht dazu führen, dass bereits der Anspruch (auf die Ermittlung der Wahrheit) verneint wird.

Wenn eine Maßnahme aber darauf gerichtet ist, die Aufklärung des Sachverhalts weitmöglich zu beschränken, so führt dies zwangsläufig dazu, dass eben nicht die Wahrheit ermittelt wird. Der These Weigends, „Wenn das Ergebnis des Verfahrens feststeht, wird das Verfahren notwendig zur Farce.“<sup>1028</sup> ist somit vollumfänglich zuzustimmen.

## 4.6 Der Rechtsmittelverzicht

§ 302 StPO räumt dem Angeklagten das Recht ein, auf Rechtsmittel zu verzichten. Sinn und Zweck des Rechtsmittelverzichts ist „die Herbeiführung eines gegenüber dem normalen Prozessabschluss erhöhten Maßes an Rechtsfrieden“.<sup>1029</sup> Der Rechtsmittelverzicht kann erklärt werden, sobald und solange das Rechtsmittel eingelegt werden kann.<sup>1030</sup> Die Strafprozessordnung regelt aber weder die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts noch die der Prozesshandlungen.

Der Vorteil eines Rechtsmittelverzichts für das Gericht besteht darin, dass ein abgekürztes Urteil gem. § 267 Abs. 4 S. 1 StPO abgesetzt werden kann, in dem auf die Beweiswürdigung verzichtet werden kann.<sup>1031</sup> Für den Angeklagten besteht der Vorteil einer schnelleren Rechtskraft darin, dass er die Strafe umso früher antreten und sie verbüßen kann. Kommt es zu einer Strafaussetzung zur Bewährung, so beginnt der Ablauf der Bewährungszeit mit

<sup>1023</sup> Vgl. auch Trüg/Kerner Formalisierung der Wahrheitsfindung im (reformiert-) inquisitorischen Strafverfahren ? Betrachtungen unter rechtsvergleichender Perspektive in FS Böttcher S. 191, 208; zudem Weigend BGH-FG 1011, 1040

<sup>1024</sup> Weigend, BGH-FG 1011, 1040

<sup>1025</sup> Weigend, BGH-FG 1011, 1040

<sup>1026</sup> Vgl. Ioakimidis, Rechtsnatur, S. 60

<sup>1027</sup> Auch bei Trüg/Kerner a.a.O wird zwischen Herstellung der Wahrheit im US-amerikanischen Verfahren und der Ermittlung von Wahrheit, als Ziel im herkömmlichen deutschen Strafverfahren, unterschieden.

<sup>1028</sup> BGH-FG 1011, 1040

<sup>1029</sup> Dencker, Willensfehler, S. 141

<sup>1030</sup> Meyer-Goßner § 302 Rn. 14

<sup>1031</sup> Diese Möglichkeit besteht allerdings auch dann, wenn innerhalb der Rechtsmittelfrist kein Rechtsmittel eingelegt wird, so dass das Gericht diesen Vorteil auch erreichen kann, wenn es die Rechtsmittelfrist abwartet.

Ablauf der Bewährungsfrist gem. § 56a StGB.<sup>1032</sup> Diese Vorteile erscheinen jedoch minimal in Anbetracht der Folgen, die sich aus einem Rechtsmittelverzicht ergeben.

Im Rahmen einer Absprache gehört es häufig zum Inhalt, dass der Angeklagte nach Urteilsverkündung auf Rechtsmittel verzichtet.<sup>1033</sup> Da sich eine Absprache dadurch auszeichnet, dass die Beteiligten das Ergebnis akzeptieren, scheint auch kein Rechtsmittelbedarf zu bestehen.<sup>1034</sup> So gibt es zahlreiche Berichte, nach denen der Rechtsmittelverzicht ein vereinbarter Bestandteil fast jeder Urteilsabsprache sei.<sup>1035</sup>

Dem Verzicht kommt dabei nicht nur die Funktion zu, Rechtssicherheit herbeizuführen. Dieser kann im Rahmen der Absprache auch dazu dienen, eine bewusste Umgehung der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs durch die Berufsjuristen unangreifbar zu machen.<sup>1036</sup> Vereinbart wird schließlich „Letztinstanzlichkeit“.<sup>1037</sup> Die Entscheidung ist somit gegen obergerichtliche Kontrolle abgesichert. Dies führt dazu, dass die Aufgabe des Bundesgerichtshofs, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern, wesentlich erschwert wird.<sup>1038</sup>

#### 4.6.1 Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht allgemein

In der Rechtsprechung hatte sich seit jeher der Grundsatz entwickelt, dass ein Rechtsmittelverzicht aus Gründen der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden grundsätzlich bedingungsfeindlich, unwiderruflich und unanfechtbar ist.<sup>1039</sup> Dies beruht auf den gewichtigen Folgen<sup>1040</sup>, die durch den Rechtsmittelverzicht ausgelöst werden. Durch Erklärung eines Rechtsmittelverzichts erlangt das Urteil formelle und materielle Rechtskraft. Es kann nach einem Rechtsmittelverzicht unmittelbar vollstreckt werden und mit der materiellen Rechtskraft geht die Sperrwirkung einher. Die Tat darf nicht noch einmal Gegenstand eines Strafverfahrens sein. Auch ein Willensmangel des Erklärenden ist prinzipiell unbeachtlich.<sup>1041</sup> Willensmängel des Erklärenden finden nur dann Berücksichtigung, wenn sie von Seiten der staatlichen Organe durch Drohung, Täuschung oder ähnliche gewichtige Einwirkungen auf die Entscheidungsfreiheit des Angeklagten verursacht werden.<sup>1042</sup> Eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen Anfechtungsregeln kommt nicht in Betracht.<sup>1043</sup> § 136a StPO, der sich nur auf Vernehmungen bezieht,<sup>1044</sup> wurde teilweise von der Rechtsprechung auch auf den Rechtsmittelverzicht angewendet.<sup>1045</sup> § 136a StPO regelt jedoch nach Wortlaut und Sinn und Zweck lediglich Probleme des Beweisrechts.<sup>1046</sup> Der BGH lehnt mittlerweile deshalb die direkte und analoge Anwendung von § 136a StPO auf den Rechtsmittelverzicht ab.<sup>1047</sup> Beim Geständnis gebe der Angeklagte eine Willenserklärung ab, beim Rechtsmittelverzicht handele es sich hingegen um eine Willenserklärung. Zudem

<sup>1032</sup> Erb GA 2000, 511, 512

<sup>1033</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 83; Weider bezeichnet den Rechtsmittelverzicht gar als „conditio sine qua non der Absprache“ FS Lüderssen 773, 776; Rieß FS Meyer-Goßner, 645, 649 spricht von „Alltagsgeschäft“; vgl. auch Herrmann, JuS 1999, 1162, 1166

<sup>1034</sup> Weider in FS Lüderssen 773, 776

<sup>1035</sup> Deal StV 1982, 552; Gerlach S. 38; Janke S. 48 ff.

<sup>1036</sup> Meyer StV 2004, 41, 42; Rönnau wistra 1998, 49, 52

<sup>1037</sup> Satzger JuS 2000, 1157, 1158

<sup>1038</sup> Kuckein/Pfister BGH-FG 2001, 624, 625

<sup>1039</sup> Vgl. Meyer-Goßner § 302 Rn. 21 m.w.N.

<sup>1040</sup> BGHSt 17, 14, 17

<sup>1041</sup> BGHSt 17, 14; BGH NStZ 1984, 81

<sup>1042</sup> SK-Frisch § 302 Rn. 22

<sup>1043</sup> BGHSt 17, 14

<sup>1044</sup> Meyer-Goßner § 136a Rn. 4

<sup>1045</sup> OLG Bremen JZ 1955, 680; OLG Düsseldorf NJW 1960, 210

<sup>1046</sup> LR-Hannack § 136a Rn. 14

<sup>1047</sup> BGHSt 17, 14; vgl. auch KK-Boujong § 136a Rn. 7

streite bei § 136a StPO die materielle Wahrheit gegen das Schweigerecht des Angeklagten, während sich beim Rechtsmittelverzicht Gerechtigkeit und Rechtssicherheit gegenüber stünden. Grundsätzlich habe die Rechtssicherheit Vorrang vor der Einzelfallgerechtigkeit, so dass nur in Ausnahmefällen der Einzelfallgerechtigkeit Vorrang zu gewähren sei und die Ausnahme der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts gerechtfertigt sei.<sup>1048</sup> Ein solcher Ausnahmefall liege freilich nicht bereits bei enttäuschten Erwartungen vor.<sup>1049</sup> Ausnahmefälle, in denen der Rechtsmittelverzicht für unwirksam erklärt wurde, wurden beispielsweise bejaht bei einem Irrtum über die Zulässigkeit des Rechtsmittels, der durch unrichtige Auskunft des Gerichts entstanden<sup>1050</sup> ist oder bei einer Drohung durch Strafverfolgungsorgane, wobei der BGH an das Kriterium der Drohung keine geringen Anforderungen stellt.<sup>1051</sup>

#### 4.6.2 Rechtsprechung zum Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache

Der Rechtsmittelverzicht gehört immer noch zum Standardinhalt einer Absprache.<sup>1052</sup> Dies zeigt sich nicht nur bei den Praxisberichten, sondern auch an den dem BGH vorliegenden Fällen. Teilweise wird von einem „regelrechten Kampf“ zwischen Tatgerichten und BGH gesprochen, in dem der BGH versuche, sein Verbot durchzusetzen, den Rechtsmittelverzicht zum Abspracheninhalt zu machen und die Tatgerichte hingegen Versuche unternähmen, ihre Absprachen gegen die höchstrichterliche Überprüfung abzuschirmen.<sup>1053</sup> In seiner Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195 hat es der 4. Senat ausdrücklich für unzulässig erklärt, wenn „sich das Gericht für das Inaussichtstellen einer milderen Strafe durch den Angeklagten versprechen lässt, dass dieser auf Rechtsmittel verzichten werde“. Dieser Grundsatz ist von späteren Entscheidungen (zunächst) nicht in Frage gestellt worden.<sup>1054</sup> Konsequenz dieser Entscheidung konnte eigentlich nur die Unwirksamkeit des aufgrund der Zusage erklärten Rechtsmittelverzichts sein.<sup>1055</sup> Der 4. Strafsenat hatte es indessen unterlassen, die Konsequenzen eines Verstoßes gegen seine „Absprachenordnung“ festzulegen.<sup>1056</sup> Der 2. Strafsenat hatte zeitlich vor der Grundsatzentscheidung entschieden, dass die Unzulässigkeit einer Absprache über das Verfahrensergebnis die Wirksamkeit des absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzichts unberührt lässt.<sup>1057</sup> Hätte der 4. Senat daher entscheiden wollen, dass der abgesprochenen Rechtsmittelverzicht aufgrund seiner Eigenschaft als Bestandteil einer Absprache unwirksam ist, so hätte es einer Divergenzvorlage gem. § 132 II GVG bedurft. Es war daher abzusehen, dass allein aufgrund dieser beiden Entscheidungen die Obergerichte sich mit der Frage der Wirksamkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts auseinander zu setzen hätten. Dies zeigt, dass sich keinesfalls nur die Fronten BGH - Tatgerichte gegenüberstanden, sondern, dass auch innerhalb der Senate keine Einigkeit herrschte. Sämtliche Senate hatten sich in der Folgezeit mit der Frage der Wirksamkeit des vereinbarten Rechtsmittelverzichts zu befassen. Bei keiner mit den

<sup>1048</sup> BGHSt 17,14,18; BGH NStZ 1999, 364

<sup>1049</sup> BGH StV 1994, 64; BGH wistra 1994, 197; NStZ-RR 1997, 174; OLG Frankfurt StV 1987, 289

<sup>1050</sup> OLG Düsseldorf NJW 1960, 210; OLG Bremen JZ 1955, 680

<sup>1051</sup> So stellten die Ankündigung des Staatsanwalts, seinerseits Revision einzulegen oder des Verteidigers, das Mandat niederzulegen, falls keine Rechtsmittel erfolge, nach BGH NStZ 1986, 277, 278 keine Drohung dar.

<sup>1052</sup> Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 54; Weider FS Lüderssen S. 773, 775; Meyer, Willensmängel, S. 308 Fn. 1444; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 83

<sup>1053</sup> Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 190; Volk FS Salger S. 411

<sup>1054</sup> Seher StraFo 2003, 412, 413

<sup>1055</sup> So auch Weigend StV 2000, 63

<sup>1056</sup> Dies kritisiert auch Meyer, Willensmängel, S. 308; vgl. auch Rönnau JR 2001, 29, 31, der die Regel daher als „eine Art lex imperfecta“ bezeichnet; vgl. auch Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 140

<sup>1057</sup> BGH NJW 1997, 2691

Absprachen zusammenhängenden Problematik sind die Meinungsverschiedenheiten zwischen den einzelnen Senaten so zutage getreten wie bei der Frage der Wirksamkeit des vereinbarten Rechtsmittelverzichts.

#### 4.6.2.1 Rechtsmittelverzicht als Absprachegegenstand

Der 4. Strafsenat hat in seiner Grundsatzentscheidung entschieden, dass die Vorabvereinbarung eines Rechtsmittelverzichts unzulässig ist. Der Angeklagte dürfe sich nicht in Unkenntnis der gerichtlichen Entscheidung seiner Kontrollmöglichkeit begeben.<sup>1058</sup> Das Inaussichtstellen einer milderen Strafe im Gegenzug für das Versprechen, auf Rechtsmittel zu verzichten, bedeute eine unzulässige Verknüpfung der Rechtsmittelbefugnis mit der Höhe der Strafe. Zudem könne der Angeklagte frühestens nach Urteilsverkündung auf Rechtsmittel verzichten. Von der Prämisse der Unzulässigkeit der Vorabzusage waren bis zu diesem Zeitpunkt alle Senate ausgegangen.

Der 2. Senat dagegen erachtet mittlerweile den Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache als nicht unzulässig.<sup>1059</sup> Er führt in seinem Beschluss vom 28.01.2004 aus, dass er „keine Bedenken (hat), dass bei einer formgerechten einverständlichen Verfahrenserledigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten ein allseitiger Rechtsmittelverzicht in Aussicht gestellt wird, mag ein solcher auch nicht bindend sein.“ Es ist deshalb die Frage zu beantworten, ob der Rechtsmittelverzicht zulässigerweise zum Inhalt einer Absprache gemacht werden kann.

##### 4.6.2.1.1 Unzulässigkeit aufgrund Disposition über das Rechtsmittel bzw. Aufgabe der Kontrollbefugnis

Der Rechtsmittelverzicht ist grundsätzlich zulässig sobald und solange das Rechtsmittel eingelegt werden kann.<sup>1060</sup> Jedenfalls unzulässig wäre die Zusage der Abgabe eines späteren Rechtsmittelverzichts dann, wenn diese bindend wäre, denn dann würde der Angeklagte bereits vor Urteilserlass über die Rechtsmittelbefugnis disponieren. Der Rechtsmittelverzicht kann jedoch erst dann erklärt werden, wenn die Dispositionsbefugnis auch besteht. Es ist daher zu fragen, ob die Zusage, im Rahmen einer Absprache einen Rechtsmittelverzicht nach Urteilserlass abzugeben, bindend wirkt. Dies lässt sich nicht abschließend bewerten, bevor nicht die Rechtsnatur einer solchen Erklärung geklärt ist.

Bei einem Rechtsmittelverzicht handelt es sich unstreitig um eine Prozesshandlung. Somit könnte man auch in der Zusage des Verzichts im Rahmen einer Absprache eine Prozesshandlung sehen.<sup>1061</sup> Bei den Prozesshandlungen unterscheidet die herrschende Lehre zwischen Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen. Erwirkungshandlungen sind auf die Herbeiführung einer anderen Prozesshandlung, namentlich einer richterlichen Entscheidung, gerichtet.<sup>1062</sup> Bewirkungshandlungen sollen dagegen nicht die Prozesshandlung eines anderen Verfahrensbeteiligten erwirken. Von Bewirkungshandlungen wird bei Prozesshandlungen gesprochen, die den Prozess unmittelbar aus sich selbst heraus gestalten.<sup>1063</sup>

Die Vorabzusage des Rechtsmittelverzichts könnte als Erwirkungshandlung gesehen werden. Es ließe sich vertreten die Zusage werde abgegeben, um die Strafmilderung zu erlangen, mithin eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, die eine gemilderte Strafe zum Inhalt hätte. Die Strafmilderung darf aber gerade nicht mit der Befugnis zur Einlegung

---

<sup>1058</sup> BGHSt 43,195, 205

<sup>1059</sup> BGH StV 2004, 196

<sup>1060</sup> Meyer-Goßner § 302 Rn. 14

<sup>1061</sup> Vgl. Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 78

<sup>1062</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 22 A II Rn. 2

<sup>1063</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, § 22 A II Rn. 2

eines Rechtsmittels verknüpft werden. Denn die Rechtsmittelbefugnis und deren Ausübung oder Nichtausübung lassen keine Rückschlüsse auf die Täterpersönlichkeit zu und sind somit keine zulässigen Strafzumessungsfaktoren.<sup>1064</sup>

Die Zusage eines Rechtsmittelverzichts vor Urteilsverkündung könnte dagegen als Bewirkungshandlung angesehen werden, wenn der Angeklagte mit der Verzichtszusage bereits eine Verfügung über seine Rechtsmittelbefugnis treffe. Denn dann hätte diese Erklärung die gleichen Folgen wie die Rechtsmittelverzichtserklärung an sich und würde unmittelbar prozessgestaltend wirken. So geht *Grunst*<sup>1065</sup> davon aus, dass der Angeklagte faktisch schon vor Urteilerlass durch die Vereinbarung eine Verfügung getroffen habe.

Dagegen spricht jedoch, dass die Verpflichtung zur Leistung und die Erbringung der Leistung zwei unterschiedliche Akte darstellen.<sup>1066</sup> Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft müssen abstrahiert werden.<sup>1067</sup> Die Rechtsmittelverzichtszusage ist gegenüber der Erklärung des Verzichts nach Verkündung des Urteils eine eigenständige Handlung.<sup>1068</sup>

Durch das Urteil wird zudem eine zeitliche<sup>1069</sup> Zäsur gebildet. Während der erklärte Verzicht die Einlegung des Rechtsmittels ausschließt, hat die Erklärung, der Angeklagte werde nach Urteilsverkündung auf Rechtsmittel verzichten, keinerlei unmittelbare Wirkung. Eine vorab gegebene Zusage führt nicht zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels.<sup>1070</sup>

*Schoop*<sup>1071</sup> vertritt dagegen die Auffassung, mit der Zusage erkläre der Angeklagte verbindlich die Aufgabe seiner Befugnis zur Rechtsmitteldisposition und gestalte damit den Prozess. Wie genau die Aufgabe der Befugnis zur Rechtsmitteldisposition gestaltend auf den Prozess wirkt, führt er dagegen nicht aus. Gegen eine gestaltende Wirkung spricht bereits, dass eine rechtliche Bindung nicht vorliegen kann, sich die Erklärung mithin nicht auf die Zulässigkeit eines entgegen der Zusage eingelegten Rechtsmittels auswirken kann. Der Angeklagte, der eine Verzichtszusage abgibt, kann ungeachtet dieser Zusage, die Erklärung des Rechtsmittelverzichts nach Urteilsverkündung unterlassen und ein Rechtsmittel einlegen. Dieses Rechtsmittel wäre nicht unzulässig.

*Schoop*<sup>1072</sup> zieht dabei zur Klärung der Frage, ob eine Verzichtszusage Bindungswirkung entfaltet, den möglichen Rechtsbindungswillen des Angeklagten heran. Er geht von einer gewollten Verbindlichkeit der Erklärung des Angeklagten aus. Der Angeklagte wisse regelmäßig nicht, dass er auch noch nach Abgabe dieser Erklärung weiterhin auf Rechtsmittel verzichten könne. Auch die absprachenspezifische Situation des Angeklagten spreche für einen Rechtsbindungswillen. Das Gericht erzeuge stets den Anschein, dass der Angeklagte eine rechtsverbindliche Zusage erklären müsse, sofern er die Strafmilderung erreichen wolle und das Verfahren mit einer Absprache beendet werden soll. Einen Rechtsbindungswillen schließt er des Weiteren daraus, dass aus der Sicht des Angeklagten alle

---

<sup>1064</sup> Vgl. Weigend StV 2000, 63, 64 Fn. 16

<sup>1065</sup> NStZ 2004, 54; diess. Prozesshandlungen, S. 385

<sup>1066</sup> Diese Unterscheidung trifft auch Weigend StV 2000, 63, 64, 65

<sup>1067</sup> Meyer, Willensmängel, S. 323; ähnlich dem zivilrechtlichen Abstraktionsprinzips, vgl. auch Altenhain, Wirtschaftsstrafverfahren, S. 193

<sup>1068</sup> Meyer, Willensmängel, S. 324; Satzger JuS 2000, 1157, 1159

<sup>1069</sup> Auch der Große Strafsenat geht von einer Eigenständigkeit der Verzichtserklärung aus, BGH NJW 2005, 1441, 1445. Die Zäsurwirkung tritt dabei jedoch nicht nur aufgrund der zeitlichen Komponente auf, sondern auch dadurch, dass das Urteil einen Bezugspunkt für die Verzichtserklärung herstellt, vgl. Seher JZ 2005, 634, 635

<sup>1070</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 79, hingegen meint, eine rechtliche Bindung könne allein die Unzulässigkeit eines entgegen der Zusage eingelegten Rechtsmittels zur Folge haben. Es ist jedoch vielmehr so, dass die Zusage überhaupt keine Folge hat. Das Rechtsmittel muss erst noch erklärt werden. Es ist nicht vorstellbar, dass ein Gericht einem Rechtsmittel allein wegen Verletzung einer informellen Absprache die Zulässigkeit versagt, vgl. Weigend StV 2000, 63, 64

<sup>1071</sup> Rechtsmittelverzicht, S. 79

<sup>1072</sup> Rechtsmittelverzicht, S. 71

Handlungen der Strafverfolgungsorgane als rechtsverbindlich und rechtmäßig erscheinen.<sup>1073</sup>

Es ist jedoch fraglich, ob der Angeklagte seine Erklärung mit Rechtsbindungswillen abgibt. Der Angeklagte wird sich nicht verbindlich verpflichten wollen, auf Rechtsmittel zu verzichten, bevor er das Urteil kennt. So kann selbst eine Erklärung des Angeklagten, er nehme das Urteil an, dann nicht als wirksamer Rechtsmittelverzicht gesehen werden, wenn nicht einwandfrei feststeht, dass er damit seinen Willen kundgeben wollte, von einer Anfechtung des Urteils abzusehen.<sup>1074</sup> Erst recht muss dies für die Zusage eines späteren Rechtsmittelverzichts gelten. Dies stellt rechtlich ein Minus zum Rechtsmittelverzicht dar, so dass hier nicht darauf geschlossen werden kann, der Angeklagte wolle eine verbindliche Disposition über sein Rechtsmittel treffen. Die Ausführungen *Schoops* sagen daher nur etwas über die Erwartungshaltung der Prozessbeteiligten aus. Daraus kann nicht auf den Willen des Angeklagten geschlossen werden, eine verbindliche Erklärung abgeben zu wollen. Auch weiß der Angeklagte allein aufgrund des Inhalts seiner Erklärung, später einen Rechtsmittelverzicht zu erklären, zumindest, dass es sich bei der Zusage und bei der Erklärung des Verzichts um zwei unterschiedliche Akte handelt. Hält der Angeklagte die Zusage für bindend, dann liegt ein Irrtum über die Bindungswirkung vor. Daraus kann jedoch keine Bindungswirkung abgeleitet werden.

Zudem ist fraglich, ob die Qualifizierung der Zusage anhand des Kriteriums des Rechtsbindungswillens erfolgen kann. Eine Heranziehung dieses Kriteriums vermag im Zivilrecht, wo Privatautonomie und Vertragsfreiheit herrschen, nicht dagegen im formalisierten Strafverfahren zu überzeugen. Hier muss die Frage, ob eine Bindung vorliegt oder nicht, anhand der Rechtsfolgen bestimmt werden. Da eine Zusage, einen Rechtsmittelverzicht nach Erlass des Urteils zu erklären, niemals dazu führen kann, dass ein dennoch eingelegtes Rechtsmittel unzulässig ist, ist eine Bindung der Erklärung, auf Rechtsmittel zu verzichten, zu verneinen.<sup>1075</sup> Die endgültige Entscheidung über das Rechtsmittel trifft der Angeklagte nämlich erst dann wenn er das Urteil kennt. Eine abgegebene Verzichtserklärung ist ohne Wirkung.<sup>1076</sup>

Es handelt sich demnach nicht um eine verbindliche Erklärung des Angeklagten. Die Zusage ist folglich auch nicht als Prozesshandlung aufzufassen.

Stuft man demnach die Erklärung nicht als Prozesshandlung ein, so könnte sich bereits daraus die Unwirksamkeit ergeben, wenn der Angeklagte nicht befugt wäre, andere Erklärungen, die nicht als Prozesshandlungen eingeordnet werden können, abzugeben. Im Gegensatz zu den staatlichen Organen namentlich dem Gericht und der Staatsanwaltschaft, die ihre Handlungskompetenz allein aus dem Gesetz ableiten, hat der Angeklagte jedoch eine ursprüngliche Handlungskompetenz inne, die es ihm gestattet, alle möglichen anderen Erklärungen abzugeben.<sup>1077</sup> Die Einstufung als gewöhnliche Erklärung sagt demnach nichts über die Zulässigkeit aus.

Der 4. Senat geht davon aus, dass die Zusage eines Verzichts unzulässig sei, weil der Angeklagte sich vor Abschluss der Hauptverhandlung und Kenntnis der Entscheidung seiner Kontrollmöglichkeit begeben.

---

<sup>1073</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 73; so auch schon Meyer, Willensmängel, S. 331

<sup>1074</sup> KK-Ruß § 302 Rn. 11

<sup>1075</sup> Eine Bindungswirkung verneinen Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 213; Weigend StV 2000, 63, 64

<sup>1076</sup> Kuckein/Pfister BGH-FG 2000, 641, 655; KK-Ruß Rn. 13

<sup>1077</sup> Schünemann, Gutachten B, 71/72

Hiergegen ließe sich mit *Weider* die Rechtspraxis der Tatgerichte anführen. *Weider* geht davon aus, dass es zulässig sei, sich einen Rechtsmittelverzicht vorab zusagen zu lassen. Der Angeklagte könne auch bei einer Absprache aus freier Willensentscheidung Rechtsmittel einlegen oder auf diese verzichten.<sup>1078</sup> Da in der Praxis ohnehin regelmäßig Punktstrafen ausgehandelt würden, sei dem Angeklagten auch das Urteil bekannt, so dass er sich gerade nicht in Unkenntnis der gerichtlichen Entscheidung seiner Kontrollmöglichkeit begeben.<sup>1079</sup> Der zugesagte Rechtsmittelverzicht sei ohnedies nicht bindend und der Angeklagte könne nach Urteilsverkündung frei entscheiden, ob er Rechtsmittel einlege oder nicht.<sup>1080</sup>

Dieser Begründungsansatz von *Weider* kann jedoch nicht überzeugen. Die Praxis, Punktstrafen auszuhandeln und zuzusagen, verstößt nämlich in eklatanter Weise gegen die §§ 260, 261 StPO<sup>1081</sup>. Wird eine Punktstrafe zugesagt, so ergibt sich das Ergebnis, die konkrete Strafe, nämlich nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung. Mit der Argumentation *Weiders*, ein Rechtsmittelverzicht sei aufgrund der gängigen Praxis, Punktstrafen zu vereinbaren, zulässig, gleicht man den einen Rechtsverstoß mit einem anderen aus.<sup>1082</sup> Dies vermag nicht zu überzeugen.

Es wurde gezeigt, dass sich der Angeklagte nicht vor Kenntnis des Ergebnisses seiner Kontrollmöglichkeit begibt, weil gerade keine Bindungswirkung der Erklärung vorliegt. Die Kontrollmöglichkeit bleibt bis zum Zeitpunkt nach der Urteilsverkündung bestehen. Die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts kann zulässig sein, wenn sich nicht die Unzulässigkeit aus anderen Gründen ergibt.

#### 4.6.2.1.2 Unzulässigkeit aufgrund unzulässiger Verknüpfung der Rechtsmittelbefugnis mit der Strafhöhe

Gegen die Zulässigkeit des Zusagens eines Rechtsmittelverzichts wendet der 4. Strafsenat ein, dies stelle eine unzulässige Verknüpfung der Rechtsmittelbefugnis mit der Höhe der Strafe dar.<sup>1083</sup> Es wird nicht auf den ersten Blick deutlich, worin der 4. Senat die Verknüpfung der Rechtsmittelbefugnis mit der Höhe der Strafe sieht. Mit dieser unzulässigen Verknüpfung kann der 4. Senat nicht gemeint haben, dass der Angeklagte die Einlegung des Rechtsmittelverzichts von der Höhe der Strafe abhängig macht. Dass ein Angeklagter seine Entscheidung darüber, ob er Rechtsmittel gegen ein Urteil einlegt oder nicht von dem Inhalt dieses Urteils abhängig macht, kann keinen rechtlichen Einwand gegen den Verzicht begründen.<sup>1084</sup>

*Schmitt*<sup>1085</sup> führt hiergegen auch an, dass es selbstverständlich sei, dass die Abgabe eines Rechtsmittels im Zusammenhang mit der verhängten Strafe stehe. Es könne schwerlich unzulässig sein, dass ein Angeklagter seine Entscheidung, ob er ein Rechtsmittel einlege oder nicht von der Höhe der verhängten Strafe abhängig mache. Denn die Höhe der Strafe sei wohl das primäre Kriterium für die Entscheidung, das Urteil hinzunehmen oder nicht. Gemeint ist mit dieser Äußerung des 4. Senats wohl auch nicht, dass er in der Zusage des Verzichts eine missbräuchliche Wahrnehmung der dem Angeklagten zustehenden Rechts-

<sup>1078</sup> Weider, FS Lüderssen, 773, 777

<sup>1079</sup> Weider, FS Lüderssen, 773, 777

<sup>1080</sup> Weider, FS Lüderssen, 773, 778

<sup>1081</sup> S. bereits 2. Kapitel B. I. 7.

<sup>1082</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 208; Meyer, Willensmängel, S. 307

<sup>1083</sup> BGHSt 43, 195, 205

<sup>1084</sup> Weigend StV 2000, 63, 64

<sup>1085</sup> GA 2001, 411, 424

mittelbefugnis sieht.<sup>1086</sup> Zum einen erfolgt die Rechtsmitteleinlegung erst nach dem Urteil und die Motive für den Rechtsmittelverzicht sind unerheblich. Zum anderen überzeugt auch nicht der Vergleich der sachwidrigen Verknüpfung eines Beweisantrags mit dem Verzicht des Gerichts auf bestimmte prozessuale Folgen, den diese Auffassung heranzieht,<sup>1087</sup> denn bei einem Beweisantrag handelt es sich um eine unmittelbare Folgen auslösende Prozesshandlung, während die Rechtsmittelverzichtsusage keinerlei unmittelbare Wirkung hat.

Der Senat hält vielmehr die Verbindung zwischen Rechtsmittelverzicht und Strafmilderung für unzulässig. Dies ergibt sich aus der Verortung seiner Aussage in der Grundsatzentscheidung. Angesprochen wird dies nämlich unmittelbar nach den Ausführungen, dass es nicht unzulässig ist, dass das Gericht dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafmilderung in Aussicht stellt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Umgekehrt ist es aber nicht zulässig, wenn sich das Gericht für das Inaussichtstellen einer milderen Strafe durch den Angeklagten versprechen lässt, dass dieser auf Rechtsmittel verzichten werde. Dies bedeutet (...) eine unzulässige Verknüpfung der Rechtsmittelbefugnis mit der Höhe der Strafe, auf die jene keinen Einfluss haben darf.“<sup>1088</sup> Die Aussage des 4. Strafsenats bezieht sich daher auf den Grundsatz, dass der Rechtsmittelverzicht kein Strafzumessungsfaktor sein kann. Das Verhalten des Angeklagten kann nämlich nur dann strafmildernd wirken, wenn es Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Angeklagten zulässt. Die Entscheidung, kein Rechtsmittel einzulegen, vielmehr darauf zu verzichten, lässt aber keine Rückschlüsse auf die Täterpersönlichkeit zu. Dagegen lässt sich einwenden, dies sei so selbstverständlich, dass der 4. Senat dies nicht eigens habe aussprechen müssen. Dies überzeugt indessen nicht, da der Senat meint, auch anderen Selbstverständlichkeiten in seiner Grundsatzentscheidung Ausdruck verleihen zu müssen, beispielsweise indem er ausführt, die Strafe müsse schuldangemessen sein.<sup>1089</sup>

Es wäre daher unzulässig, wenn das Gericht eine Strafmilderung gerade für die Abgabe der Erklärung, nach Erlass des Urteils auf Rechtsmittel zu verzichten, einräumt. Es ist allein fraglich, ob eine solche Verknüpfung überhaupt vorliegt.

Teilweise wird eine solche Verknüpfung in der Rechtspraxis verneint.

*Weider*<sup>1090</sup> geht davon aus, dass eine Verknüpfung von Strafmilderung und Dispositionsbefugnis über das Einlegen von Rechtsmitteln gar nicht stattfindet. Die Rechtskraft des ausgehandelten konsensualen Ergebnisses sei lediglich „dessen Abfallprodukt“ und spiele bei den Verhandlungen über die Strafhöhe keine Rolle.

Dagegen wird in der Literatur ein Fall angeführt, der dem 1. Strafsenat<sup>1091</sup> vorlag:<sup>1092</sup> Die Staatsanwältin hatte im Rahmen von Verständigungsgesprächen ausgesagt, sie könne sich mit der vom Gericht vorgeschlagenen Strafe einverstanden erklären, ein solches Urteil müsse aber sofort rechtskräftig werden. Auch der Vorsitzende teilte der Angeklagten selbst mit, dass eine Gesamtstrafe von 2 Jahren in Betracht käme, dies aber voraussetze, dass das Verfahren endgültig erledigt werde. Nachdem die Angeklagte keinen Rechtsmittelverzicht erklärte, erging ein Urteil mit einer Gesamtstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten. Aus dieser

<sup>1086</sup> So aber Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 100

<sup>1087</sup> Vgl. Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 99/100

<sup>1088</sup> BGHSt 43, 195, 204

<sup>1089</sup> BGHSt 43, 195, 208

<sup>1090</sup> Weider, FS Lüderssen, 773, 780

<sup>1091</sup> 1. Strafsenat vom 26.09.2001 1 StR 147/01 = NSTz 2002, 219

<sup>1092</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 209

Entscheidung könnte man den Schluss ziehen, dass der Rechtsmittelverzicht auch im Zusammenhang mit dem Strafmaß Bedeutung erlangt.<sup>1093</sup>

Andererseits gaben bei der Befragung von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* 45,2 % der Richter, 47,6 % der Staatsanwälte, und 48 % der Verteidiger an, der Rechtsmittelverzicht sei selbstverständlicher Bestandteil der Absprache, über den nicht ausdrücklich gesprochen werde. Daraus lässt sich wiederum der Schluss ziehen, dass das Gericht sich nicht für die Zusage der Strafmilderung das Versprechen des Rechtsmittelverzichts geben lässt. Der Rechtsmittelverzicht wäre dann nur ein Abfallprodukt, so wie bei einem zivilrechtlichen Vertrag die Parteien davon ausgehen, dass der Vertrag nicht widerrufen oder angefochten wird, die Leistungen aber nicht deshalb erbracht werden, sondern dies eine selbstverständliche Grundlage darstellt.

Es lässt sich jedoch kaum jemals feststellen, ob das Gericht die Strafmilderung aufgrund des zugesagten Rechtsmittelverzichts gewährt hat. Dies wäre dann unerheblich, wenn die Unzulässigkeit der Verzichtserklärung sich aus anderen Gründen ergibt.

#### 4.6.2.1.3 Unzulässigkeit aufgrund Disposition über die materielle Wahrheit

Letztendlich wird durch die Zusage des Rechtsmittelverzichts mittelbar auch über die materielle Wahrheit disponiert.<sup>1094</sup> Denn wenn ein Rechtsmittelverzicht in Aussicht gestellt wird, so bindet dies den Angeklagten zumindest faktisch.<sup>1095</sup> Es lässt sich nicht leugnen, dass der Angeklagte die Erklärung in einer Drucksituation abgegeben hat. Ist ein Rechtsmittelverzicht in Aussicht gestellt, so wird das Gericht unter Umständen weniger Sorgfalt auf die Ermittlung des Sachverhalts legen. So kommt es in der Praxis kaum vor, dass entgegen einer Erklärung ein Rechtsmittel eingelegt wird. Dies ist schon aufgrund des konsensual gefundenen Ergebnisses unwahrscheinlich. So berichtet *Siolek*<sup>1096</sup> davon, dass er nur zweimal Fälle erlebt hat, in denen entgegen einer Zusage ein Rechtsmittelverzicht eingelegt wurde. Das Gericht weiß schon im Zeitpunkt, zu dem die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht abgeschlossen ist, dass seine Urteilsausführungen mit hoher Wahrscheinlichkeit keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Damit ist es verleitet, die Erforschung des Sachverhalts auf ein Minimum zu reduzieren.<sup>1097</sup> Die Zusage eines Rechtsmittelverzichts ist deshalb kein zulässiger Absprachegegenstand.

#### 4.6.2.2 Die Wirksamkeit des erklärten Rechtsmittelverzichts

Die Unzulässigkeit der Zusage, Rechtsmittelverzicht zu erklären und die Vereinbarung einer solchen Zusage bei einer Absprache, sagen dagegen nichts über die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, der absprachegemäß erklärt wird. Zwar ist durch das Verbot der Vorabzusage der Bereich des Rechtsmittelverzichts unmittelbar betroffen<sup>1098</sup>, jedoch ist dessen Wirksamkeit getrennt von der Frage der Zulässigkeit der Vorabzusage zu sehen.

Dies gilt auch dann, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Zusage bereits als Verzichtserklärung ansieht. Denn wegen seiner öffentlich-rechtlichen Struktur

---

<sup>1093</sup> Allerdings war dies in der angesprochenen Entscheidung nicht bewiesen, so dass der Senat auf den fehlenden Hinweis abstellt.

<sup>1094</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 216

<sup>1095</sup> Auch hinsichtlich der Strafmaßzusage des Gerichts wurde vor der Entscheidung BGHSt 43, 195 eine faktische Bindung zugemessen.

<sup>1096</sup> FS Rieß S. 563, 581

<sup>1097</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 216

<sup>1098</sup> Grunst, Prozesshandlungen, S. 382

kann auch ein unzulässiger Rechtsmittelverzicht Wirksamkeit entfalten. Die Wirksamkeit ist getrennt von der Zulässigkeit zu prüfen.<sup>1099</sup>

Es stellt sich die Frage, wie sich ein Verstoß gegen das vom 4. Senat judizierte Verbot, einen Rechtsmittelverzicht zu vereinbaren auf die Verzichtserklärung auswirken sollte. Denn zweifellos kann auch dann, wenn man beide Verfahrensabschnitte getrennt voneinander betrachtet, zwischen beiden Verfahrensstadien eine Brücke bestehen.<sup>1100</sup> Die Frage, wie die Vorabverzichtserklärung auf die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts durchschlagen soll, wird von den Senaten unterschiedlich beantwortet.

#### 4.6.2.2.1 Die Rechtsprechung des 4. Strafsenats

Der 2. Strafsenat hatte 1997 entschieden, dass ein abgesprochener Rechtsmittelverzicht dann unwirksam sein könne, wenn „diejenigen Gründe, die – allgemein oder im Einzelfall – der Zulässigkeit einer solchen Absprache entgegenstehen, zugleich auch zur rechtlichen Missbilligung des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts führen würden.“<sup>1101</sup> Der 2. Strafsenat nimmt demnach die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts an, wenn ein Rechtsfehler sowohl die Absprache als auch den Verzicht als solchen berührt. Teilweise wird davon ausgegangen, dass der Senat damit auf die in der Rechtsprechung entwickelten Fallgestaltungen Bezug nimmt, in denen eine Ausnahme von dem Grundsatz der unbedingten Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts angenommen wird.<sup>1102</sup> Dabei handelt es sich um Konstellationen, die der des von § 136a StPO erfassten Bereichs nahe kommen: massive Drohung, bewusste Täuschung oder sonst massive Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Angeklagten.

In seiner Entscheidung vom 19.10.1999 bejaht der 4. Senat die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts und gewährt dem Angeklagten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts folge daraus, „dass er Bestandteil der dem Urteil vorausgegangenen Absprache ist.“ Zunächst erscheint die Entscheidung als Konsequenz des vom 4. Strafsenat in seiner Grundsatzentscheidung angenommenen Verbots der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts, nämlich die Unwirksamkeit desselben.

##### 4.6.2.2.1.1 Vermeidung einer Vorlage

Nach weiteren Ausführungen nimmt der Senat Bezug auf die Rechtsprechung des 2. Senats, wonach die Unzulässigkeit einer Absprache über das Verfahrensergebnis nicht die Wirksamkeit eines absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzichts berühre. Um nicht den Großen Senat im Wege einer Divergenzvorlage anzurufen, lässt der 4. Senat seine Aussage, dass der Rechtsmittelverzicht, der Bestandteil einer dem Urteil vorausgegangenen Absprache ist, unwirksam ist, zu einem bloßen obiter dictum<sup>1103</sup> verkümmern. Trotz des auch darauf hinweisenden Leitsatzes zieht der Senat andere Gründe zur Qualifizierung des Rechtsmittelverzichts als unwirksam heran. Er begründet die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts mit der Nichtprotokollierung und dem heimlichen Vorgehen der staatlichen Organe. Diese Umstände können sich aber schwerlich auf die Wirksamkeit des Verzichts

<sup>1099</sup> Grunst, Prozesshandlungen, S. 380; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 205; Rieß FS Meyer-Goßner S. 645, 650; Satzger JuS 2000, 1157, 1158.

<sup>1100</sup> Seher JZ 2005, 634, 635; Weider FS Lüderssen S. 773, 783 spricht von Fernwirkung; vgl. Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 157 „fortwirken“

<sup>1101</sup> BGH NJW 1997, 2691

<sup>1102</sup> Weigend StV 2000, 63

<sup>1103</sup> Rönnau JR 2001, 29, 31

auswirken.<sup>1104</sup> Der Senat führt auch nicht aus, wie sich diese Umstände auf die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auswirken sollen.

Weil das Gericht das Risiko des Angeklagten, dass dieser die rechtliche Lage falsch einschätze, durch seine heimliche Vorgehensweise und der Nichtprotokollierung entscheidend erhöht habe, führe dies zur rechtlichen Missbilligung des – auf der Grundlage der von ihm zu verantwortenden Fehlbeurteilung erklärten – Rechtsmittelverzichts.<sup>1105</sup>

Bei seinen Ausführungen gibt der 4. Senat insofern nur vor, sich im Einklang mit der Entscheidung des 2. Senats zu befinden. Tatsächlich ist diese Übereinstimmung jedoch lediglich eine formale<sup>1106</sup>. Vielmehr bemüht der 4. Senat den vom 2. Senat skizzierten Ausnahmetatbestand, interpretiert diesen hingegen in einer nicht vom 2. Strafsenat beabsichtigten Weise. Der 2. Senat geht von der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts aus, wenn ein „doppelt wirkender Verfahrensfehler“<sup>1107</sup> vorliegt. Derselbe Fehler muss sich auf die Absprache und auch auf den Verzicht auswirken. Der 4. Senat lässt jedoch einen „Mehrfachfehler“ für die Unwirksamkeit ausreichen.

Die unzulässige Verknüpfung und ein Verstoß gegen materielles Recht sind zwar Gründe für die Unzulässigkeit der Absprache, die Auswirkung auf den Rechtsmittelverzicht vermögen sie dagegen nicht zu begründen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wie sich dies auf die Willensfreiheit des Angeklagten bei Abgabe seiner Rechtsmittelverzichtserklärung auswirken soll. Die Prüfung der Wirksamkeit eines in Erfüllung einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts muss anhand der allgemeinen Kriterien erfolgen. Dabei kommt es allein auf eine unzulässige Beeinflussung der Willensfreiheit des Angeklagten bei der Abgabe des Rechtsmittelverzichts an.<sup>1108</sup>

Dieses Kriterium lässt der 4. Strafsenat indessen weitgehend außer Betracht. Die Willensbeeinflussung erwähnt der Senat lediglich bei seiner erklärten Zustimmung zur Entscheidung des 3. Strafsenats: „Der erkennende Senat stimmt der Auffassung des 3. Strafsenats zu, dass die Freiheit des Angeklagten zur Willensentscheidung und Willensbetätigung durch die Vereinbarung des Verzichts im Rahmen einer Verständigung in rechtsstaatlich bedenklicher Erheblichkeit beeinträchtigt wird.“

Als Grund für die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führt der 4. Senat die Willensbeeinflussung jedoch gerade nicht an. Hierfür bemüht er ausschließlich normative Kriterien.<sup>1109</sup> Er unterscheidet dabei auch nicht zwischen der Vorabzusage und dem Rechtsmittelverzicht, welche beide durch zeitliche Zäsur, nämlich die Urteilsverkündung, getrennt voneinander zu betrachten sind.<sup>1110</sup> Die Intention des 4. Senats scheint darin zu bestehen, den Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache aufgrund des Verstoßes gegen das Verbot seiner Vereinbarung per se als unwirksam zu betrachten.

#### 4.6.2.2.1.2 Sanktionsgedanke

Seine Argumentation stützt der 4. Senat daher auch wesentlich auf den Sanktionsgedanken: Würde man den absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzicht nicht für unwirksam erklä-

<sup>1104</sup> Weigend StV 2000, 63, 64

<sup>1105</sup> Rönnau JR 2001, 29, 32 spricht daher von einer Risikoerhöhungslehre, die der 4. Strafsenat in diesem Zusammenhang eingeführt hat.

<sup>1106</sup> a.A. Grunst, Prozesshandlungen, S. 382, die davon ausgeht, dass sich der 4. Senat der Auffassung des 2. Senats angeschlossen habe.

<sup>1107</sup> Vgl. Weigend StV 2000, 63

<sup>1108</sup> Weider FS Lüderssen S. 773, 775; auch Siolek, Verständigung, S. 199 stellt auf die Willensbeeinflussung ab.

<sup>1109</sup> Dies kritisiert auch Meyer, Willensmängel, S. 323

<sup>1110</sup> Meyer, Willensmängel, S. 323 spricht von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, die einer abstrakten Betrachtung bedürfen.

ren, so würde der Verstoß gegen das Verbot der Vereinbarung des Rechtsmittelverzichts sanktionslos bleiben. Mit anderen Worten, ein Verstoß gegen die vom 4. Senat aufgestellte Verfahrensordnung bliebe ohne Konsequenzen. Die Wirksamkeit des absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzichts hat zur Folge, dass in diesen Fällen eine obergerichtliche Überprüfung ausgeschlossen ist. Den Tatgerichten stünde es daher frei, für das Abspracheverfahren eigene Prozessregeln aufzustellen, denn die Absprache kann aufgrund des Rechtsmittelverzichts nicht überprüft werden. Nimmt man aber per se die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts an, so hätte dies Auswirkungen auf die Tatgerichte.<sup>1111</sup> Die Missbrauchsgefahr wäre erheblich gemindert, weil die Beteiligten sich der Gefahr ausgesetzt sähen, dass ihr Urteil noch jahrelang nach der Entscheidung überprüft würde. Besteht das Risiko, dass das Urteil einer Überprüfung durch die Obergerichte unterzogen wird, so kann dies zu größerer Mühe bei der Abfassung des Urteils führen. Die Unsicherheit der Praxis, in der ein Rechtsmittelverzicht häufig Gegenstand einer Absprache ist, ist auch auf die unterschiedliche Auffassungen der Senate zurückzuführen.<sup>1112</sup> Nimmt man dagegen automatisch die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts an, so bestünde zumindest in diesem Punkt keine Unsicherheit mehr bei den Tatgerichten.

Der 1. Senat hat in einer Entscheidung ausgeführt, dass das Revisionsgericht den Tatrichter nicht zu sanktionieren habe.<sup>1113</sup> Ob der Rechtsmittelverzicht allein aufgrund dieses Gedankens für unwirksam erklärt werden darf, erscheint fraglich. Der Sanktionsgedanke ist dem Recht zumindest nicht fremd.<sup>1114</sup> Man könnte argumentieren, wenn die obergerichtliche Rechtsprechung Mindestbedingungen für eine zulässige Vereinbarung aufstellt, ist sie auch gehalten, - ebenso wie bei der Verletzung von sonstigen Verfahrensgrundsätzen - deren Beachtung sicherzustellen.<sup>1115</sup> Dem Sanktionsgedanken steht aber die Dispositionsbefugnis des Angeklagten gegenüber. Das Revisionsgericht kann den Verstoß gegen das Recht eben nur dann sanktionieren, wenn ein Rechtsmittel noch besteht. Verzichtet der Angeklagte hierauf, so ergibt sich aus der gesetzlichen Konzeption, dass dann auch keine Sanktionierung erfolgen kann.<sup>1116</sup> Will man mit der Unwirksamkeit des Verzichts eine Sanktion des Tatgerichts bewirken, würde man dem Angeklagten die Möglichkeit nehmen, unabhängig von seiner Zusage, einen Rechtsmittelverzicht zu erklären.<sup>1117</sup> Die Sanktion der Tatgerichte, die sich einen Rechtsmittelverzicht versprechen lassen, und das Ergebnis der Unwirksamkeit desselben, ist sicher wünschenswert,<sup>1118</sup> lässt sich dogmatisch aber nicht mit dem Sanktionsgedanken begründen.

Teilweise wird jedoch der Rechtsmittelkontrolle eine (sekundäre) öffentliche Funktion beigemessen,<sup>1119</sup> welche durch den Verstoß gegen die Verfahrensordnung vereitelt wird.<sup>1120</sup> Da der Angeklagte dem Urteil durch Ausübung oder Nichtausübung seiner Rechtsmittelbefugnis eine gesteigerte Richtigkeitsgewähr bieten soll, komme der Rechtsmittelbefugnis auch eine öffentliche Funktion zu.<sup>1121</sup> Auch bei der Annahme einer öffentli-

---

<sup>1111</sup> Meyer, StV 2004, 41, 46; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 151, nach dem für den Sanktionsgedanken vor allem dessen Wirkung auf die Tatgerichte spricht.

<sup>1112</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 27

<sup>1113</sup> BGH StraFo 2004, 57, 58

<sup>1114</sup> BGH NJW 2004, 2536, 2539

<sup>1115</sup> So BGH NJW 2004, 2536, 2539; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 152

<sup>1116</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 152

<sup>1117</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 152; 1. Strafsenat in BGH NStZ 2004, 54; Meyer 2004, 41, 44

<sup>1118</sup> Satzger, JuS 2000, 1157, 1158; Rieß FS Meyer-Goßner 645, 651, der vor allem auf die weitere Konturierung der Grundlagen und Voraussetzungen der Absprachen bei obergerichtlicher Kontrolle abstellt.

<sup>1119</sup> Grunst S. 339 s. auch Meyer StV 2004, 41, 43

<sup>1120</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 153

<sup>1121</sup> Grunst, Prozesshandlungen, S. 339

chen Funktion hängt es dennoch vom Willen des Angeklagten ab, ob diese öffentliche Funktion zur Durchsetzung gelangt. Der Angeklagte soll dem Urteil durch Ausübung von Rechten eine gesteigerte Richtigkeitsgewähr bieten.<sup>1122</sup> Es hängt von seiner Entscheidung ab, ob er das Urteil als richtig anerkennt. Die Dispositionsbefugnis entspricht dem gesetzgeberischen Willen.<sup>1123</sup> So darf auch der Verteidiger nicht ohne Ermächtigung des Angeklagten einen Verzicht erklären, § 302 Abs. 2 StPO.<sup>1124</sup> Eine generelle Annahme der Unwirksamkeit verletzt somit die Freiheit des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten. Richtigerweise ist bei der Prüfung der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auf die Willensbeeinflussung des Angeklagten abzustellen. Die Annahme des Verzichts unabhängig von einem Willensmangel, wäre ein unzulässiger Eingriff in die Autonomie des Angeklagten.<sup>1125</sup> Es ist stets zu prüfen, ob eine Beeinflussung der Willensfreiheit des Angeklagten vorliegt.<sup>1126</sup>

#### 4.6.2.2.1.3 Schlussfolgerungen

Indem der 4. Senat die Kumulation von Verstößen gegen die Absprachenordnung als Unwirksamkeitsgründe heranzieht, vermeidet er einen offenen Widerspruch zur Entscheidung des 2. Strafsenats. Dieser hatte für die Annahme der Unwirksamkeit eine „Hintertür“ offengelassen. Der 2. Senat hatte eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes (§ 169 GVG) als Beispiel für Anhaltspunkte dargestellt, die gerade nicht zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führen sollen.<sup>1127</sup>

Der 4. Senat unterlässt es, einen Willensmangel beim Rechtsmittelverzicht nachzuweisen und stützt die Unwirksamkeit der Verzichtserklärung auch nicht auf die unzulässige Willensbeeinflussung.<sup>1128</sup> Es ist davon auszugehen, dass der 4. Senat eine Beeinflussung der Willensfreiheit überhaupt für gänzlich verzichtbar ansieht und eine typisierende Betrachtungsweise zum Ansatz bringen will.

Die Intention des Senats besteht merklich darin, den Rechtsmittelverzicht, der in einer Absprache zugesagt wurde, allein aus diesem Grund automatisch für unwirksam zu erklären. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass sämtliche für die Unwirksamkeit des Verzichts herangezogenen Gründe, eigentlich Unwirksamkeitsgründe für die Absprache sind.<sup>1129</sup> Der Senat führt demgemäß auch nicht aus, wie genau sich die „Unwirksamkeitsgründe“ auf den Rechtsmittelverzicht auswirken sollen.

Der Senat statuiert hiermit eine Abkehr von der Dogmatik der unbedingten Wirksamkeit der Verzichtserklärung,<sup>1130</sup> ohne diese ausdrücklich hervorzuheben. Es kommt nicht mehr auf die Beeinträchtigung der Willensfreiheit an, sondern auf die Verstöße gegen die Absprachenordnung, auch wenn diese keinerlei Einfluss auf das Zustandekommen des Rechtsmittelverzichts haben. Der Rechtsmittelverzicht steht jedoch zur Disposition des Angeklagten. Dieser kann entscheiden, ob er das Urteil annimmt und auf Rechtsmittel ver-

<sup>1122</sup> Dencker, Willensfehler, S. 63; Grunst, Prozesshandlungen, S. 339; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 154

<sup>1123</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 154

<sup>1124</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 152

<sup>1125</sup> Meyer, Willensmängel, S. 322

<sup>1126</sup> So auch Meyer, Willensmängel, S. 305ff; ders. StV 2004, S.41ff., Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 156; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 232ff.; Seher JZ 2005, 634ff.; Weider, FS Lüderssen, S. 773, 779ff.

<sup>1127</sup> BGH NSTz 1997, 611, 612

<sup>1128</sup> So auch Rönnau JR 2001, 31, 32; Zur Willensbeeinflussung führt der 4. Senat lediglich aus, „Der erkennende Senat stimmt der Auffassung des 3. Strafsenats zu, dass die Freiheit des Angeklagten zur Willensentscheidung und Willensbetätigung durch die Vereinbarung des Verzichts im Rahmen einer Verständigung in rechtsstaatlich bedenklicher Erheblichkeit beeinträchtigt wird.“ Diese Ausführungen beziehen sich jedoch nur auf den Zeitpunkt der Vereinbarung (und nicht der Abgabe) des Rechtsmittelverzichts.

<sup>1129</sup> Rönnau JR 2001, 31, 32, 33

<sup>1130</sup> Rönnau JR 2001, 31, 32

zichtet. Mit der Annahme der Unwirksamkeit des Verzichts ohne Nachweis eines Willensmangels nimmt man dem Angeklagten die Möglichkeit, wirksam auf Rechtsmittel zu verzichten. Dies stellt einen unzulässigen Eingriff in die Autonomie des Angeklagten und damit in seine Stellung als Prozesssubjekt dar.<sup>1131</sup>

Es ist nicht zu verkennen, dass es dem Senat auch um die Durchsetzung seiner in der Grundsatzentscheidung aufgestellten Verfahrensordnung für Absprachen geht.<sup>1132</sup> Dies zeigt sich auch an dem von ihm herangezogenen Sanktionsgedanken. Es geht dem Senat primär darum, die Tatgerichte von einem Sichversprechenlassen des Rechtsmittelverzichts abzuhalten, auch wenn dies auf Kosten der Autonomie des Angeklagten geschieht. Da die Strafprozessordnung bislang für die Absprache keine Instrumentarien zur Verfügung stellt, musste dies auf Kosten der Dogmatik zum Rechtsmittelverzicht geschehen.

#### 4.6.2.2.2 Die Rechtsprechung des 3. Strafsenats

Der 3. Strafsenat hatte sich zunächst nicht mit der Frage der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts befasst. In einer vor der Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195 ergangenen Entscheidung sah der BGH jedoch einen Rechtsmittelverzicht als unwirksam an, wenn die Freiheit der Willensentschließung und die Freiheit der Willensbetätigung in rechtsstaatlich bedenklicher Weise beeinträchtigt werden.<sup>1133</sup> Die Entscheidung lässt nicht eindeutig erkennen, ob der Senat dem Rechtsmittelverzicht, der im Rahmen einer Urteilsabsprache vereinbart worden war, die Wirksamkeit abspricht.<sup>1134</sup>

Der 3. Strafsenat führt in dieser Entscheidung aus, dass die Unwirksamkeit der Verzichtserklärung sich aus der Verbindung des Rechtsmittelverzichts mit einer Erklärung zur Strafvollstreckung ergibt. Hinzu komme, dass die Aufforderung, „sich Gedanken darüber zu machen, ob dann auch auf Rechtsmittel verzichtet werden könnte“ mit der unzulässig außerhalb der Hauptverhandlung und in Einzelgesprächen nur mit bestimmten Verfahrensbeteiligten getroffenen Urteilsabsprache verknüpft sei.

Maßgeblich stellt der 3. Strafsenat auf die Willensbeeinflussung durch das Verhalten des Vorsitzenden ab. Der Angeklagte hatte diesen nach den Schlussanträgen gefragt, ob er falls das Urteil rechtskräftig werde, weiterhin in der Vollzugsanstalt des Wohnortes der Freundin und des gemeinsamen Kindes bleiben dürfe. Die Hauptverhandlung wurde unterbrochen und der Vorsitzende teilte nach entsprechender telefonischer Auskunft durch den Leiter der Vollzugsanstalt mit, dass er entgegen der Regel noch 2 Monate nach Rechtskraft in der von ihm gewünschten Vollzugsanstalt bleiben könne. Zuvor hatte der Vorsitzende bei den Verständigungsgesprächen für den Fall einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 8 Monaten angeregt, „sich Gedanken darüber zu machen, ob dann auch auf Rechtsmittel verzichtet werden könnte“.

Der Senat lässt bei dieser Entscheidung nicht erkennen, ob er auch den in Erfüllung einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzicht für unwirksam hält. Da sich die Willensbeeinflussung aus der Besonderheit des Einzelfalls ergab (insbesondere die telefonische Nachfrage des Vorsitzenden beim Leiter der Vollzugsanstalt), stellt der Senat hierauf ab. Er führt allerdings weiter aus, dass hinzukomme, dass die Aufforderung, sich Gedanken darüber zu machen, ob dann auch auf Rechtsmittel verzichtet werden könne, mit der vom Vorsitzenden unzulässig außerhalb der Hauptverhandlung und in Einzelgesprächen nur mit bestimmten Verfahrensbeteiligten getroffenen Urteilsabsprache verknüpft sei. Dies lässt

<sup>1131</sup> Meyer, Willensmängel, S. 322

<sup>1132</sup> So auch Schoop, Rechtsmittelverzicht S. 146; Satzger Jus 2000, 1160; Weigend BGH-FG 1011, 1025 u. 1036

<sup>1133</sup> BGH NSTZ 95, 227, 231

<sup>1134</sup> Meyer, Willensmängel, S. 316

allerdings nur Rückschlüsse auf die Zulässigkeit der Aufforderung und nicht auf die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts zu.<sup>1135</sup> Der Entscheidung lässt sich jedenfalls entnehmen, dass der 3. Senat maßgeblich auf die Willensbeeinflussung des Angeklagten abstellt.

#### 4.6.2.2.2.1 Der Anfragebeschluss

Im Jahr 2003 standen im Senat dann zwei Revisionsverfahren zur Entscheidung an, die er zum Anlass nahm, grundsätzlich zur Frage der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts Stellung zu beziehen und einen Anfrage-<sup>1136</sup> und Vorlagebeschluss<sup>1137</sup> zu verfassen. Nachdem der 4. Senat, wie bereits ausgeführt, ein Anfrage- und Vorlageverfahren (§ 132 Abs. 3 GVG) vermieden hatte, indem er eine Ausnahme, die der 2. Senat zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts offengelassen hatte, überdehnend interpretierte, war der 3. Senat nun entschlossen, eine grundsätzliche Klärung dieser Frage herbeizuführen.

Folgende Revisionsverfahren lagen dem Senat vor: Im ersten Fall (3 StR 425/02) sicherte das LG Duisburg zu, eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 9 Monaten nicht zu überschreiten, wenn auf Rechtsmittel verzichtet werde. Nach der Anklageverlesung räumte der Angeklagte die Anklagevorwürfe durch eine Erklärung seines Verteidigers ein. Nach dem Urteil, das eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten aussprach, verzichtete der Angeklagte vereinbarungsgemäß auf Rechtsmittel. Der Angeklagte legte jedoch nach Ablauf der Revisionseinlegungsfrist Revision ein und beantragte Wiedereinsetzung in den letzten Stand.

Im zweiten Fall (3 StR 368/02) wurde bei einer Absprache ein Strafmaß von 8 Jahren und 6 Monaten als Strafobergrenze in Aussicht gestellt und ein Rechtsmittelverzicht war lediglich für wünschenswert erklärt worden. Nach Urteilsverkündung erfolgte zunächst die Erklärung des Rechtsmittelverzichts durch den Verteidiger, der Angeklagte erklärte eigenständig den Verzicht auf Nachfrage des Gerichts.

Die dem Senat vorliegenden Entscheidungen zeigen, dass die Praxis weiterhin unbeeindruckt von dem Verbot des Rechtsmittelverzichts blieb. Dies verwundert nicht, da bislang eine grundsätzliche Klärung der Frage der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht herbeigeführt worden war und die Tatgerichte nicht unbedingt Konsequenzen gegen das Verbot der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts zu befürchten hatten. Die Divergenzen zwischen den Senaten zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führten nicht nur zu einer Verunsicherung in der Praxis, sondern auch zu einer geringen Akzeptanz des vom 4. Senat ausgesprochenen Verbots der Rechtsmittelverzichtsvereinbarung.<sup>1138</sup> Aufgrund der herrschenden Uneinigkeit und der darauf beruhenden Rechtsunsicherheit wurde es in der Literatur<sup>1139</sup> begrüßt, dass der 3. Senat den Großen Senat anrief, um eine grundsätzliche Klärung herbeizuführen. Der 3. Senat macht aus seinem „tiefem Misstrauen gegenüber der Praxis“,<sup>1140</sup> der er mit seiner beabsichtigten Entscheidung entgegentreten will, keinen Hehl. Schon zu Beginn führt der absprachenkritischste aller Senate aus, dass die Praxis eine Entwicklung genommen habe, „die besorgen lässt, dass die Grundprinzipien des Strafrechts, nämlich die Erforschung der materiellen Wahrheit und die Verhängung einer

<sup>1135</sup> Entgegen Meyer, Willensmängel, S. 316 war der Rechtsmittelverzicht nicht nur eine einseitige Erwartung des Gerichts, denn der Angeklagte hatte dies als „Gegenleistung“ für die Unterbringung in der Vollzugsanstalt in der Nähe seiner Familie in den Raum gestellt.

<sup>1136</sup> BGH NJW 2003, 3426ff = StV 2003, 544

<sup>1137</sup> BGH NJW 2003, 2536ff

<sup>1138</sup> So auch Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 27

<sup>1139</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 226

<sup>1140</sup> Mosbacher NSTZ 2004, 52

schuldangemessenen Sanktion durch den gesetzlichen Richter in öffentlicher Hauptverhandlung gefährdet sind“.

Der Senat stützt seine Annahme der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts im Wesentlichen auf zwei Begründungen: Zum einen sei die Unwirksamkeit des Verzichts unabweisliche Bedingung für eine Absprache, die rechtsstaatlichen Anforderungen genügen soll. Die Unwirksamkeit der Verzichtserklärung sei eine zwangsläufige Folge des vorangegangenen Verstoßes gegen das Verbot einer vor Urteilsverkündung erfolgten Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts. Zum anderen sei der Rechtsmittelverzicht wegen der unzulässigen Beeinflussung der Willensbildung des Angeklagten, die charakteristischerweise mit dessen unzulässiger Vereinbarung einhergehe, unwirksam.

Wie bereits dargelegt, ist die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts ein wünschenswertes Ergebnis, indes ersetzt dies eine Begründung nicht. Mit der Begründung, dass die Unwirksamkeit des Verzichts unabweisliche Bedingung für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Verständigung sei, wird lediglich angeführt, warum das Ergebnis, die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, wünschenswert ist. Dies stellt jedoch keine dogmatische Begründung dar.

Auch der Sanktionsgedanke trägt, wie bereits ausgeführt, zur dogmatischen Lösung nicht bei. *Mosbacher*<sup>1141</sup> geht sogar davon aus, dass es dem 3. Senat vornehmlich um die Schaffung eines neuen Mittels zur Sanktionierung der Tatgerichte geht im Sinne einer Erweiterung der Überprüfungsmöglichkeit trotz erklärten Rechtsmittelverzichts. Das Misstrauen gegenüber der Praxis rühre daher, dass nur diejenigen Fälle zu den Obergerichten gelangen, bei denen ursprünglich bereits keine Übereinstimmung bestand.

#### 4.6.2.2.2 Die Erweiterung der Anfrage

Der Senat erweitert seine Anfrage noch. Er beabsichtigt, auch den Rechtsmittelverzicht als unwirksam anzusehen, auf den das Gericht „lediglich hingewirkt hat“ ohne sich diesen im Rahmen einer Absprache versprechen zu lassen.<sup>1142</sup> Für diese Erweiterung seiner Anfrage<sup>1143</sup> gaben nicht nur die Tatgerichte sondern auch die Senate des Bundesgerichtshofs selbst Anlass. Anlass gab eine Entscheidung des 5. Strafsenats,<sup>1144</sup> worin dieser davon ausgeht, dass es auf der Hand liegt, dass im Rahmen von Absprachen die Vorstellungen der Prozessbeteiligten und der Umfang dessen, was sie eventuell hinzunehmen bereit sind, ausgelotet werden. In solchen Verhandlungen sei ein Rechtsmittelverzicht inzident bereits angelegt, und die Beteiligten verstünden ein entsprechendes Verhandlungsergebnis auch in diesem Sinne als endgültig. Eine solche eher vage Übereinkunft im Sinne einer Inaus-sichtstellung eines Rechtsmittelverzichts entspreche nicht der vom 4. Strafsenat angesprochenen Fallgestaltung.<sup>1145</sup> Hier könnten bereits Umgehungsmöglichkeiten ausgesprochen worden sein, die der 3. Senat in seinem Anfragebeschluss weitsichtig<sup>1146</sup> anspricht, indem er auch den Rechtsmittelverzicht als unwirksam ansehen will, auf den das Gericht lediglich hingewirkt hat.

---

<sup>1141</sup> NStZ 2004, 52, 54

<sup>1142</sup> BGH StV 2003, 544

<sup>1143</sup> Es handelt sich hierbei nicht mehr um eine Divergenzvorlage, sondern eine Grundsatzvorlage gem. § 132 IV GVG

<sup>1144</sup> BGH StV 2002, 354

<sup>1145</sup> BGH StV 2002, 354; Schröder StraFo 2003, 412, 414 Fn. 30 sieht darin die Möglichkeit einer noch weiteren Entfernung von der Rechtsprechung der anderen Senate.

<sup>1146</sup> Meyer StV 2004, 41, 45

Anlass gab auch eine Entscheidung des 2. Strafsenats,<sup>1147</sup> in der dieser entschied, dass sich nichts am Fehlen einer Vorabzusage noch an der Wirksamkeit der später abgegebenen Verzichtserklärung ändere, wenn die Beteiligten lediglich davon ausgehen, dass das Urteil auch rechtskräftig werden soll. Beide Entscheidungen zeigen, dass selbst die Senate des Bundesgerichtshofes nichts Anrühiges an einem Rechtsmittelverzicht mehr finden. Hier auf musste der 3. Senat aus seiner Sicht reagieren.

Der 3. Senat hält mithin auch den vom Gericht erwarteten und dies zum Ausdruck gebrachten Rechtsmittelverzicht für unwirksam. Der Senat argumentiert dabei mit der Unzulässigkeit einer solchen Einflussnahme. Diese steht freilich außer Streit. Es muss vielmehr gefragt werden, ob eine solche Einflussnahme tatsächlich vorliegt. Die Anfrageerweiterung des Senats wurde in der Literatur weitgehend als zu ungenau kritisiert.<sup>1148</sup>

Dass der 3. Senat die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auch dann annehmen will, wenn der Rechtsmittelverzicht nicht versprochen, vom Gericht aber in anderer Weise bewirkt worden war, zeigt auch deutlich die Intention des Senats, die Kontrolle über die Absprachen im Strafprozess beizubehalten.<sup>1149</sup> Denn bei Zulässigkeit des Rechtsmittelverzichts besteht eine solche Kontrolle nicht mehr. Der 3. Senat stellt dabei maßgeblich auf die Willensbeeinflussung ab. Er geht zutreffend davon aus, dass die unterschiedlichen Auffassungen der Senate aus dem Bereich des Tatsächlichen resultieren. Der 1. und 2. Senat sähen lediglich keine Anhaltspunkte für eine Willensbeeinflussung, nähmen aber bei Vorliegen eines solchen ebenfalls die Unwirksamkeit des Verzichts an.<sup>1150</sup> Der 3. Senat ist der Auffassung, dass generell auf die freie Willensentschließung des Angeklagten eingewirkt werde, wenn das Gericht sich einen Rechtsmittelverzicht versprechen lässt. Der 3. Senat verzichtet dabei auf den Nachweis des Willensmangels im Einzelfall, und führt damit eine Vermutungsregel ein.

#### 4.6.2.2.3 Die Rechtsprechung des 2. Strafsenats

Es wurde bereits ausgeführt, dass der 2. Strafsenat entschied, dass der Rechtsmittelverzicht trotz unzulässiger Verzichtsvereinbarung wirksam sei.<sup>1151</sup> Der Verzicht sei nur dann unwirksam, wenn Gründe die der Zulässigkeit der Absprache entgegenstehen, zugleich zur rechtlichen Missbilligung des Verzichts führen. Es spreche nichts dafür, dass der Rechtsmittelverzicht des Angeklagten durch eine Beeinträchtigung der Freiheit seiner Willensentschließung und –betätigung herbeigeführt worden wäre.

In dieser Entscheidung ging der 2. Strafsenat noch davon aus, dass die Tatsache, dass es zu einer Absprache gekommen sei, unzulässig sein könne. Hiervon sei aber die Wirksamkeit des absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts nicht berührt. Dessen Beurteilung unterliege anderen Maßstäben. Die Entscheidung zeigt, dass der 2. Strafsenat bei der Frage der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auf die Beeinflussung der Willensfreiheit abstellt. Diese sieht er nicht schon dann beeinträchtigt, wenn der Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache zugesagt worden war.

Diese Auffassung hat der Senat in späteren Entscheidungen bestätigt und ausgeführt, dass dem Angeklagten die Freiheit erhalten bleiben müsse, einen wirksamen Rechtsmittelverzicht auch dann erklären zu können, wenn dieser abgesprochen war.<sup>1152</sup> In seinem Ant-

---

<sup>1147</sup> BGH 2 StR 247/01

<sup>1148</sup> Mosbacher NStZ 2004, 52, 53

<sup>1149</sup> So auch Schröder StraFo 2004, 412, 416

<sup>1150</sup> So auch Meyer StV 2004, 41, 44

<sup>1151</sup> BGH NJW 1997, 2691 = StV 1997, 572 = wistra 1997, 311, 312

<sup>1152</sup> BGH StV 2001, 557

wortbeschluss<sup>1153</sup> geht der 2. Strafsenat in seiner absprachenfreundlichen Auffassung noch weiter: Der Senat stellt zunächst knapp die bisherige Rechtsprechung zu den Prozesshandlungen dar. Diese seien nur anfechtbar bei schwerwiegenden Willensmängeln. Der 2. Strafsenat kritisiert den Sanktionsgedanken, den der 3. Senat in seinem Anfragebeschluss vertritt. Das Revisionsgericht habe den Tatrichter nicht zu sanktionieren.

Überraschend an dem Antwortbeschluss des 2. Strafsenats ist hingegen die Aussage zur Zulässigkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts: „Der Senat hat – abweichend von den in BGHSt 43, 195 aufgestellten Grundsätzen - keine Bedenken, dass bei einer formgerechten einverständlichen Verfahrenserledigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten (auch des StA und ggf. des Nebenklägers) ein allseitiger Rechtsmittelverzicht in Aussicht gestellt wird, mag ein solcher auch nicht bindend sein.“ Herrschte bislang zwischen den Senaten Einigkeit zumindest insoweit, dass es unzulässig sei, sich einen Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache vorab versprechen zu lassen, bescheinigt der 2. Strafsenat diesem Vorgehen Unbedenklichkeit. Er begründet dies damit, dass die Vereinbarung von Rechtskraft selbstverständliche Grundlage für eine verfahrensbeendende Absprache sei.

#### 4.6.2.2.4 Die Rechtsprechung des 1. Strafsenats

In seiner Antwort auf den Anfragebeschluss des 3. Strafsenats<sup>1154</sup> hält der absprachenfreundliche 1. Strafsenat an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Eine unzulässige Einwirkung, die die Willensentschließungsfreiheit des Angeklagten bei Abgabe der Verzichtserklärung schwerwiegend beeinträchtigt, liege nicht bereits in dem Umstand, dass der Verzicht im Rahmen einer Verständigung ins Auge gefasst oder abgesprochen war.<sup>1155</sup> Neu an dem Beschluss des 1. Strafsenats ist die Schilderung der Rolle des Strafverteidigers im konsensualen Verfahren. Der Senat führt aus, dass dem Beistand des Verteidigers in diesem Zusammenhang große Bedeutung zukomme. Dessen Verantwortung für den Angeklagten liege insbesondere darin, seinerseits für die Wahrung der verfahrensrechtlichen Grundsätze Gewähr zu bieten. Ihm könne abverlangt werden, dass er bei dem Versuch einer Verständigung dem Tatgericht vermittelt, sein Mandant werde einen Rechtsmittelverzicht im Anschluss an die Urteilsverkündung nicht in Aussicht stellen. Nach dem 1. Senat besteht bei einer Verzichtserklärung kein Irrtum über die Bindungswirkung einer Absprache, die einen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand hat. „Vor allem der Verteidiger muss und wird dem Angeklagten verdeutlichen, dass einer Absprache, die einen Rechtsmittelverzicht in den Blick genommen hat, keinerlei Bindungswirkung zukommt.“<sup>1156</sup>

#### 4.6.2.2.5 Die Rechtsprechung des 5. Strafsenats

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 scheint sich der Senat von der Auffassung des 4. Strafsenats zu distanzieren: In dieser Entscheidung nennt der 5. Senat 3 Fallgruppen, in denen die Rechtsprechung eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit anerkennt: schwerwiegende Willensmängel, unzulässige Absprachen und sonstige Umstände der Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsmittelverzichts. In seinen weiteren Ausführungen schließt sich der 5. Senat den Ausführungen des 2. Strafse-

<sup>1153</sup> 2. Strafsenat vom 28.01.2004 = 2 ARs 330/03 = NJW 2004, 1336

<sup>1154</sup> Beschluss vom 26.11.2003 1 Ars 27/03

<sup>1155</sup> BGH StraFo 2004, 57

<sup>1156</sup> BGH StraFo 2004, 57, 58

nats an. Ein Rechtsmittelverzicht, der aufgrund einer Absprache abgegeben werde, könne (nur) bei Vorliegen besonderer Umstände unwirksam sein.<sup>1157</sup>

In einem am 05.02.2002 ergangenen Beschluss<sup>1158</sup> hat der 5. Strafsenat einem Angeklagten, der eine Rechtsmittelverzichtserklärung nach Beratung mit seinem Scheinverteidiger abgegeben hat, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt und dabei ausgeführt, der Angeklagte werde sachgerecht entsprechend behandelt wie ein Angeklagter, der einen Rechtsmittelverzicht erklärt hat, der unzulässigerweise im Rahmen einer Verständigung vereinbart worden war. Der Senat zitiert ausdrücklich die Rechtsprechung des 4. Strafsenats vom 28.08.1997<sup>1159</sup> und vom 19.10.1999,<sup>1160</sup> so dass bereits an dieser Stelle eine Tendenz zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung dieses Senats erkennbar war.

In seinem Antwortbeschluss auf die Anfrage des 3. Strafsenats schloss er sich nunmehr dessen Auffassung an. Zur Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts führt der 5. Strafsenat aus:

*„Der Senat teilt hierzu die im Anfragebeschluss dargelegte Einschätzung, dass für dieses Verdikt – abgesehen von eventuell gar nachrangigen dogmatischen Bedenken – die begründete Besorgnis ausschlaggebend ist, dass ein vorab vereinbarter Rechtsmittelverzicht eine Vernachlässigung der pflichtgemäßen Bemühungen des Gerichts, womöglich auch der übrigen Verfahrensbeteiligten, um eine hinreichend sorgfältige Sachverhaltsermittlung und um eine gründliche rechtliche Ausleuchtung der angeklagten Tat nach sich ziehen kann.“<sup>1161</sup>*

Der Senat räumt an dieser Stelle ein, dass dogmatische Bedenken sekundäre Bedeutung haben können.

Der Senat „billigt“ auch die Folge der Unwirksamkeit des unzulässig vorab zugesagten Rechtsmittelverzichts.<sup>1162</sup> Die Wortwahl („billigt“) und die weiteren Ausführungen zeigen, dass der Senat nicht uneingeschränkt von dieser Folgerung überzeugt ist.

Dieses Ergebnis sei gerechtfertigt durch das Bedürfnis der Sanktionierung der unzulässigen Absprachepraxis, insbesondere aber aufgrund der Wahrscheinlichkeit einer Kausalität zwischen der fälschlichen Vermutung des Angeklagten, eine Absprache sei bindend, und seiner Verzichtserklärung nach dem Urteil.<sup>1163</sup> Der 5. Strafsenat stellt demnach auch auf die Willensbeeinflussung bei Abgabe der Verzichtserklärung ab.

Der 5. Senat billigt auch „angesichts der entsprechenden Problematik und zur Vermeidung etwaiger Umgehungen die nämliche rechtliche Folgerung auch für die im Anfragebeschluss unterbreitete Fallvariante, dass der Rechtsmittelverzicht zwar nicht unzulässigerweise ausdrücklich zum Gegenstand der Absprache gemacht, im Rahmen der Verhandlung über die Verständigung jedoch vom Gericht ausdrücklich angesprochen und befürwortet wurde.“<sup>1164</sup> Für diesen Fall geht der Senat davon aus, dass die Initiative des Gerichts bewiesen ist und dass eine Beweisbarkeit mangels entsprechender Protokollierung die Ausnahme bleibt. In der Frage des Gerichts nach einem Rechtsmittelverzicht unmittelbar nach Verkündung des Urteils, das auf einer Absprache beruht, sieht der 5. Senat ein solches Indiz für ein Hinwirken des Gerichts gerade nicht.

<sup>1157</sup> BGH NJW 1999, 2449, 2451

<sup>1158</sup> Beschluss vom 05.02.2002 - 5 StR 617/01 = BGHSt 47, 238 = NSStZ 2002, 443

<sup>1159</sup> BGH St 43, 195

<sup>1160</sup> BGH St 45, 227

<sup>1161</sup> 5. Strafsenat vom 29.10.2003, 5 Ars 61/03 = StV 2004, 4

<sup>1162</sup> 5. Strafsenat vom 29.10.2003, 5 Ars 61/03 = StV 2004, 4

<sup>1163</sup> 5. Strafsenat vom 29.10.2003, 5 Ars 61/03 = StV 2004, 4

<sup>1164</sup> 5. Strafsenat vom 29.10.2003, 5 Ars 61/03 = StV 2004, 4, 5

Bemerkenswert sind die Ausführungen des Senats zur Geltendmachung von Verstößen im Rahmen der Revision. Der Senat gibt zu Bedenken, „ob und inwieweit bei einer nach einer Absprache stets zulässigen Revision die Statthaftigkeit bestimmter verfahrensrechtlicher, aber auch sachlichrechtlicher Einwände infolge der Mitwirkung des Revisionsführers zu verneinen wäre. Dieser Ansatz erinnert an den Gedanken des Mitverschuldens und die zivilrechtliche Vorschrift des § 817 S.2 BGB, nach der der Empfänger einer Leistung, der mit der Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat, eine Leistung nicht herausgeben muss, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. Übertragen bedeutet dies, der Revisionsführer soll ein Urteil - und damit eine rechtswidrige Absprache - nicht angreifen können, wenn er selbst mit seiner angebotenen Leistung gegen die Abspracheordnung verstoßen hat. Damit lässt sich der 5. Strafsenat eine Hintertür offen, mit der er der Revision den Erfolg versagen kann.

Zum anderen zeigt die Entscheidung auch, wie weit die Rechtsprechung mittlerweile von dem Vertragsgedanken im Rahmen der Absprachen geprägt ist, ohne dass dies durch die Senate namhaft gemacht wird.

An der Wortwahl, aber auch in den weiteren Ausführungen des Senats wird deutlich, dass er die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts in der 2. Fallvariante eher als Ausnahme ansieht. Zudem betont der Senat am Ende seines Beschlusses noch, dass sich aus der Billigung der Aussagen des Anfragebeschlusses nicht folge, dass einem Angeklagten ohne weiteres Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werde, wenn er geltend macht, er habe sich an den Rechtsmittelverzicht gebunden gefühlt.

#### 4.6.2.2.6 Bewertung

Einigkeit besteht zwischen den Senaten dahingehend, dass eine vorliegende Willensbeeinflussung bei der Erklärung des Rechtsmittelverzichts zur Unwirksamkeit des Verzichts führt.<sup>1165</sup> Der 3. und der 4. Strafsenat gehen von der Unwirksamkeit der Verzichtserklärung aus, wobei der 3. Senat eine Vermutungsregel anwendet und der 4. Senat eine typisierende Betrachtungsweise ansetzt. Beiden Senaten geht es jedoch merklich (und verständlicherweise) darum, die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Absprachen nicht zu verlieren. Geht man mit dem zweiten Senat davon aus, dass bereits die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts wirksam ist, so lässt sich bei dem erklärten Rechtsmittelverzicht nur schwerlich eine Unwirksamkeit vertreten bzw. eine unzulässige Willensbeeinflussung annehmen.

Es besteht zwischen den Senaten daher Uneinigkeit im tatsächlichen Bereich.<sup>1166</sup> Wenn eine schwere Willensbeeinflussung vorliegt, würden auch der 1. und 2. Senat von einer Unwirksamkeit der Verzichtserklärung ausgehen. Es ist demzufolge zu prüfen, ob beim Angeklagten ein Willensmangel vorliegt. Der 3. Strafsenat geht in seinem Anfragebeschluss davon aus, dass „generell die Gefahr (besteht), dass auf eine (regelmäßig unmittelbar nach der Urteilsverkündung abgegebene) Verzichtserklärung die Erwartungshaltung des Gerichts und die Beratung durch den Verteidiger – zumal Pflichtverteidiger, der in Zukunft auch in anderen Strafverfahren mit dem Gericht Urteilsabsprachen treffen will – den entscheidenden Einfluss haben.

Der 1. und der 2. Strafsenat sehen keine Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit.<sup>1167</sup> So führt der 1. Strafsenat aus, dass „der Angeklagte ungeachtet einer Verletzung der für die Führung von Verhandlungsgesprächen aufgestellten Vorgaben bei der Abgabe der Verzichtserklärung seine Interessen unbeeinflusst und sachgerecht wahrge-

<sup>1165</sup> Auch der 3. Strafsenat geht davon aus, dass die Differenzen zwischen den Senaten tatsächlicher Art sind, BGH StV 2003, 544, 547

<sup>1166</sup> So der 3. Strafsenat BGH StV 2003, 544, 547; vgl. auch Meyer StV 2004, 41, 44

<sup>1167</sup> BGH StV 2001, 557 (2. Senat); BGH 1 StR 290/01 Beschluss vom 02.08.2001

nommen haben kann.“ Diese Ausführungen tragen derweil nichts zur Beantwortung der Frage bei, ob tatsächlich eine Willensbeeinflussung vorlag.

#### 4.6.2.2.6.1 Vorliegen eines Willensmangels

Ein Willensmangel kann jedoch aufgrund einer Drohung oder eines Irrtums angenommen werden.

##### 4.6.2.2.6.1.1 Drohung

In der Literatur wird weitgehend die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts angenommen. Teilweise wird dabei darauf abgestellt, ob der Verzicht unter Anwendung von Drohung zustande gekommen ist.<sup>1168</sup> Denn wenn der Verzicht auf Rechtsmittel aufgrund einer Drohung zustande kam, so liegt bei der Verzichtserklärung keine völlige Willensfreiheit vor.

Ist der Rechtsmittelverzicht ausdrücklich als Gegenleistung für eine mildere Strafe versprochen worden, so ergibt sich vor der Erklärung des Rechtsmittelverzichts die Situation, dass der Angeklagte bei Nichterklärung des Rechtsmittelverzichts sich von der Verhängung einer höheren Strafe bedroht sehen kann. Zwar droht das Gericht oftmals nicht ausdrücklich mit der höheren Strafe, doch ergibt sich dies daraus, dass bei Erklärung des Rechtsmittelverzichts eine mildere Strafe verhängt wird. Als Umkehrschluss kann sich für den Angeklagten die Situation ergeben, dass bei „Verweigerung“ des Rechtsmittelverzichts eine höhere Strafe verhängt wird.<sup>1169</sup> Damit läge bei Unterlassen der Verzichtserklärung nicht nur das Unterlassen einer Gestaltung zur Erzielung eines Vorteils, sondern eine negative Gestaltung vor.<sup>1170</sup> Sieht man darin bereits eine Drohung, so wäre eine solche unproblematisch dazu geeignet, einen schwerwiegenden Willensmangel zu begründen. Die Unzulässigkeit der Drohung ergibt sich für diesen Fall bereits daraus, dass ein Rechtsmittelverzicht keinerlei Auswirkungen auf die Strafzumessung haben darf. Dazu müsste die Drohung aber im Zeitpunkt des Rechtsmittelverzichts fortwirken.<sup>1171</sup> Das dargestellte Drohelement entfällt hingegen gänzlich mit der Urteilsverkündung, denn dann kennt der Angeklagte die Strafe, so dass sich nicht mehr mit einem zukünftigen Übel drohen lässt.<sup>1172</sup> Lediglich in den Fällen, in denen eine Leistung erst nach dem Urteil erbracht werden kann, beispielsweise die Einstellung gem. § 154 StPO oder Zugeständnisse bei der Haftfortdauer, kann das Drohelement, sofern man von einem solchen ausgeht, weiter bestehen.

##### 4.6.2.2.6.1.2 Irrtum

Der Angeklagte könnte allerdings einem Irrtum unterliegen. Der Angeklagte, der einen Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache zugesagt hat, geht von einer Verbindlichkeit seiner Zusage aus.<sup>1173</sup> Mit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts zwischen den Beteiligten erklärt das Gericht konkludent die Zulässigkeit dieses Vorgehens und der Angeklagte geht davon aus, dass diese Vereinbarung auch bindend ist.<sup>1174</sup> Er unterliegt damit einem Irrtum über die Bindungswirkung der Zusage, Rechtsmittelverzicht zu erklären.

<sup>1168</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 231

<sup>1169</sup> Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 215

<sup>1170</sup> Grunst, Prozesshandlungen, S. 384

<sup>1171</sup> Weider FS Lüderssen 773, 783 spricht von Fernwirkung der unzulässigen Beeinflussung.

<sup>1172</sup> Vgl. Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 157

<sup>1173</sup> Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Erklärung vollständig unverbindlich ist.

<sup>1174</sup> Meyer, Willensmängel, 332

Dies führt dazu, dass der Angeklagte über sein Rechtsmittel nicht autonom und selbstbestimmt disponieren kann. Es ist unrealistisch zu glauben, der Angeklagte, der nicht auf die Unverbindlichkeit seiner Zusage hingewiesen wird, würde von seiner Zusage wieder abweichen.<sup>1175</sup> Die Rechtsmittelbelehrung gem. § 35a StPO scheint nicht geeignet, den Wissenstand des Angeklagten entscheidend zu erweitern.<sup>1176</sup> Sie erscheint vielmehr als Formalität, da der Rechtsmittelverzicht vom Angeklagten ja bereits versprochen wurde.<sup>1177</sup> Für den Angeklagten erscheinen zudem alle Handlungen der Strafverfolgungsorgane als rechtmäßig und rechtsverbindlich.<sup>1178</sup> Beim Angeklagten wird somit der Eindruck erweckt, dass er aufgrund der Absprache den Rechtsmittelverzicht verbindlich zugesagt hat.

Der Angeklagte unterliegt daher bei seiner Rechtsmittelverzichtserklärung einem Motivirrtum<sup>1179</sup>, nämlich dem Irrtum über die Bindungswirkung der Zusage eines Rechtsmittelverzichts. Dieser Irrtum wirkt bei Abgabe des Rechtsmittelverzichts fort. Der Rechtsmittelverzicht ist daher, wenn der Angeklagte nicht weiß, dass sein Versprechen unverbindlich und auch unzulässig ist, beeinflusst durch einen Motivirrtum des Angeklagten.

Der 1. Senat geht dagegen davon aus, dass der Verteidiger den Angeklagten darüber informieren wird, dass der Erklärung keinerlei Bindungswirkung zukommt. Mit dieser Erwartungshaltung gerät der Verteidiger jedoch regelmäßig in einen Konflikt.<sup>1180</sup> Der Verteidiger ist angehalten, ein Rechtsmittel selbst dann zu empfehlen, wenn der Verzicht auf dieses zunächst versprochen wurde. Dem Verteidiger ist daran gelegen, auch künftig mit dem Gericht Vereinbarungen zu treffen. Kann er aber den Rechtsmittelverzicht nicht garantieren, wird das Gericht in Zukunft mit diesem Verteidiger keine Absprachen treffen.<sup>1181</sup> Ein besonderes Risiko ergibt sich dabei für den Pflichtverteidiger, der auf die Zuweisung von Pflichtmandaten angewiesen ist. Dieser kann es sich aus wirtschaftlichen Gründen nicht leisten, einen Rechtsmittelverzicht seines Mandanten zuzulassen und somit zu riskieren, seine Reputation als Absprachepartner zu verlieren. Ist dem Verteidiger an einer künftigen Kooperation mit dem Gericht gelegen, so besteht damit die Gefahr, dass er zu einem Rechtsmittelverzicht rät, obwohl dem Urteil ein Verfahrensverstoß zugrunde liegt.<sup>1182</sup> Zu bedenken ist, dass nur 40 % der Verteidiger ihren Mandanten überhaupt über die Ergebnisse der Verständigungsgespräche, nicht jedoch über Einzelheiten informieren.<sup>1183</sup>

Abgesehen, von der Konfliktsituation, die sich für den Angeklagten aus der Gefahr für seine spätere Attraktivität als Absprachepartner ergibt, hat der Verteidiger auch eigene Interessen an einem Rechtsmittelverzicht. Der Rechtsmittelverzicht erspart dem Anwalt ein arbeitsaufwändiges Revisionsverfahren, so dass auch ökonomische Gesichtspunkte eine Rolle spielen.<sup>1184</sup> Der Verteidiger hat deshalb ein erhebliches Eigeninteresse an einem Verzicht des Angeklagten auf Rechtsmittel. Dass dies keinen Einfluss auf die Beratung des Mandanten haben soll, ist unrealistisch.<sup>1185</sup> Der Verteidiger wird daher seinem Mandanten

<sup>1175</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 133

<sup>1176</sup> BGH St 45, 227, 233 zur sog. qualifizierten Belehrung s. unter 3.

<sup>1177</sup> Meyer, Willensmängel, S 330; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 158

<sup>1178</sup> Meyer, Willensmängel, S. 331

<sup>1179</sup> Meyer, Willensmängel, S. 331

<sup>1180</sup> Vgl. etwa Salditt StraFo 2004, 60; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 158

<sup>1181</sup> Weider, Dealen S. 139; Siolek FS Rieß, S. 563, 581, weist darauf hin, dass ihm nur zwei Fälle bekannt geworden seien, in denen Angeklagter und Verteidiger trotz vorheriger Erklärung und absprachegemäßem Urteil keinen Verzicht erklären wollten. In beiden Fällen sei jedoch der Verzicht letztendlich erklärt worden nach dem Hinweis des Gerichts, diese werde zukünftig keine Vereinbarungen mit dem Verteidiger treffen, da auf dessen Zusagen wohl kein Verlass sei.

<sup>1182</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S.56; Weider, Dealen, S. 149

<sup>1183</sup> Schönemann, Gutachten, B 43

<sup>1184</sup> Weider, Dealen, S. 148

<sup>1185</sup> Rieß, FS Meyer-Goßner 645, 651

auch nicht davon abraten, eine Verständigung, die einen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand hat, einzugehen.<sup>1186</sup>

So besteht die Gefahr, dass Mandanten von ihren eigenen Verteidigern verkauft werden.<sup>1187</sup> Die Ansicht des 1. Strafsenats geht somit an der Rechtswirklichkeit vorbei.

Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass in der Praxis regelmäßig keine Aufklärung durch den Verteidiger erfolgen wird. Insbesondere *Rieß* fürchtet eine unsachgemäße Beratung durch den Verteidiger, da dieser ein Interesse habe, dass die Absprache erfüllt werde. Dieser wolle für das Gericht weiterhin als attraktiver Absprachepartner gelten. *Sal-ditt*<sup>1188</sup> geht von einem Kollateralschaden aus, wenn der Verteidiger die Willensfreiheit des Angeklagten gegen informelle Bindungen unterstützt. Zwar ist der Angeklagte auch in sonstigen Fällen nicht vor unqualifizierter Verteidigung geschützt ist.<sup>1189</sup> Im Rahmen von Absprachen, in denen der Angeklagte in den meisten Fällen bereits ein Geständnis abgegeben hat, also vorleistungspflichtig ist, bedarf der Angeklagte jedoch eines besonderen Schutzes. Insbesondere auch die Folgen eines erklärten Rechtsmittelverzichts sprechen dafür, den Angeklagten vor unqualifizierter Verteidigung im Rahmen einer Absprache besonders zu schützen. Das Wissen des Verteidigers um die Unverbindlichkeit der Zusage darf dem Angeklagten auch nicht zugerechnet werden.<sup>1190</sup> Der Verteidiger ist nicht als Garant für die zu erfolgende Verzichtserklärung anzusehen, wie es vom 1. Strafsenat ange-dacht wird.<sup>1191</sup> Denn die Entstehung des Willensmangels fällt allein in die Sphäre des Gerichts.<sup>1192</sup>

Lässt sich das Gericht im Rahmen einer Absprache einen Rechtsmittelverzicht versprechen, so verstößt dies gegen die von BGHSt 43, 195 aufgestellten Regeln, denn die Zusage eines Rechtsmittelverzichts ist, wie bereits dargestellt wurde, kein zulässiger Abspracheninhalt. Eine solche Irreleitung begründet die Verantwortung des staatlichen Organs, das die Irreleitung kausal hervorgerufen hat.<sup>1193</sup> Mithin trägt hauptsächlich das Gericht, das sich den Rechtsmittelverzicht versprechen lassen hat, die Verantwortung für den Willensmangel beim Angeklagten. Es ist daher nicht sachgerecht, die Beseitigung des Willensmangels dem Verteidiger aufzubürden, der dadurch in ein Dilemma gerät, bei dem eine qualifizierte Beratung nicht mehr möglich ist.

Der Angeklagte, der einen Rechtsmittelverzicht erklärt, nachdem er diesen im Rahmen einer Absprache zugesagt hat, wird deshalb regelmäßig einer Willensbeeinflussung unterliegen. Daraus ergibt sich die Unwirksamkeit des erklärten Rechtsmittelverzichts. Hierbei zeigt sich, dass die Unwirksamkeit der Absprache sich gerade nicht auf den Rechtsmittelverzicht auswirkt, wie dies vom 4. Senat in seiner Grundsatzentscheidung betont wird. Die Unwirksamkeit ergibt sich aufgrund der Willensbeeinflussung, die auch bei der Rechtsmittelverzichtserklärung Relevanz hat.

Dennoch darf eine mangelnde Aufklärung durch den Verteidiger in der Praxis nicht als Regelfall angesehen werden. So ist immer wieder von einem neuen Verteidigertyp die Re-

<sup>1186</sup> Weider StraFo 2003, 406, 410 fordert nunmehr, dass sich der Verteidiger solchen Absprachen enthalten solle, bei denen ein Rechtsmittelverzicht vom Gericht verlangt werde.

<sup>1187</sup> Weider, Dealen, S. 149

<sup>1188</sup> StraFo 2004, 60, 61

<sup>1189</sup> Weider FS Lüderssen S. 773, 782

<sup>1190</sup> Meyer, Willensmängel, S. 333

<sup>1191</sup> BGH StraFo 2004, 57, 58

<sup>1192</sup> Meyer, Willensmängel, S. 332ff; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 161

<sup>1193</sup> Meyer, Willensmängel, 333, der dies aus dem fair-trial-Grundsatz herleitet.

de, der „im Interesse seines Mandanten, auch wenn er ihn für schuldig hält, in alle gesetzlichen Freiräume vorstößt und dabei Verteidigungsstrategien entwickelt, die gerade auch auf die typischen Schwachpunkte unserer Justiz zielen“.<sup>1194</sup> Dieser Verteidiger wird seinen Mandanten auch über die Schwachpunkte einer Verfahrensordnung, die durch die Justiz entwickelt wurde, aufklären. Dementsprechend enthält auch das Rechtsanwalts Handbuch den Hinweis, dass der Verteidiger alle Verständigungen und Vereinbarungen unbedingt mit dem Mandanten hinsichtlich aller möglichen Konsequenzen zu erörtern hat,<sup>1195</sup> wobei auf die besondere Problematik des Rechtsmittelverzichts verwiesen wird. Auch ist es keineswegs zwingend, dass der Verteidiger überhaupt seine Reputation vor dem Gericht wahren muss, da es nicht unüblich ist, einen nicht vor Ort ansässigen Verteidiger zu konsultieren. So hängt es von den Maßstäben des einzelnen Verteidigers ab, die dieser an seinen Beruf anlegt, ob eine solche Aufklärung erfolgen wird.<sup>1196</sup> Es kann daher nicht immer die Unwissenheit des Angeklagten von der Unverbindlichkeit der Verzichtserklärung angenommen werden. Erfolgt nämlich die Aufklärung durch den Verteidiger, so kennt der Angeklagte diese Umstände. Ein Wissensdefizit liegt dann nicht vor und der Rechtsmittelverzicht wird autonom erklärt. Einen Rechtsmittelverzicht auch in diesen Fällen für unwirksam zu erklären, bedeute ein Übermaß an Fürsorge und einen Autonomieverlust des Angeklagten. Der Angeklagte kann den Rechtsmittelverzicht auch unabhängig von der Absprache erklärt haben. Dem 4. Strafsenat, der eine typisierende Betrachtungsweise anwenden will und den Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Urteilsabsprache per se für unwirksam erklären will, kann deshalb nicht gefolgt werden.

Anhand der obigen Ausführungen konnte gezeigt werden, dass meist ein Willensmangel vorliegen wird, wenn eine Rechtsmittelverzichts zusage Gegenstand einer Absprache ist. Es spricht somit viel dafür, eine Vermutungsregel aufzustellen, wie sie der 3. Strafsenat statuiert hat. Der Große Strafsenat hat hingegen mittlerweile entschieden, dass der Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Urteilsabsprache nur dann unwirksam ist, wenn der Angeklagte nicht nach der Verkündung des Urteils dahingehend belehrt wurde, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen. Nach einer solchen Belehrung könne der Angeklagte nämlich frei über einen Rechtsmittelverzicht entscheiden. Für die Vermutungsregel des 3. Strafsenats würde dies bedeuten, dass die Vermutung des Willensmangels durch die qualifizierte Belehrung widerlegt wäre. Es ist daher weiter zu fragen, ob in den Fällen, in denen eine Willensbeeinflussung vorliegt, diese durch die qualifizierte Belehrung wieder ausgeglichen werden kann.

#### 4.6.2.3 Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts durch qualifizierte Belehrung ? - Die Entscheidung des Großen Strafsenats

Bereits der 4. Strafsenat hatte in seiner Entscheidung vom 19.10.1999 die Frage aufgeworfen, ob in den Fällen, in denen der Angeklagte den Verzicht erklärt, weil er davon ausgeht, er sei an die Vorabzusage gebunden, eine qualifizierte Belehrung für die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts sorgen kann. Die Frage ließ der 4. Strafsenat offen, da im ihm zur Entscheidung vorliegenden Fall eine solche Belehrung nicht erfolgt war. Die Funktion der qualifizierten Belehrung sieht der Senat in der Begleichung des Wissensdefizits beim Angeklagten. *Rieß*<sup>1197</sup> sieht im Anschluss daran das Erfordernis der qualifizierten Belehrung als Ausfluss der gerichtlichen Fürsorgepflicht an.

---

<sup>1194</sup> Hanack StV 1987, 500, 501

<sup>1195</sup> Andrejtschitsch/Walischewski in Becksches Rechtsanwalts Handbuch, Rn. 186

<sup>1196</sup> Salditt StraFo 2004, 60

<sup>1197</sup> FS Meyer-Goßner 645, 656

In seinem Anfragebeschluss vom 3.3.2005 hält der Große Senat den Rechtsmittelverzicht für unwirksam, weil er dies für „unerlässlich“ hält. Er lässt das Verdikt der Unwirksamkeit jedoch entfallen, wenn dem Rechtsmittelberechtigten über die Freiheit, unbeschadet der Absprache Rechtsmittel einlegen zu können, eine von der eigentlichen Belehrung abgehobene qualifizierte Belehrung erteilt worden ist.<sup>1198</sup> Qualifizierte Belehrung bedeute, dass der Betroffene ausdrücklich vom Gericht darauf hinzuweisen sei, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen.<sup>1199</sup> Er sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass ihn eine Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen weder rechtlich noch auch sonst bindet, dass er also nach wie vor frei ist, Rechtsmittel einzulegen.

Nachdem der Große Strafsenat dargelegt hat, wie eine solche Belehrung ausgestaltet werden sollte, geht er in seinem Beschluss auf die Funktion der qualifizierten Belehrung ein. Dazu führt er aus, die qualifizierte Belehrung sei eine „notwendige, aber auch ausreichende Sicherung gegen mögliche Willensbeeinträchtigung bei der nach Urteilsabsprache abgegebenen Erklärung über den Verzicht auf Rechtsmitteleinlegung“.<sup>1200</sup> Der Senat sieht die Funktion der qualifizierten Belehrung demnach darin, eine Willensbeeinflussung bei Abgabe der Verzichtserklärung zu beseitigen. Der Willensmangel bei erfolgter Vorabzusage kann, wie schon aufgezeigt, in einem Irrtum über die Bindungswirkung der Zusage bestehen.

Der Senat führt weiter aus, dass die Verzichtserklärung des qualifiziert Belehrten „wirksam und unwiderruflich (ist), weil sie in voller Kenntnis von Bedeutung und Tragweite des Verzichts abgegeben worden ist“. Die Begründung des Senats für die Wirksamkeit der Verzichtserklärung verwundert indes. Die qualifizierte Belehrung sagt nichts über die „Bedeutung und Tragweite“ des Verzichts auf Rechtsmittel aus. Qualifizierte Belehrung bedeutet, dass der Betroffene ausdrücklich dahin zu belehren ist, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung Rechtsmittel einlegen kann. Bei der Vorabzusage entsteht zum einen der Willensmangel beim Beschuldigten in der Form, dass er verpflichtet sei, seine gegenüber dem Gericht gemachte Zusage, auf Rechtsmittel zu verzichten, einzuhalten. Es ist zu prüfen, ob die qualifizierte Belehrung als geeignetes Mittel erscheint, die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts aufleben zu lassen.

Das Institut der qualifizierten Belehrung hat sich in Rechtsprechung und Literatur bislang für die Fälle etabliert, in denen die Beeinträchtigung der Aussagefreiheit gem. §§ 136, 136a StPO fortwirkt. Die qualifizierte Belehrung stellt in diesen Fällen sicher, dass derartige Verstöße auf weitere Vernehmungen keine Auswirkungen mehr haben. Ein Vergleich zeigt aber, dass die beiden Situationen, in denen eine qualifizierte Belehrung vertreten wird, sich in gewichtigen Punkten unterscheiden:<sup>1201</sup> In den Fällen der nicht verwertbaren Aussage kann der Angeklagte seine Entscheidung völlig neu treffen. Er wird nach einer zeitlichen Zäsur darauf hingewiesen, dass seine damalige Aussage nicht verwertbar ist.<sup>1202</sup> Er bekommt im Ergebnis seine „Leistung“ zurück und kann erneut entscheiden, ob er seine Aussage wiederholt. Anders stellt sich die Situation beim Rechtsmittelverzicht dar: Der Angeklagte hat zugesagt, er werde sich in einer bestimmten Weise verhalten. Er bekommt durch die Belehrung nicht seine Ausgangssituation zurück, sondern ist immer noch beein-

---

<sup>1198</sup> BGH NJW 2005, 1441, 1446

<sup>1199</sup> Bereits diese Ausführungen weisen einen Widerspruch auf, denn der Große Strafsenat begründet die Unwirksamkeit nicht mit einem Willensmangel, so dass es fraglich erscheint, warum ein solcher (mittels der qualifizierten Belehrung) beseitigt werden soll.

<sup>1200</sup> BGH NJW 2005, 1441, 1446

<sup>1201</sup> Vgl. Meyer, Willensmängel, S. 342ff.; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 173f.

<sup>1202</sup> Meyer, Willensmängel, S. 342

flusst durch die von ihm gegenüber Staatsorganen (!) abgegebene Zusage. In den Fällen, in denen bei der ersten Vernehmung eine Belehrung nicht erfolgt ist, ging der Angeklagte im Regelfall davon aus, dass er zur Aussage verpflichtet sei. Seine Aussage stellt sich als unausweichlich dar. Die Rechtsmittelverzichtszusage hingegen hat er freiwillig abgegeben, um eine Gegenleistung durch das Gericht zu erlangen. Der Angeklagte fühlt sich deshalb moralisch zur Erbringung seiner Leistung verpflichtet.

Zudem findet im Rahmen einer Vernehmung bei der 2. Vernehmung eine Auswechslung der Vernehmungssituation statt.<sup>1203</sup> Häufig ist der Vernehmende eine andere Person. Ein solcher „Neustart“ findet beim Angeklagten, der einen Rechtsmittelverzicht zugesagt hat, nicht statt.

Dieses Ergebnis lässt sich mit folgender Überlegung unterstreichen: Hätte der Angeklagte, der unter Verstoß gegen §§ 136, 136a StPO vernommen wurde, nach seiner (unzulässigen) Vernehmung (und damit unverwertbaren Aussage) zugesagt, seine Aussage bei einer weiteren Vernehmung zu wiederholen, so wäre seine Situation eine andere als ohne diese Zusage. Nach Abgabe dieser Zusage wird sich der Angeklagte moralisch an seine Zusage gebunden fühlen. Daran vermag auch eine qualifizierte Belehrung nichts zu ändern, die den Angeklagten von der Unverwertbarkeit seiner Aussage in Kenntnis setzt.

Die qualifizierte Belehrung und ihre Funktion zur Neutralisierung eines Verfahrensfehlers muss stets im Zusammenhang mit dem zu neutralisierenden Willensmangel gesehen werden<sup>1204</sup>. Bei einem absprachegemäßen Rechtsmittelverzicht muss die Belehrung deshalb zumindest so ausgestaltet sein, dass sie den Irrtum über die Bindungswirkung an die Zusage beseitigt. Diesem Erfordernis würde auch die vom Bundesgerichtshof geforderte qualifizierte Belehrung gerecht.

Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass die vorab gegebene Zusage und die damit verbundene richterliche Einflussnahme fortwirkt. Es ist daher danach zu fragen, ob die qualifizierte Belehrung auch dazu geeignet ist, den durch das Gericht aufgebauten Erwartungsdruck zu beseitigen.<sup>1205</sup> Rieß<sup>1206</sup> geht wohl davon aus, dass durch die qualifizierte Belehrung eine vollständige Neutralisierung der vorherigen Einflussnahme durch das Gericht stattfindet. Die überwiegende Auffassung in der Literatur geht hingegen davon aus, dass durch die qualifizierte Belehrung eine vollständige Neutralisierung nicht möglich ist.<sup>1207</sup> Dafür spricht bereits, dass bei einem zugesagten Rechtsmittelverzicht nicht nur ein Wissensdefizit um die Bindung an den Rechtsmittelverzicht, sondern auch ein Willensdefizit beim Angeklagten besteht.<sup>1208</sup>

Beide Defizite sind zu beseitigen. Der Beseitigung des Wissensdefizits um die Bindung an die Zusage wird die qualifizierte Belehrung gerecht. Denn der Angeklagte weiß nun, dass er ungeachtet seiner Zusage Rechtsmittel einlegen kann. Dies ist alleiniger Anknüpfungspunkt der qualifizierten Belehrung.<sup>1209</sup> Fraglich ist aber, ob durch die qualifizierte Belehrung auch die Willensbeeinflussung beseitigt werden kann, die durch die Zusage verursacht wurde. Diese Frage kann dahin gestellt bleiben, wenn es ausreicht das Wissensdefizit beim Angeklagten auszugleichen bzw. wenn ohne Wissensdefizit eine Willensbeeinflussung gar nicht mehr möglich erscheint. Es wird teilweise die Auffassung vertreten, dass

<sup>1203</sup> Meyer, Willensmängel, S. 343

<sup>1204</sup> Meyer, Willensmängel, S. 342;

<sup>1205</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 135

<sup>1206</sup> Rieß FS Meyer-Goßner S. 645, 656

<sup>1207</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 335; Meyer, Willensmängel, S. 344; Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 172ff.; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 233

<sup>1208</sup> Auch der 4. Senat, BGHSt 45, 227, 233, sieht bei der qualifizierten Belehrung zunächst die Möglichkeit, ein Wissensdefizit auszugleichen, vgl. Meyer, Willensmängel, S. 342 Fn. 1671, worauf auch Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 171 Fn. 877 verweist.

<sup>1209</sup> Meyer, Willensmängel, S. 344

dieses Wissen allein ausreiche, um einen Autonomiemangel zu beseitigen, dass mithin eine vollständige Neutralisierung der Einflussnahme gar nicht erforderlich sei. Diese Auffassung geht davon aus, dass der verbleibende Druck keinen Willensmangel hervorrufe und die erforderliche Freiwilligkeit der Verzichtserklärung dadurch gewahrt sei, dass der Angeklagte jedenfalls wisse, dass er rein rechtlich die Wahl habe, den Rechtsmittelverzicht abzugeben oder nicht.<sup>1210</sup> Ein selbstbestimmtes autonomes Handeln verlange keine gänzliche Befreiung von Druck. Ein gewisser Entscheidungsdruck könne ohnehin auch beim Vorhandensein diverser Wahlmöglichkeiten bestehen.<sup>1211</sup> Die Vertreter dieser Ansicht sehen eine Überdehnung des Schutzes des Angeklagten, würde man dem Rechtsmittelverzicht auch in den Fällen der qualifizierten Belehrung die Freiwilligkeit absprechen.<sup>1212</sup>

Es ist sicher richtig, für eine autonome Entscheidung keine gänzliche Befreiung von Druck zu verlangen. Der Angeklagte wird sich auch ohne Zusage eines Rechtsmittelverzichts stets in einer gewissen Drucksituation befinden, welche allein schon daraus resultiert, dass er verschiedene Möglichkeiten zur Wahl hat.<sup>1213</sup> Nähme man dies zum Anlass die Autonomie des Angeklagten zu verneinen, so wäre nahezu jeder Rechtsmittelverzicht unwirksam. Andererseits stellt sich die Drucksituation in der Situation des zugesagten Rechtsmittelverzichts doch als eine besonders schwerwiegende dar. Der Angeklagte selbst hatte den Rechtsmittelverzicht in Aussicht gestellt. War eine Strafmilderung Gegenstand der Absprache, so wird er sich zumindest moralisch verpflichtet fühlen aus Dankbarkeit für das milde Urteil.<sup>1214</sup> Hat die Absprache Leistungen zum Gegenstand, die erst nach Urteilsverkündung seitens des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft erbracht werden, so fühlt sich der Angeklagte schon allein deshalb an die Absprache gebunden, weil er seinerseits die Erfüllung der Zusage des Gerichts herbeiführen will.<sup>1215</sup> Hat der Angeklagte – wie bei den meisten Absprachekonstellationen – bereits ein Geständnis erbracht, so wird er sich moralisch verpflichtet fühlen, nun auch den „Rest“ seiner Zusage zu erfüllen.

Der Erwartungsdruck wird unter Umständen dadurch erhöht, dass der Verteidiger die qualifizierte Belehrung gegenüber seinem Angeklagten als bloße Formalie abtut, um gegenüber dem Gericht weiter als attraktiver Absprachepartner zu gelten.<sup>1216</sup> Auch ist es dem Tatrichter möglich, die qualifizierte Belehrung so vorzunehmen, dass sie etwa als nur formelhafte und nicht ernst gemeinte Prozesshandlung erscheint. Es wird dem juristischen Laien daher schwer fallen, die qualifizierte Belehrung richtig einzuordnen. Er sieht sich der paradoxen Situation gegenüber, dass das Gericht, dass sich einen Rechtsmittelverzicht zusagen ließ, nunmehr auf die Unverbindlichkeit der Zusage hinweist.<sup>1217</sup>

Der qualifizierten Belehrung bei einem absprachegemäßen Rechtsmittelverzicht kommt daher in der Regel nur die Funktion zu, eine Kenntniserlangung des Angeklagten von der Unverbindlichkeit der Zusage zu erreichen. Sie vermag jedoch nicht, den Erwartungsdruck, der auf dem Angeklagten lastet, zu beseitigen, so dass diesem eine reifliche Überle-

<sup>1210</sup> Meyer, a.a.O.

<sup>1211</sup> Meyer, a.a.O.

<sup>1212</sup> Bömeke, Rechtsfolgen, S. 153

<sup>1213</sup> Meyer, Willensmängel, S. 344

<sup>1214</sup> Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 172

<sup>1215</sup> Meyer, Willensmängel, S. 345, Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 234

<sup>1216</sup> Widmaier NJW 2005, 1985, 1986

<sup>1217</sup> Meyer HRRS 2005, 235 entgegen Meyer ist es jedoch unwahrscheinlich, dass das Gericht explizit auf die Unwirksamkeit der Zusage hinweist. (Dies verlangt auch der Große Strafsenat nicht.) Ist dies aber der Fall stellt sich die Situation weitaus paradoxer da, da sich das Gericht eine unwirksame Erklärung geben ließ.

gung ermöglicht wird.<sup>1218</sup> Der Rechtsmittelverzicht entspringt folglich auch nach einer qualifizierten Belehrung nicht einer autonomen Selbstbestimmung des Angeklagten, sondern es besteht die Gefahr, dass eine Fremdbestimmung, nämlich der Erwartungsdruck des Gerichts, die Verzichtserklärung bewirkt. Der Große Senat scheint diese Problematik auch zu erkennen, spricht diese doch in seinem Beschluss an anderer Stelle an, um seine Figur der qualifizierten Belehrung zur Durchsetzung zu verhelfen und einen Kompromiss zwischen den Senaten herbeizuführen.

Letztlich können die Ausführungen des Großen Strafsenats nicht überzeugen. Der Große Senat hatte in seiner Entscheidung bereits statuiert, dass die qualifizierte Belehrung unverzichtbar sei. In einer neueren Entscheidung hat der 3. Strafsenat nunmehr festgestellt, dass nach einer Urteilsabsprache weder auf die gesetzlich geregelte noch, was sich aus deren Sinn und Zweck ergebe, auf die zusätzlich gebotene qualifizierte Belehrung verzichtet werden kann.<sup>1219</sup> Die qualifizierte Belehrung, die der Große Strafsenat als Mittel zur Beseitigung der Willensbeeinflussung heranzieht, vermag den Willensmangel nicht vollständig zu beseitigen und erscheint daher ungeeignet. Anschließend sind noch die von der Rechtsprechung herangezogenen Folgen der Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts einer Betrachtung zu unterziehen.

#### 4.6.2.4 Folgen der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts - Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

In seiner Entscheidung vom 19.10.1999<sup>1220</sup> gewährt der BGH die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision, weil der Angeklagte ohne sein Verschulden verhindert sei, die Frist einzuhalten.<sup>1221</sup> Der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt die Funktion zu, das Hindernis der Verfristung zu überwinden.<sup>1222</sup> Gem. § 44 StPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn jemand ohne Verschulden verhindert ist, eine Frist einzuhalten. Gem. § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO ist der Antrag auf Wiedereinsetzung innerhalb einer Woche nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Eine Frist versäumt i.S.d. § 44 S. 1 StPO, wer die Frist einhalten wollte, aber nicht eingehalten hat.<sup>1223</sup> Fraglich ist, ob hierunter auch der Fall der Fristversäumung nach erklärtem Rechtsmittelverzicht, dem ein Dissens vorausgegangen ist, zu subsumieren ist. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung war jemand nicht i.S. des § 44 S. 1 StPO an der Einlegung „verhindert“, wenn er bewusst von einem befristeten Rechtsmittel keinen Gebrauch gemacht hat. Der BGH hat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand teilweise dann gewährt, wenn der Beschwerdeführer unverschuldet durch äußere Umstände oder durch Maßnahmen des Gerichts an der rechtzeitigen Revisionsbegründung gehindert worden ist.<sup>1224</sup>

Gem. § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO ist der Antrag auf Wiedereinsetzung innerhalb einer Woche nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Im vorliegenden Fall hat der 4. Strafsenat den Wegfall des Hindernisses angenommen mit Kenntnis von der Unwirksamkeit des Rechts-

<sup>1218</sup> Die Ermöglichung einer reiflichen Überlegung setzt indes auch die „einfache“ Belehrung nach § 35a StPO voraus, vgl. Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 173

<sup>1219</sup> BGH NJW 2007, 1829

<sup>1220</sup> BGH vom 19.10.1999 4 StR 86/99 BGH St 45, 227 In der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, vgl. nur Rieß NSTZ 2000, 98, 100

<sup>1221</sup> Eine andere Auffassung will in diesen Fällen § 44 S. 2 StPO anwenden, da Belehrung i.S. d. § 44 S. 2 StPO als „ordnungsgemäße“ Belehrung zu verstehen sei, vgl. Schoop, Rechtsmittelverzicht, S. 182

<sup>1222</sup> Schmidt LK II § 44 Rn. 1

<sup>1223</sup> Meyer-Goßner § 44 Rn. 5

<sup>1224</sup> BGH wistra 93, 347; NSTZ 97, 46

mittelverzichts.<sup>1225</sup> Es ist aber zu hinterfragen, ob der Angeklagte wirklich durch die Unkenntnis der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts an der Fristeinhaltung gehindert war, denn genau darauf stellt der BGH in seiner Entscheidung vom 19.10.1999<sup>1226</sup> ab. Das Hindernis an der Einhaltung der Frist falle mit der Kenntnis von der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts weg. Ob dies der Fall ist, zeigt folgendes Gedankenexperiment: Der Angeklagte, der auf Rechtsmittel nach einer Urteilsabsprache verzichtet hat und als Gegenleistung die Zusage der Staatsanwaltschaft erhalten hat, zwei andere Taten nicht zur Anklage zu bringen,<sup>1227</sup> erfährt innerhalb der Rechtsmittelfrist, dass sein Rechtsmittelverzicht unwirksam war und er jetzt noch ein Rechtsmittel einlegen könnte. Er wird dies dennoch nicht tun, da er Gefahr läuft, die Gegenleistung der Staatsanwaltschaft (die Zusage der Nichtverfolgung der anderen Taten) nicht zu erlangen. Er wird also nicht durch die Unkenntnis der Unwirksamkeit des Rechtsmittels gehindert. Vielmehr wird er durch die Hoffnung auf die Gegenleistung an der Einlegung von Rechtsmitteln innerhalb der Frist gehindert. Hätte er jedoch Kenntnis davon, dass die Staatsanwaltschaft ihre Zusage nicht einhält bzw. einhalten wird, so würde er Rechtsmittel einlegen, um die zugesagte Gegenleistung zu bekommen. Gehindert an der Einlegung des Rechtsmittels ist er also nicht durch die Unkenntnis der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts. Vielmehr ist er überhaupt nicht daran gehindert, Rechtsmittel einzulegen. Es besteht von seiner Seite vielmehr eine Fehlvorstellung über künftiges Verhalten.<sup>1228</sup> Da der Angeklagte davon ausgeht, die Staatsanwaltschaft werde ihrerseits die Absprache erfüllen, legt der Angeklagte kein Rechtsmittel ein.

*Meyer*<sup>1229</sup> hingegen meint, entscheidender Grund für die Nichteinlegung sei das Vertrauen auf die Verbindlichkeit und Zulässigkeit der Absprache. Dagegen sprechen bereits die obigen Ausführungen, denn es ist fraglich, ob der Angeklagte Rechtsmittel einlegt, wenn er von der Unverbindlichkeit und Unzulässigkeit der Absprache erfährt, solange die Gegenleistung, auf die es ihm gerade ankommt noch in Aussicht ist.

Der BGH sieht die Kenntnis der Unwirksamkeit mit der Kenntnis des Umstands verbunden, dass die Staatsanwaltschaft die Absprache nicht einhalten würde. „Diese Kenntnis erlangte der Angeklagte, (...) jedenfalls nicht vor Eingang des Schreibens des LG, der Mitteilung, die StA lehne es ab, einer Einstellung des Verfahrens (...) zuzustimmen“.<sup>1230</sup> Aus dem Umstand, dass die Staatsanwaltschaft ihrerseits die Zusage nicht einhielt ergibt sich aber keinesfalls die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, also lag in der Kenntnis dieses Umstands auch nicht der Wegfall des Hindernisses. Der BGH vermengt hier die Unkenntnis von der Wirksamkeit des Verzichts mit der Fehlvorstellung des Angeklagten über die zukünftige „Leistung“ der Staatsanwaltschaft.

Dies zeigt deutlich die Problematik, die besteht, wenn die Leistung der Strafverfolgungsorgane nach dem Urteil gewährt werden soll.<sup>1231</sup> Gewährt man dem Angeklagten im oben geschilderten Fall Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, so führt dies zu einer Besserstellung desjenigen, der bei einer unzulässigen Absprache auch noch einen Rechtsmittelverzicht erklärt hat.<sup>1232</sup>

<sup>1225</sup> BGH NStZ 2000, 96, 98

<sup>1226</sup> BGH vom 19.10.1999=4 StR 86/99 BGH St 45,227

<sup>1227</sup> Beispiel nach BGHSt 45, 227

<sup>1228</sup> So auch Grunst, Prozesshandlungen, S. 344; ähnlich auch Rieß NStZ 2000, 98, 100

<sup>1229</sup> Meyer, Willensmängel, S. 374

<sup>1230</sup> BGH St 45, 227

<sup>1231</sup> Auch Grunst, Prozesshandlungen, S. 383, unterscheidet zwischen der Willensmängelproblematik beim Rechtsmittelverzicht und der Problematik von „Leistungsstörungen“.

<sup>1232</sup> Grunst, Prozesshandlungen, S. 383

Schließlich gewährt man dem Angeklagten eine Anfechtungsmöglichkeit seines die Fristversäumung bewirkenden Verhaltens, das auf einer Fehlvorstellung beruht.<sup>1233</sup> Dafür ist das Institut der Wiedereinsetzung nach seinem Grundgedanken jedoch nicht geschaffen.<sup>1234</sup> Es scheint, dass der BGH hier dem Angeklagten mit allen Mitteln ermöglichen wollte, eine Abänderung des Ergebnisses zu erreichen. Dies führt zu einem sachgerechten Ergebnis im Einzelfall.

Insbesondere das Nichtauseinanderhalten der Kenntnis von der Unwirksamkeit des Verzehrs und von der Kenntnis des Verhaltens der Staatsanwaltschaft kann dem BGH nicht entgangen sein. Geschützt durch das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nur die „Verwirklichung des Willens, eine Frist zu wahren“ nicht aber die „Willensbildung dahin, eine Frist – bewusst – nicht auszunützen“.<sup>1235</sup> Der 4. Senat verwendet daher das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entgegen seiner Funktion - dem Schutz vor externer Verhinderung der Einlegung des Rechtsmittels - zur Korrektur einer Absprache. Die Heranziehung desselben im oben geschilderten Fall widerspricht dogmatischen Grundsätzen und der Funktion des Instituts der Wiedereinsetzung.

Dem BGH geht es darum, dem Angeklagten die Lossagung von der Absprache zu ermöglichen bzw. ihm die Möglichkeit zurückzugeben, die Einhaltung der Absprache durch die Staatsanwaltschaft zu erreichen. Der 4. Senat entwickelt auch das Institut der Wiedereinsetzung zu einem Kontrollinstrument gegenüber problematischen Absprachen.

Es zeigt sich deutlich die Intention des Senats, die Interessen des Angeklagten gebührend zu berücksichtigen. Er scheut sich dabei nicht davor, mit Instrumenten, die der herkömmliche Strafprozess zur Verfügung stellt, eine Korrektur der Ergebnisse herbeizuführen und „einen angemessenen Ausgleich widerstreitender Interessen in einem Verfahren herbeizuführen, dass sich am Vertragsgedanken orientiert“.<sup>1236</sup> Dem BGH ist dabei zugute zuhalten, dass er versucht, die Interessen des Angeklagten zu schützen, der oftmals zum Objekt des Verfahrens wird und sich dem „Schulterschluss“ der Beteiligten gegenübersteht. Der Angeklagte bedarf besonderen Schutzes nicht zuletzt deshalb, weil sein eigener Verteidiger im Rahmen seiner Absprache oftmals nicht ausnahmslos die Interessen des Angeklagten verfolgen wird, sondern auch eigene Interessen hat.<sup>1237</sup>

#### 4.6.2.5 Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Zusage des Rechtsmittelverzichts kein zulässiger Absprachegegenstand ist. Ein entsprechend einer Zusage erklärter Verzicht ist unwirksam. Entgegen der Auffassung des 4. Strafsenats ergibt sich die Unwirksamkeit jedoch nicht aufgrund der unzulässigen Vereinbarung, sondern aufgrund einer unzulässigen Willensbeeinflussung, die regelmäßig vorliegen wird. Es ist deshalb sachgerecht, eine solche zu vermuten, wie dies auch vom 3. Strafsenat vertreten wird. Die qualifizierte Belehrung, die der Große Strafsenat als Mittel zur Beseitigung der Willensbeeinflussung heranzieht, vermag den Willensmangel nicht vollständig zu beseitigen und erscheint ungeeignet. Auch ist das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht geeignet, der Unwirksamkeit Rechnung zu tragen.

---

<sup>1233</sup> Rieß NStZ 2000, 98, 100

<sup>1234</sup> So auch Rönnau JR 2001, 29, 34

<sup>1235</sup> BayObLG JR 1971, 29, 30

<sup>1236</sup> Rönnau JR 2001, 29, 34; zum Vertragsgedanken im Strafprozess siehe auch Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozess

<sup>1237</sup> Diese wurden im 1. Kapitel unter C. II. dargestellt



## 5. Ergebnis

### 5.1 Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Rechtsprechung zu wesentlichen Fragen bei der Absprachenproblematik keine dogmatisch überzeugenden Konzepte entwickelt hat. Auch kann keinesfalls von einer Stimmigkeit zwischen den Senaten ausgegangen werden.

Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur Bewältigung der Absprachenproblematik bildet dabei die Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195. Mit dieser Entscheidung hat der 4. Strafsenat des BGH die Bindungswirkung für die Absprache eingeführt. Für diese scheint er mittlerweile auch eine taugliche Bindungsquelle geschaffen zu haben.<sup>1238</sup> Die Absprache wird in den Entscheidungen des BGH zunehmend als vertragliches Konstrukt gesehen. Die Bindungswirkung ist mit dem strafprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatz allerdings kaum vereinbar. Die Einhaltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes lässt sich nur anhand der Reichweite der Bindungswirkung bestimmen. Keine Einigkeit herrscht zwischen den Senaten jedoch darüber, wann ein Dispens von der Bindungswirkung der Absprache bestehen kann. Nach Auffassung des 4. Senats kann das Gericht nur dann von einer Absprache abweichen, wenn sich schwerwiegende neue Umstände ergeben. Der 5. Senat hat diese starke Bindung jüngst relativiert und ein Abweichen schon dann erlaubt, wenn relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden. Danach muss es sich nicht mehr um schwerwiegende Umstände handeln. Davon scheint auch der Große Strafsenat auszugehen, der es bereits ausreichen lässt, wenn diese Umstände „übersehen“ wurden.<sup>1239</sup> Damit trägt der Angeklagte wiederum das Risiko, dass das Gericht nicht für eine ausreichende Informationslage sorgt bzw. die vorhandene Informationslage nicht ausschöpft. Eine Konsequenz, die der 4. Senat in seiner Grundsatzentscheidung noch vermeiden wollte, denn zentraler Punkt war der Schutz des Angeklagten.

Bereits an dieser Stelle zeigt sich, dass es nicht möglich war, die Absprache mit einem ausreichenden Schutz des Angeklagten in das herkömmliche Strafverfahren zu integrieren. Der BGH befand sich in einem Dilemma. Die Erweiterung des Schutzes des Angeklagten bei der Absprache war zwangsläufig mit einem Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verbunden. Hätte der 4. Senat dies in seiner Entscheidung offen zum Ausdruck gebracht, hätte sich eventuell der Gesetzgeber früher angesprochen gefühlt. Stattdessen wurde dagegen der fair-trial-Grundsatz herangezogen und die Bindung der Absprache mit zwei Sätzen begründet.

Eine Bindungswirkung konnte allenfalls bei regelkonformen Absprachen angenommen werden. Dabei blieb indessen die Frage offen, was bei einer fehlgeschlagenen Absprache mit dem abgelegten Geständnis passiert. Eine Hinweispflicht war gerade nicht zur Kompensation geeignet, sondern konnte lediglich Überraschungsschutz und eine eventuelle Änderung des Verteidigungsverhaltens bewirken.

Für die Rückabwicklung der Leistung des Angeklagten hat der BGH, wie im 4. Kapitel unter B. III. (S. 139ff.) gezeigt wurde, bislang keine befriedigende Lösung entwickelt. Zweck der Bindungswirkung der Absprache war der Schutz des Angeklagten. Dieser sollte jedoch nur soweit gehen, als nicht die Gefahr besteht, erlangte Leistungen in Form von Geständnissen „zurückgegeben“ zu müssen. Das Geständnis wird von allen Senaten als verwertbar angesehen. Doch die Prüfung eines etwaigen Beweisverwertungsverbots hat

---

<sup>1238</sup> S.o. 4. Kapitel A II. 2. c), S. 119ff.

<sup>1239</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1443

gezeigt, dass sich ein solches bei einer unzulässigen Absprache und bei einem Dissens bereits aus § 136a StPO ergibt.

Einer dogmatischen Grundlage entbehrt auch die strafmildernde Berücksichtigung jedes Geständnisses. Dieser Umstand scheint jedoch von sämtlichen Senaten akzeptiert zu werden.

Im Abschnitt C.II. des 4. Kapitels (S. 173ff.) dieser Arbeit konnte zudem gezeigt werden, dass der BGH der in Aussicht gestellten Strafe eine wesentlich andere Bedeutung zumisst, als dies noch in der Grundsatzentscheidung des 4. Senats angedacht war. Die in Aussicht gestellte Strafe bei einer Absprache ist immer im Zusammenhang mit der Austauschleistung zu sehen und präjudiziert die letztendlich verhängte Strafe, auch wenn die Absprache scheitert. Auch hier bezweckt der Bundesgerichtshof wiederum den Schutz des Angeklagten vor staatlicher Willkür.

Offen geblieben ist bis heute, welche Anforderungen an die Instruktionsmaxime zu stellen sind. Im 4. Kapitel (unter E. II., S. 228ff.) dieser Arbeit konnte dargestellt werden, dass die Rechtsprechung die Aufklärung des Sachverhalts für das Abspracheverfahren bereits bei der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats gelockert hat. Der 2. Senat hat in der Zwischenzeit ein Formalgeständnis ausreichen lassen. Damit aber wird dem Aufklärungsgrundsatz nicht ausreichend Rechnung getragen. Der Große Strafsenat hat es in seiner Grundsatzentscheidung als ausreichend angesehen, wenn das Geständnis so konkret ist, dass es mit der Aktenlage abgeglichen werden kann. Dabei bildet die Hauptverhandlung nicht die Urteilsgrundlage, sondern wird zur bloßen Farce. Insbesondere die Rechtsprechung des 2. Strafsenats lässt bei der Frage des Aufklärungsumfangs die Bereitschaft erkennen, Prozessmaximen auf das allerwesentlichste zu reduzieren und aus Praktikabilitätsgründen zu vernachlässigen.

Angesichts dessen ist es zu begrüßen, dass der BGH bei der Aufklärung des Sachverhalts und der Überprüfung des Geständnisses bei der Absprache zu Lasten Dritter strenge Anforderungen sowohl an die Überprüfung des Geständnisses als auch bei der Begründung im Urteil stellt. Ist der Richter zur Würdigung der Glaubhaftigkeit in den Urteilsgründen gezwungen, so ist zumindest eine Reflektion darüber gewährleistet.

Aufgrund der erheblichen Divergenzen zwischen den Senaten und der Aktualität der Absprachenproblematik ist es erstaunlich, dass der Große Strafsenat erst zu so später Zeit auf den Plan gerufen worden war. Hintergrund war, dass die Senate wiederholt versucht hatten, Divergenzen herunterzuspielen oder zu verschleiern. Der Große Strafsenat hat mittlerweile über die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts entschieden, eine Frage, bei der die größten Kontroversen zwischen den Senaten bestanden.

Der Große Senat hat dabei festgestellt, dass der Rechtsmittelverzicht unwirksam ist. Dies ist konsequent, da stets eine Willensbeeinflussung des Angeklagten vorliegen wird. Die qualifizierte Belehrung ist, wie im 4. Kapitel unter F. II. 3 (S. 286ff.) gezeigt wurde, allein nicht geeignet, das Verdikt der Unwirksamkeit zu beseitigen. Die Entscheidung stellt daher nur einen Kompromissversuch zwischen den einzelnen Senaten dar.

Im 2. Kapitel dieser Arbeit wurde dargestellt, dass ein absprachegemäßes Urteil unter zahlreichen Gesichtspunkten mit der Revision angegriffen werden kann, da die Verletzung zahlreicher Grundsätze im Raum steht. Diese Grundsätze spielen in der obergerichtlichen Rechtsprechung indessen keine große Rolle. In den meisten Entscheidungen zu den Absprachen wird mit dem fair-trial-Grundsatz argumentiert und damit das Ergebnis herge-

stellt, das im jeweiligen Fall angemessen erscheint. So hielt es die Rechtsprechung jahrelang für den Schutz des Angeklagten für ausreichend, diesen auf ein Abweichen von der Absprache hinzuweisen, was aus dem *fair trial* Grundsatz resultiere. Diesem Grundsatz entnimmt der BGH nunmehr die Bindungswirkung der Absprache<sup>1240</sup>, wobei in der Rechtsprechung mittlerweile auch eine bindungstaugliche Quelle geschaffen wurde.

Eine Rechtsprechung zu einem Thema, das gesetzlich nicht geregelt ist, sollte dabei mehr Wert auf dogmatische Herleitungen bzw. Prüfungen legen oder zumindest in den Fällen, in denen sie das Ergebnis im Auge hat, dies auch offen legen. Nur so kann für eine erhöhte Akzeptanz in der Praxis gesorgt werden und der Auswuchs der Absprachenpraxis in den Griff zu bekommen sein.

Die Rechtsprechung musste sich bei sämtlichen Entscheidungen am geltenden Recht orientieren. Wünschenswert wäre es deswegen gewesen, dass die Rechtsprechung eine fundierte Dogmatik anhand der Regelungen der StPO entwickelt und nicht auf das allgemeine Prinzip des *fair trial* abstellt. Die Divergenzen der einzelnen Senate tragen zusätzlich zur mangelnden Akzeptanz der Rechtsprechung in der Rechtspraxis bei.

Der Versuch des 4. Strafsenats, eine noch zulässige Absprache durch die negative Formulierung von Voraussetzungen zu entwickeln, muss als gescheitert angesehen werden. Mit seiner Grundsatzentscheidung hat der BGH eine andere Absprache im Sinn gehabt, als sie heute in der Rechtsprechung akzeptiert wird. Dabei hat der 4. Senat selbst zur Verwässerung seiner Leitlinien beigetragen. So hat er in seiner Grundsatzentscheidung eingeräumt, dass die in Aussicht gestellte Strafe oftmals mit der verhängten übereinstimmen wird. Zugelassen hat er auch Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung, ohne dass er genau ausgeführt hat, wo das Vorgespräch endet und die Verständigung beginnt. Allgemein gehalten waren auch die Anforderungen an die Überprüfung eines Geständnisses. Diese Ausfluchtmöglichkeiten wurden von der Praxis stets genutzt. Zudem ließen sie den anderen Senaten zahlreiche Interpretationsmöglichkeiten.

Auch die Entscheidung des Großen Senats ließ zahlreiche Fragen offen. Teilweise werden die allgemeinen Ausführungen des 4. Senats lediglich wiedergegeben.<sup>1241</sup> Die Nichtbeantwortung wesentlicher Fragen ist eine Konsequenz der Tatsache, dass der Große Strafsenat sich nach eigener Auffassung nahe an den Grenzen der Rechtsfortbildung bewegte.

Der 4. Senat sah es in seiner Grundsatzentscheidung als unbedenklich an, „wenn das Gericht für den Fall der Ablegung eines glaubhaften Geständnisses im Wege der Verständigung eine Strafobergrenze, die es nicht überschreiten werde, angibt“<sup>1242</sup> Mittlerweile wird diese Strafe jedoch zwischen den Beteiligten abgestimmt und nicht vom Gericht angegeben. So hat der 2. Senat es auch mit keinem Wort kritisiert, wenn es zwischen den Beteiligten zu „einem regelrechten Feilschen“ um die Höhen der Strafen kommt.

Insgesamt lässt sich den zahlreichen Entscheidungen entnehmen, dass der Vertragsgedanke in das Strafverfahren Einzug hält. Ging *Sinner*<sup>1243</sup> noch davon aus, dass die Rechtsprechung vor einer Rekonstruktion der Austauschbeziehung als Vertrag, der alle Verfahrensbeteiligten binden würde, zurückschrecke, so ergibt sich bei der Analyse der Entscheidungen heute ein anderes Bild:

---

<sup>1240</sup> Vgl. nur BGHSt 43, 195

<sup>1241</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1441f.

<sup>1242</sup> BGHSt 43, 195, 207

<sup>1243</sup> *Sinner*, der Vertragsgedanke im Strafprozeß, 205ff.

In der vorliegenden Arbeit hat die Untersuchung gezeigt, dass die Rechtsprechung zunehmend von diesem Gedanken beherrscht wird und die Absprache als vertragliches Konstrukt aufzufassen scheint. Nicht nur die Sprache der Rechtsprechung beim Verpflichtungsvorgang ist dabei verräterisch. Die Rede ist von einem „Zustandekommen“ und einem „Dissens“. Die Absprache ist für die Beteiligten bindend. Mittlerweile zieht die Rechtsprechung auch Gedanken aus dem zivilrechtlichen Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage heran, was bei den Ausführungen zur Orientierungsfunktion der in Aussicht gestellten Strafe verdeutlicht wurde. Auch scheinen die Senate von einer erforderlichen Willensübereinstimmung auszugehen. Dies hat der 4. Senat in seiner Grundsatzentscheidung jedoch sichtlich nicht im Sinn gehabt, als er die Verständigung für „nicht unzulässig“ erklärte.

Fasst man die Absprache als Vertrag auf, so steht auch einem Feilschen um die vertraglichen Leistungen und einem „Handel mit der Gerechtigkeit“ nichts mehr im Wege. Auch wird das Urteil nur noch auf diesem „Vertrag“ und nicht mehr auf der Hauptverhandlung beruhen. Hinzu kommt, dass zumindest der 2. Senat eine Disposition über die materielle Wahrheit zulässt und damit auch diese zur Handelsware verkommen lässt.

## 5.2 Ausblick

Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird. Nachdem am 28. Mai 2009 vom Bundestag ein „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“<sup>1244</sup> verabschiedet wurde, ist eine Rückkehr zum herkömmlichen Strafverfahren ausgeschlossen.

Wesentliche Neuregelung dieses Gesetzes ist die Einfügung eines neuen § 257c in die Strafprozessordnung, welcher Regelungen zum zulässigen Inhalt, zum Zustandekommen und den Folgen einer Verständigung enthält.

Bedenklich ist dabei, dass die Regelungen teilweise lediglich die bisherige Rechtsprechung in Gesetzesform gießen und in die herkömmliche StPO integrieren, wie beispielsweise die bereits vom 4. Strafsenat manifestierte und in § 257c Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit, eine Strafobergrenze anzugeben. Bereits in der früheren Literatur wurde Kritik an dieser Lösung, lediglich eine Strafobergrenze zu nennen, laut, bedeute diese letztendlich doch nichts anderes als die pro forma als Strafobergrenze benannte Angabe einer genauen Strafhöhe.<sup>1245</sup> Diese Problematik bleibt nach wie vor bestehen.

Im Hinblick auf den neuralgischsten Punkt der Absprache – der Rechtsmittelverzicht – geht das Gesetz über die Vorgaben des BGH hinaus. Der Regierungsentwurf<sup>1246</sup> sah in Anlehnung an die Rechtsprechung des Großen Strafsenats<sup>1247</sup> noch die Wirksamkeit eines zugesagten Rechtsmittelverzichts vor, wenn nur der Angeklagte zuvor darüber belehrt wurde, dass er ungeachtet der Verständigung in jedem Fall frei in seiner Entscheidung sei, ein Rechtsmittel einzulegen. Auf Seite 297ff. dieser Arbeit wurde aber gezeigt, dass diese sog. qualifizierte Belehrung nicht den Erwartungsdruck auf den Angeklagten beseitigen kann und somit die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts trotz qualifizierter Belehrung möglicherweise nicht frei von Willensmängeln ist. Zu begrüßen ist daher, dass das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren einen Rechtsmittelverzicht gänzlich aus-

---

<sup>1244</sup> BT-Dr 16/11736, 16/13095

<sup>1245</sup> Vgl. nur Weider, vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 134

<sup>1246</sup> RegE eines Gesetzes zur Verständigung im Strafverfahren vom 18.3.2009, BT-Dr 16/12310

<sup>1247</sup> BGH NJW 2005, 1441

schließt, wenn dem Urteil eine Verständigung i.S. des § 257c vorausgegangen ist, § 302 Abs. 1 S. 2 n.F. StPO.

Letztendlich war der Gesetzgeber bei der Einführung einer gesetzlichen Regelung zum Abspracheverfahren nur an verfassungsrechtliche Grenzen gebunden. Bedenklich stimmt vor diesem Hintergrund die Einführung eines Zustimmungserfordernisses der Staatsanwaltschaft, wie es § 257c Abs. 3 vorsieht. Eine Regelung, welche ein Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft vorsieht, ist geeignet, gegen den verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt zu verstoßen.<sup>1248</sup>

Das Gesetz sieht die Regelung einer Bindungswirkung vor. Eine Verbindlichkeit der Absprache trägt, wie bereits aufgezeigt, dem Schutz des Angeklagten Rechnung. In § 257c Abs. 4 ist geregelt, wann die eingetretene Bindung wieder entfallen kann. Da § 257c Abs. 4 S. 3 vorsieht, dass das Geständnis des Angeklagten bei Scheitern der Absprache nicht verwertet werden darf, trägt letztendlich der Angeklagte auch nicht mehr das Risiko des Scheiterns einer Absprache. Die überwiegende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ging indessen von einer Verwertbarkeit des Geständnisses aus.<sup>1249</sup> Zu begrüßen ist auch, dass das neue Gesetz nicht zwischen verteidigtem und unverteidigtem Angeklagten unterscheidet und so nicht die Gefahr einer „2-Klassen-Justiz“ aufkommen lässt.

Es bleiben jedoch angesichts der in dieser Arbeit aufgezeigten Probleme hinsichtlich der Vereinbarkeit einer Verständigung mit den strafprozessualen Grundsätzen Zweifel, ob – im Gegensatz zu einer Einfügung einzelner Vorschriften in das vorhandene System - nicht vielmehr eine völlige Neugestaltung der StPO erforderlich gewesen wäre.

Abzuwarten bleibt aber vor allem, ob sich die Praxis zum jetzigen Zeitpunkt durch ein Gesetz, das den Grundsätzen der StPO Rechnung zu tragen versucht, in Schranken weisen lässt, welche sie schon lange überschritten hat oder ob dieses Gesetz angesichts des vorangeschrittenen Wildwuchses in der Praxis nicht vielmehr zu spät kommt.

---

<sup>1248</sup> Vgl. S. 222f.

<sup>1249</sup> Vgl. S. 140ff.



## Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.03.1989 – 1 StR 608/88, StV 1989, S. 515-518.
- Altenhain, Karsten / Hagemeyer, Ina / Haimerl, Michael / Stammen, Karl-Heinz, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Baden-Baden 2007.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- Baumann, Jürgen, Von der Grauzone zur rechtsstaatlichen Regelung, NStZ 1987, S. 157-162.
- Beulke, Werner / Satzger, Helmut, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen – BGHSt 42, 191, Jus 1997, S. 1072-1080.
- Beulke, Werner / Swoboda, Sabine, Zur Verletzung des Fair-trial-Grundsatzes bei Absprachen im Strafprozess, JZ 2005, S. 67-75.
- Bömeke, Patrick M., Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafprozessrecht, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Brüssel, New York, Oxford, Wien 2001.
- Böttcher, Reinhard / Widmaier, Gunter, Absprachen im Strafprozeß – Besprechung des Urteils des BGH vom 23.01.1991 – 3 StR 365/90, JR 1991, S. 356-357.
- Bogner, Udo, Absprachen im deutschen und italienischen Strafprozeßrecht, Marburg 2000.
- Bottke, Winfried, Strafprozedurale Fairneß und Bindung an eine für den Fall des Geständnisses genannte Strafmaßobergrenze, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 451-467.
- Braun, Stefan, Die Absprache im deutschen Strafverfahren Aachen 1998.
- Bruns, Hans-Jürgen, Das Recht der Strafzumessung, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1985.
- Büchting, Hans-Ulrich (Hrsg.) / Heussen, Benno (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 9. Auflage, München 2007.
- Bussmann, Kai, Die Entdeckung der Informalität – Über Aushandlungen in Strafverfahren und ihre juristische Konstruktion, Baden-Baden 1991.
- Canaris, Claus-Wilhelm / Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1999.
- Cramer, Peter, Absprachen im Strafprozeß, in: Eyrich, Heinz / Odersky, Walter / Säcker, Franz / Franz, Jürgen (Hrsg.) Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, S. 145-159.

- Dahs, Hans, Buchbesprechung von „Verständigung im Strafverfahren“ (Schmidt-Hieber), NJW 1987, S. 1318.
- Dahs, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Auflage, Köln 2005.
- Dahs, Hans / Dahs, Hans, Die Revision im Strafprozeß: Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz, 6. Auflage, München 2001.
- Deal, Detlef (alias Weider, Hans Jürgen), Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, S. 455-552.
- Dencker, Friedrich, Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme im Strafprozeß, Bonn 1972.
- Dencker, Friedrich, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, ZStW 102 (1990), S. 51-79.
- Dencker, Friedrich / Hamm, Rainer, Der Vergleich im Strafprozeß, Frankfurt a.M., 1998.
- Duttge, Gunnar / Schoop, Christian, Anmerkung zu BGH GSSt 1/04, StV 2005, S. 421-423.
- Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, 3. Auflage, München 1999.
- Erb, Volker, Überlegungen zum Rechtsmittelverzicht des Angeklagten unmittelbar nach der Urteilsverkündung, GA 2000, S. 511-526.
- Eschelbach, Ralf, Absprachenpraxis versus Wiederaufnahme des Verfahrens, HRRS 2008, S. 190-208.
- Fezer, Gerhard, Tatrichterlicher Erkenntnisprozeß – „Freiheit“ der Beweiswürdigung, StV 1995, S. 95-101.
- Fezer, Gerhard, Pragmatismus und Formalismus in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Ebert, Udo (Hrsg.) / Rieß, Peter / Roxin, Claus, Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August, 1999, S. 331-354.
- Fezer, Gerhard, Amtsaufklärungsgrundsatz und Beweisantragsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München 2000, S. 848-882.
- Fischer, Thomas, Regelung der Urteilsabsprache – ein Appell zum Innehalten, NStZ 2007, S. 433-436.
- Friehe, Sabine, Der Verzicht auf Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen – Zugleich ein Beitrag zur Problematik strafprozessualer Absprachen, Berlin 1997.
- Füllkrug, Michael, Unzulässige Vorteilszusicherung als verbotene Vernehmungsmethode, MDR 1989, S. 119-123.
- Gerlach, Götz, Absprachen im Strafverfahren – Ein Beitrag zu den Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im Strafverfahren, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1992.

- Götz, Detlef, Untersuchungen zum Befangenheitsrecht: die Richterablehnung gem. § 24 Abs. II StPO unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, Bochum 1988.
- Grünwald, Gerald, Menschenrechte im Strafprozeß, StV 1987, S. 453-457.
- Gruber, Urs Peter, Methoden des internationalen Einheitsrechts, Tübingen 2004.
- Grunst, Bettina, Prozesshandlungen im Strafprozess, Ebelsbach 2002.
- Grunst, Bettina, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 24.07.2003 – 3 StR 368/02 und 3 StR 415/02, NStZ 2004, S. 54-55.
- Gutterer, Bernhard, Zur verbindlichen Zusage des Gerichts in der Hauptverhandlung, eine bestimmte Verurteilung nach Geständnis des Angeklagten auszusprechen, Tübingen 1991.
- Haas, Volker, Zur Verbindlichkeit und Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen, in: Tübinger Juristenfakultät / Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Rolf Keller, Tübingen 2002, S. 45-74.
- Hamm, Rainer, Absprachen im Strafverfahren ?, ZRP 1990, S. 339-342.
- Hanack, Ernst-Walter, Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren, StV 1987, S. 500-504.
- Hassemer, Winfried, Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, ein neuer Rechtsbegriff, StV 1982, S. 275-280.
- Heller, Jens, Die gescheiterte Urteilsabsprache, München 2004.
- Hellmann, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2005.
- Herrmann, Joachim, Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung: Die Richtlinienentscheidung des Bundesgerichtshofs – BGHSt 43, 195, JuS 1999, S. 1162-1167.
- Herzog, Felix, „Deals“ zu Lasten Dritter in vorgängigen abgetrennten Verfahren und die Besorgnis der Befangenheit, StV 1999, S. 455-459.
- Hettinger, Michael, von der Gleichheit vor dem Gesetz zur Ungleichheit vor Gericht? In Jung, Heike / Luxemburger, Bernd / Wahle, Eberhard (Hrsg.): Festschrift für Egon Müller zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2008.
- Heubel, Horst, Der „fair trial“ – ein Grundsatz des Strafverfahrens, Berlin 1981.
- Hirsch, Günther / Gerhardt, Rudolf, Die Bedeutung des Richterrechts hat zugenommen - Der Richter darf das Gesetz weiter denken, aber nicht umdenken, ZRP 2004, S. 29-30.
- Hirschberg, Max, Das Fehlurteil im Strafprozeß, Frankfurt am Main, Hamburg 1962.

- Ioakimidis, Ariadne, Die Rechtsnatur der Absprachen im Strafverfahren, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2001.
- Janke, Alexander, Verständigung und Absprachen im Strafverfahren, Aachen 1997.
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Auflage, München 2007.
- Kargl, Walter / Rüdiger, Christiane, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 15.01.2003 – 1 StR 464/02, NStZ 2003, S. 672-674.
- Karlsruher Kommentar, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, Hrsg.: Pfeiffer, Gerd, 5. Auflage, München 2003.
- Kintzi, Heinrich, Verständigungen im Strafrecht – Überlegungen aus den Thesen zum Gutachten der Großen Strafrechtskommission -, JR 1990, S. 309-316.
- Kintzi, Heinrich, Verständigung im Strafverfahren – steht die Diskussion vor dem Abschluss?, in Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag, Berlin, New-York 1999, S. 177-190.
- Kölbl, Ralf, Bindungswirkung von Strafmaßabsprachen, NStZ 2002, S. 74-79.
- Kölbl, Ralf, Geständnisverwertung bei missglückter Absprache, NStZ 2003, S. 232-237.
- Kremer, Stefan Hubertus, Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozess, Bonn 1994.
- Kuckein, Jürgen, Zur Verwertbarkeit des Geständnisses bei einer gescheiterten Verständigung im Strafverfahren, in: Eser, Albin / Goydke, Jürgen / Maatz, Kurt Rüdiger / Meurer, Dieter (Hrsg.): Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 63-72.
- Kuckein, Jürgen / Pfister, Wolfgang, Verständigung im Strafverfahren – Bestandsaufnahme und Perspektiven – in Geiß, Karlmann / Nehm, Kay / Brandner, Hans Erich / Hagen, Horst (Hrsg.): Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 641-666.
- Küpper, Georg / Bode, Karl-Christoph, Absprachen im Strafverfahren – Bilanz einer zehnjährigen Diskussion, Jura 1999, S. 351-362 (Teil 1), S. 393-400 (Teil 2).
- Lampe, Ernst-Joachim, Richterliche Überzeugung, in Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, S. 353-377.
- Landau, Herbert, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionsfähigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, S. 12-129.
- Landau, Herbert / Bünger, E. Ralph, Urteilsabsprache im Strafverfahren – Erwiderung zu ZRP 2005, 235, ZRP 2005, S. 268-273.

- Landau, Herbert / Eschelbach, Ralf, Absprachen zur strafrechtlichen Hauptverhandlung, NJW 1999, S. 321-326.
- Langenbacher, Katja, die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, München 1996.
- Lorenz-Czarnetski, Dagmar, das Täuschungsverbot des § 136a StPO – Reichweite und Rechtsfolgen -, München 2001.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Scholz, Rupert, u.a., Grundgesetz Kommentar, Loseblattausgabe, Stand 51. Lieferung (2007), München.
- Maurer, Hartmut, Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten, DVBl 1989, S. 798-807.
- Meyer, Frank, Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Absprachenproblematik, Berlin 2003.
- Meyer, Frank, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht, zugleich eine Anmerkung zu BGH 3 StR 368/02 und BGH 3 StR 415/02, StV 2004, S. 41-46.
- Meyer, Frank, „Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht ist wirksam, ist unwirksam, ist wirksam“ – Anmerkung zum Beschluss des Großen Senats vom 3.3.2005 – GSSt 1/04, HRRS 2005, S. 235-245.
- Meyer-Goßner, Lutz, Entlastung der Strafrechtspflege – Ein ungewöhnlicher Vorschlag -, NStZ 1992, S. 167-169.
- Meyer-Goßner, Lutz, Der gescheiterte Deal, StraFo 2003, S. 401-406.
- Meyer-Goßner, Lutz, Absprachen im Strafprozess, Entwicklung – gegenwärtiger Zustand – Zukunftsaussichten, in Böttcher, Reinhardt / Huther, Edda / Rieß, Peter (Hrsg.): Verfassungsrecht – Menschenrechte – Strafrecht, Kolloquium für Walter Gollwitzer zum 80. Geburtstag, Berlin 2004, S. 161-189.
- Meyer-Goßner, Lutz, Gesetzliche Regelung der „Absprachen im Strafprozess“?, ZRP 2004, S. 187-191.
- Meyer-Goßner, Lutz, Domestikation der Absprachen im Strafprozess, in: Hefendehl, Roland (Hrsg.): Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus – Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Köln 2005, S. 235-243
- Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung – Mit GVG und Nebengesetzen, 50. Auflage, München 2007.
- Meyer-Goßner, Lutz, Zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren, StV 2006, S. 485-490.
- Moldenhauer, Gerwin M., Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof?, Frankfurt a.M. 2004.

- Moos, Ruth, das Geständnis im Strafverfahren und in der Strafzumessung, Göttingen 1983.
- Mosbacher, Andres, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 24.07.2003 – 3 StR 368/02 und 415/02 NStZ 2004, S. 52-54.
- Müller, Friedrich, Richterrecht – theoretisch formuliert in Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag, Grenzen. Festschrift der juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg. Heidelberg 1986, S. 65-84.
- Müller, Martin, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprache im Strafverfahren, Köln 2008.
- Nestler, Cornelius, Die Praxis der Absprachen und die Zukunft des deutschen Strafprozesses, in: Prittwitz, Cornelius / Manoledakis, Ioannis (Hrsg.): Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Deutsch-Griechisches Symposium in Rostock 1999, Baden-Baden 2000, S. 99-110.
- Nestler-Tremel, Cornelius, Der Handel um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, DRiZ 1988, S. 288-296.
- Nestler-Tremel, Cornelius, Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 23.03.1988, StV 1989 S. 109-112.
- Niemöller, Martin, Absprachen im Strafprozess, StV 1990, S. 34-38.
- Niemöller, Martin / Schuppert, Gunnar Folke, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, AöR 1982, S. 387-498.
- Noak, Torsten, Urteilsabsprachen im Jugendstrafrecht – Besprechung von BGH Beschluss vom 15.März 2001 – 3 StR 61/01, StV 2002, S. 445-449.
- Palandt, Otto / Bassenge, Peter / Bruder Müller, Gerd / Diederichsen, Uwe / Edenhofer, Wolfgang / Grüneberg, Christian / Heinrichs, Helmut / Heldrich, Andreas / Putzo, Hans / Weidenkaff, Walter, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006.
- Peters, Karl, Strafprozeß – Ein Lehrbuch, 4. Auflage, Heidelberg 1985.
- Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Auflage, München 2005.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard, Staatsrecht II. Grundrechte, 22. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2006.
- Rieß, Peter, Zur Entwicklung der Geschäftsbelastung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, DRiZ 1982, S. 201-215.
- Rieß, Peter, Prozessmaximen und Ermittlungsverfahren, Festschrift für Kurt Rebmann 1989, S. 381-399.

- Rieß, Peter, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 19.10.1999 – 4 StR 86/99, NStZ 2000, S. 98-100.
- Rieß, Peter, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht, in: Eser, Albin/Goydke, Jürgen/Maatz, Kurt Rüdiger/Meurer, Dieter (Hrsg.): Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 645-663.
- Rönnau, Thomas, Die Absprache im Strafprozess, Baden-Baden 1990.
- Rönnau, Thomas, Die neue Verbindlichkeit bei den strafprozessualen Absprachen, wistra 1998, S. 49-53.
- Rönnau, Thomas, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 19. Oktober 1999, JR 2001, S. 31-34.
- Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1991.
- Roxin, Imme, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Auflage, München 1995.
- Rückel, Christoph, Verteidigertaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren - Mit Checkliste -, NStZ 1987, S. 297-304.
- Salditt, Franz, Eckpunkte – Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses, StV 2001, S. 311-314.
- Salditt, Franz, Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozessrecht – Ergänzende Überlegungen aus forensischer Sicht, ZStW 115 (2003), S. 570-582.
- Salditt, Franz, Anmerkung zu BGH Beschluss vom 26. November 2003 – 1 ARs 27/03 StraFO 2004, S. 60-61.
- Saliger, Frank, Absprachen im Strafprozess an den Grenzen der Rechtsfortbildung. Anmerkung zu BGH GS Beschluss vom 03.03.2005, JuS 2006, S. 8-12.
- Satzger, Helmut, Die Unwirksamkeit eines ausgehandelten Rechtsmittelverzichts – BGHSt 45, 227, JuS 2000, S. 1157-1161.
- Satzger, Helmut / Höltkemeier, Kai, Zur Unwirksamkeit des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts, NJW 2004, S. 2487-2490.
- Schäfer, Gerhard, Referat zum 58. Deutschen Juristentag, Band II Sitzungsberichte, München 1990, L 48-65.
- Schäfer, Gerhard, Praxis der Strafzumessung, 3. Auflage, München 2001.
- Schäfer, Herbert, Rechtsgespräch und Verständigung im Strafprozeß, DRiZ 1989, S. 294-297.

- Schlothauer, Reinhold, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 07.05.2003 – 5 StR 556/02, StV 2003, S. 481-483.
- Schlüchter, Ellen, Das Strafverfahren, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1983.
- Schlüchter, Ellen zur Relativierung der gerichtlichen Aufklärungspflicht durch Verständigung im Strafverfahren in Manfred Seebode (Hrsg.) Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag Berlin, New York 1992 S. 737-756.
- Schmehl, Martin / Vollmer, Walter, Die Assessorklausur im Strafprozess, 7. Auflage, München 2003.
- Schmid, Werner, Prozeßhandlungen im Strafprozeß ? GA 1982, S. 95-108.
- Schmidhäuser, Eberhard, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, S. 511-524.
- Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht AT, 2. Auflage, Tübingen 1984.
- Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, Göttingen 1957.
- Schmidt-Hieber, Werner, Vereinbarungen im Strafverfahren, NJW 1982, S. 1017-1021.
- Schmidt-Hieber, Werner, Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses? in: Broda, Christian / Deutsch, Erwin / Schreiber, Hans-Ludwig / Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.): Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, Darmstadt, Neuwied 1985, S. 995-1005.
- Schmidt-Hieber, Werner, Verständigung im Strafverfahren, München 1986.
- Schmidt-Hieber, Werner, Absprachen im Strafprozeß – Privileg des Wohlstandskriminellen?, NJW 1990, S. 1884-1888.
- Schmidt-Hieber, Werner, Absprache im Strafprozeß – Rechtsbeugung oder Klassenjustiz? DRiZ 1990, S. 321-326.
- Schmitt, Bertram, Konsensuale Konfliktregelung durch Strafurteil – Ein Beitrag zur Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozess, KON:SENS 1999, S. 83-88.
- Schmitt, Bertram, Zu Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozess, GA 2001, S. 411-426.
- Schöch, Gabriele, Konnexität und Vertrauensschutz bei versuchter Verständigung im Strafverfahren, NJW 2004, S. 3462-3466.
- Schöch, Gabriele, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, Berlin 2007.
- Schoop, Christian, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht, Baden-Baden, 2006.

- Schroeder, Friedrich-Christian, Strafprozessrecht, 4. Auflage, München 2006.
- Schröder, Olaf, Der abgesprochene Rechtsmittelverzicht in der Rechtsprechung des BGH StraFo 2003, S. 412-416.
- Schumann, Karl F., Der Handel mit Gerechtigkeit – Funktionsprobleme der Strafjustiz und ihre Lösungen am Beispiel des amerikanischen plea bargaining, Frankfurt a.M., 1977.
- Schünemann, Bernd, Die Verständigung im Strafprozeß – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung?, NJW 1989, S. 1895-1903 .
- Schünemann, Bernd, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, München 1990.
- Schünemann, Bernd, Die Absprachen im Strafverfahren, in: Hanack, Ernst-Walter / Hilger, Hans / Mehle, Volkmar / Widmaier, Gunter (Hrsg.): Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 2002, S. 525-546.
- Schünemann, Bernd, Wohin treibt der deutsche Strafprozess, ZStW 114 (2002), S. 1-62.
- Seher, Gerhard, Anmerkung zum Beschluss des Großen Strafsenats vom 3.3.2005 – GSSt 1/04 JZ 2005, S. 634-636.
- Seier, Jürgen, Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136a StPO, JZ 1988, S. 683-688.
- Sinner, Stefan, der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht, Frankfurt a.M., Berlin, New York, Paris, Wien 1999.
- Siolek, Wolfgang, Verständigung im Strafverfahren – eine verfassungswidrige Praxis! DRiZ 1989, S. 321-330.
- Siolek, Wolfgang, Verständigung in der Hauptverhandlung, Baden-Baden 1993.
- Siolek, Wolfgang, Zur Fehlentwicklung strafprozessualer Absprachen, in Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 2002, S. 563-583.
- Steiner, Dirk, Das Fairnessprinzip im Strafprozeß, Frankfurt a.M. 1995.
- Störmer, Rainer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, Marburg 1992.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, bearbeitet von Rudolphi, Hans J. / Frisch, Wolfgang / Rogall, Klaus / Schlüchter, Ellen / Wolter, Jürgen / Paeffgen Hans U, Loseblattsammlung, Stand 48. Lieferung (Juli 2006), Neuwied.
- Terhorst, Bruno, informelle Absprachen im Strafprozeß, DRiZ 1988, S. 296-298.
- Terhorst, Bruno, Kriterien für konsensuales Vorgehen im Strafverfahren – freie Wahl für Urteilsabsprachen?, GA 2002, S. 600-614.

- Tscherwinka, Ralf, Absprachen im Strafprozeß, Bonn 1994.
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage, München 2004.
- Trüg, Gerson / Kerner, Hans-Jürgen, Formalisierung der Wahrheitsfindung im (reformiert-) inquisitorischen Strafverfahren? Betrachtungen unter rechtsvergleichender Perspektive. In Schöch, Heinz / Helgerth, Roland / Dölling, Dieter / König, Peter (Hrsg.): Recht gestalten – dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 191-212.
- Wannemacher, Wolfgang, Steuerstrafrecht Handbuch, 5. Auflage, Bonn, Berlin 2004.
- Weider, Hans-Joachim, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, Mönchengladbach 2000.
- Weider, Hans-Joachim, Rechtsmittelverzicht und Absprache, in: Prittwitz, Cornelius / Baumann, Michael / Günther, Klaus / Kuhlen, Lothar / Merkel, Reinhard / Nestler, Cornelius / Schulz, Lorenz (Hrsg.): Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, S. 773-786.
- Weider, Hans-Joachim, Revisionsrechtliche Kontrolle bei gescheiterter Absprache? – Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 26.09.2001, NStZ 2002, S. 174-178.
- Weider, Hans-Joachim, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 15.01.2003 – 1 StR 464/02, StV 2003, S. 266-268.
- Weider, Hans-Joachim, Der aufgezwungene Deal, StraFo 2003, S. 406-412.
- Weider, Hans-Joachim, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19. Februar 2004 – 4 StR 371/03, NStZ 2004, S. 339-342.
- Weigend, Thomas, abgesprochene Gerechtigkeit, JZ 1990, S. 774-782.
- Weigend, Thomas, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 19. Oktober 1999 – 4 StR 86/99, StV 2000, S. 63-67.
- Weigend, Thomas, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, NStZ 1999, S. 57-63.
- Weigend, Thomas, Der BGH vor der Herausforderung der Absprachenpraxis, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München 2000, S. 1011-1042
- Wesemann, Horst / Müller, Anissa, Das gemäß § 136a Abs. 3 StPO unverwertbare Geständnis und seine Bedeutung im Rahmen der Strafzumessung, StraFo 1998, S. 113-116.
- Weßlau, Edda, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform? Baden-Baden 2002.

- Widmaier, Gunther, Absprachen im Strafverfahren? Grundlage, Gegenstände und Grenzen – Referat und Thesen, Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, München, 1990 Bd. 2 1990, S. L 33 ff.
- Widmaier, Gunther, Die Urteilsabsprache im Strafprozess – ein Zukunftsmodell?, NJW 2005, S. 1985-1987.
- Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre: Eine Einführung, 10. Auflage, München 2007.
- Zschockelt, Alfons, Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, NStZ 1991, S. 305-310.
- Zschockelt, Alfons, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.02.1996 – 5 StR 679/95 NStZ 1996, 449.





# TÜKRIM

## Allgemeine Hinweise

Die Reihe „Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie“ (TÜKRIM) umfasst im Kernbereich Publikationen zur Kriminologie im Sinne einer empirischen bzw. erfahrungswissenschaftlichen Forschungsdisziplin. Darüber hinaus erstreckt sie sich auch auf einschlägige Werke aus den wesentlichsten Bezugsdisziplinen der Kriminologie (namentlich Soziologie, Rechtswissenschaft, Kriminalistik, Psychologie, Sozialpädagogik, Forensische Psychiatrie sowie Rechtsmedizin). TÜKRIM stellt eine selbständige wissenschaftliche Schriftenreihe auf dem Online-Publikationsserver der Universitätsbibliothek Tübingen (TOBIAS-lib) dar. Sie entspricht den Vorgaben für Elektronische Publikationen in der Wissenschaft; daher sind die aufgenommenen Schriften auch uneingeschränkt zitierfähig.

Für die Reihe TÜKRIM sind verschiedene Textarten, vordringlich aus der Feder von aktiven und ehemaligen Mitgliedern des Instituts, zur Aufnahme vorgesehen, namentlich:

- **Forschungsberichte** über abgeschlossene empirische, auch kooperative, Projekte;
- **Themenbezogene Bibliographien** aus der Projektarbeit oder aus KRIMDOK;
- **Werkstattberichte** zu laufenden, auch kooperativen, Forschungen des Instituts;
- **Themenbezogene Aufsatzsammlungen** von Einzelautoren und Autorengruppen;
- **Habilitationsschriften und Dissertationen**, namentlich wenn sie im Zusammenhang mit Institutsprojekten entstanden oder durch den Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug und Strafprozessrecht betreut worden sind, sobald sie von den zuständigen Hochschulgremien zur Erstveröffentlichung in elektronischer Form zugelassen wurden;
- **Diplomarbeiten und Magisterarbeiten**, wenn sie im Zusammenhang mit Institutsprojekten oder Lehrstuhlvorhaben entstanden sind und im besonderen Fall für einen breiteren Leserkreis von Interesse sind;
- **Sammelbände** mit ausgewählten, ggf. für die Publikation neu bearbeiteten, Beiträgen zu nationalen und internationalen Tagungen, im Ausnahmefall auch zu besonders ertragreichen Workshops oder Seminaren;
- **Materialienbände**, beispielsweise mit Forschungsdaten oder aktuellen kriminalstatistischen Tabellen und Schaubildern;
- **Nachdrucke** vergriffener **Verlagspublikationen**, nach Freiwerden oder ausdrücklicher Übertragung der Verbreitungs- und Verwertungsrechte;
- **Nachdrucke** von vergriffener sog. **Grauer Literatur**, also von für die Fachöffentlichkeit bedeutsamen Materialien und Dokumentationen, die in anderer Weise als durch Verlagspublikation der (Fach-) Öffentlichkeit zugänglich waren, nach Zustimmung seitens der Autoren.

Die Bände sind im Regelfall als PDF-Dateien gespeichert. Sie können, soweit im Einzelfall nichts Gegenteiliges ausdrücklich vermerkt ist, unter folgendem Portal frei eingesehen sowie bei Bedarf auch kostenlos zur persönlichen Nutzung auf den eigenen PC herunter geladen werden: <http://w210.ub.uni-tuebingen.de/dbt/intro/>.

Jeder Band kann darüber hinaus als gedruckte Version beim Institut für Kriminologie gegen einen Unkostenbeitrag bestellt werden. Dieser deckt ausschließlich die unmittelbaren für Produktion und Versand entstehenden, konkreten Sachkosten. Aus organisatorischen Gründen erfolgt der Versand im Allgemeinen erst nach Eingang des Unkostenbeitrages auf das Konto des Instituts bei der Universitätskasse Tübingen.