

PATRICIA RABE

Das Verständigungsurteil
des Bundesverfassungsgerichts
und die Notwendigkeit von
Reformen im Strafprozess

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*

8

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 8



Patricia Rabe

Das Verständigungsurteil
des Bundesverfassungsgerichts
und die Notwendigkeit
von Reformen im Strafprozess

Mohr Siebeck

Patricia Rabe (geb. Pichal), geboren 1988; 2010 Erstes Jurist. Staatsexamen (München); 2013 Zweites Jurist. Staatsexamen (Frankfurt/Main); 2015 Promotion; seit 2015 als Rechtsanwältin in Frankfurt/Main tätig.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-155186-4

ISBN 978-3-16-154876-5

ISSN 2364-267X (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar. D 30

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Stefan Talmon, LL.M. M.A., der mir bei Konzeption, Recherche und Verfassen der Arbeit wertvolle Hilfestellung gegeben hat und mich in vieler Hinsicht gefördert, angespornt und ermutigt hat. Mein ebenso herzlicher Dank gilt dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Dr. Rudolf Dolzer, der mir die Faszination für die Materie vermittelt und mich bei vielen Gelegenheiten unterstützt und gefördert hat. Herrn Professor Dr. DDr. h.c. Matthias Herdegen und Herrn Jun.-Professor Dr. Jörn Griebel, D.E.S. danke ich in diesem Zusammenhang für die Gelegenheit zur Teilnahme an den von ihnen organisierten Doktorandenkolloquien und den wertvollen Austausch über meine Arbeit.

Mein Dank gilt daneben der Studienstiftung des Deutschen Volkes für die Förderung meines Postgraduiertenstudiums an der Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne und der Konrad-Adenauer-Stiftung für die Förderung mit einem Promotionsstipendium.

Ich danke außerdem meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen Ass. jur. Sophie Barends, LL.M., Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof, Akad. Rat a. Z. Dr. Nils Grosche, Sebastián Mantilla Blanco, LL.M., Steven W. Reinhold, Dr. Raúl I. Rodríguez Magdaleno, Holly Wesener J.D., LL.M. und Doris Gassen herzlich für Anregungen, Hilfe und Kritik. Mein größter Dank gilt schließlich meiner Familie, die mich beim Verfassen der Arbeit stets geduldig unterstützt hat.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XX
Kapitel 1: Einleitung	1
A. Gesetzgeber in Bedrängnis.....	1
B. Gang der Untersuchung	4
Kapitel 2: Verfassungsrechtliche Aufarbeitung der Anforderungen an die Verständigung vor dem Verständigungsurteil.....	10
A. Diskussionsstand vor Erlass des Verständigungsgesetzes	10
I. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	11
1. Nichtannahmebeschluss vom 27. Januar 1987 (2 BvR 1133/86).....	11
2. Nichtannahmebeschluss vom 14. Mai 1999 (2 BvR 592/99).....	16
3. Teilweise stattgebender Kammerbeschluss vom 8. Dezember 2005 (2 BvR 449/05)	20
4. Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. Dezember 2005 (2 BvR 2057/05)	22
II. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	27
B. Diskussionsstand vor dem Ergehen des Verständigungsurteils.....	30
I. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	30
1. Stattgebender Kammerbeschluss vom 5. März 2012 (2 BvR 1464/11)	30
2. Stattgebender Kammerbeschluss vom 11. Juli 2012 (2 BvR 1092/12)	33
II. Literatur	34

Kapitel 3: Das Verständigungsurteil im Überblick.....	37
<i>A. Aufbau und Methodik</i>	37
<i>B. Hintergrund der Verfassungsbeschwerden</i>	40
I. Verfahren des Landgerichts München II	40
1. Urteilsverfassungsbeschwerden	42
2. Rechtssatzverfassungsbeschwerden	42
II. Verfahren des Landgerichts Berlin.....	43
<i>C. Wesentliche Aussagen des Verständigungsurteils</i>	45
I. Abweisung der Rechtssatzverfassungsbeschwerden („Nein, aber...“)...	45
II. Stattgabe der Urteilsverfassungsbeschwerden	51
1. Verfahren des Landgerichts München II	52
2. Verfahren des Landgerichts Berlin.....	53
 Kapitel 4: Bindungswirkung	 55
<i>A. Voraussetzungen und Umfang der Bindungswirkung gemäß § 31</i> <i>Abs. 1 bzw. Abs. 2 BVerfGG</i>	 57
<i>B. Bindungswirkung des Verständigungsurteils</i>	61
I. Angewandte Auslegungsmethode	61
II. Bindungswirkung im Einzelnen	67
1. Ausführungen zu den zu beachtenden Verfassungsprinzipien	67
2. Ausführungen zu den zu entscheidenden Verfassungsbeschwerden ...	68
3. Folgen für Alternativmodelle aus Verfassungssicht	72
<i>C. Zusammenfassung und Kritik</i>	73
I. Mangelnde Methodenehrlichkeit.....	73
II. Kompetenzkonflikt: Das Bundesverfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber.....	75
 Kapitel 5: Implikationen für das Verständnis des Verfassungsrechts	 80
<i>A. Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege</i>	80
I. Entwicklung des Topos	81

1. Bundesverfassungsgericht.....	81
a. Ursprung im Rechtsstaatsprinzip: Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs	82
b. Beschränkung von Individualrechten.....	83
c. Effizienzförderung im Lichte generalpräventiver Strafzwecke: Verzahnung mit dem objektiven Gewährleistungsinhalt des Beschleunigungsgebots	84
d. Inaktuelle Informationslage zur Rolle des Topos im Verständigungsrecht	88
2. Bundesgerichtshof	88
3. Der Begriff in der wissenschaftlichen Diskussion	90
a. Kritik an der drohenden formellen wie materiellen Uferlosigkeit ..	90
b. Positive Kritik	92
II. Ausführungen im Verständigungsurteil	94
III. Kritik	97
1. Präzisierung des Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege.....	97
a. Gebot der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als „Gewährpflicht“	97
b. Rechtsstaatlichkeit als Grenze und Inhalt der Gewährpflicht	101
c. Erweiterung des Handlungsspielraums infolge der Priorisierung von Strafzwecken	102
d. Ressourcenschonung als Methode	103
2. Konsequenzen für die Regelung der Verständigungen im Strafverfahren.....	104
<i>B. Der Öffentlichkeitsgrundsatz.....</i>	<i>106</i>
I. Umfang des Öffentlichkeitsgrundsatzes als Verfassungsmaxime	107
1. Unklare Verankerung in Rechtsstaats- und Demokratieprinzip	108
2. Besondere Rolle im Recht der Verständigungen	112
II. Ausführungen im Verständigungsurteil.....	114
III. Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung nach dem Ergehen des Verständigungsurteils	115
1. Bundesgerichtshof: Beschluss vom 3. September 2013 (1 StR 237/13)	116
2. Bundesverfassungsgericht: Nichtannahmebeschluss vom 15. Januar 2015 (2 BvR 878/14)	116
IV. Kritik	119
1. Pflicht zur Mitteilung wesentlicher Verfahrensabläufe	120
2. Unberechtigte Aufwertung im Revisionsrecht.....	125
3. Bedeutung der Laienrichter.....	127

C. <i>Das Schuldprinzip</i>	127
I. Streitige Praktiken bis zum Ergehen des Verständigungsurteils	129
1. Verbot der Schuldspruchabrede	129
2. „Entwertung“ des reuebedingten Geständnisses.....	133
3. Verbot der Nennung/Vereinbarung einer Punktstrafe.....	135
4. Verständigung über Sonderstrafrahmen	137
II. Aussagen des Bundesverfassungsgerichts im Verständigungsurteil.....	137
1. Schuldspruchabreden.....	138
2. „Entwertung“ des reuebedingten Geständnisses.....	138
3. Nennung/Vereinbarung einer Punktstrafe	140
4. Verständigung über Sonderstrafrahmen	140
III. Kritik	142
1. Verbot der Schuldspruchabrede	142
a. Bedeutung der Menschenwürde: Schuld als Voraussetzung von Strafe.....	143
aa. Menschenwürde als Scharnier für den Schuldvorwurf?.....	144
bb. Objektiv-rechtlicher Gehalt der Menschenwürde als Quelle des Prinzips	148
cc. Grundsätzliche „Abwägbarkeit“ des Schuldprinzips?.....	151
dd. Zwischenergebnis	154
b. Grenzen des Verbots der Schuldspruchabrede	155
2. „Entwertung des reuebedingten Geständnisses“.....	158
a. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	159
aa. Gerechtfertigte Strafmilderung infolge verständigungsbasierter Geständnisse	160
bb. Gesetzliche Grundlage	164
b. Unterschreiten der Schuldangemessenheit der Strafe.....	165
3. Verbot der Nennung/Vereinbarung einer Punktstrafe.....	169
a. Vorläufige Bewertung des Beweismaterials grundsätzlich zulässig	169
b. Notwendigkeit der realen Abweichungsmöglichkeit.....	170
c. Kein zusätzlicher Rechtsschutz	173
4. Verständigung über Sonderstrafrahmen	174
a. Unbenannte Strafmilderungsgründe.....	174
b. Benannte Strafmilderungsgründe.....	181
5. Zwischenergebnis	183
D. <i>Die „Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit“</i>	184
I. Problematische Praktiken unter dem Verständigungsgesetz	185
II. Kritik	189
1. Verfassungsrechtlicher Gewährleistungsumfang.....	189

a. Ausgestaltung der maßgeblichen Verfassungsprinzipien durch den Gesetzgeber	191
b. Zulässige Relativierungen	194
aa. Zulässigkeit der „Wahrunterstellung“	194
bb. Unklare Anforderungen an die „verbindliche Feststellung“ der Wahrheit	202
c. Gerechtigkeitselement Konsens?	205
d. Wahrheitsbegriff der Verfassung?	218
2. Aussagen im Verständigungsurteil.....	222
3. Konsensmaxime im Verständigungsrecht?.....	227
a. Habermas' Diskurstheorie	228
b. Transfer in das Strafverfahren: Kritik und Lösungsansätze der Literatur	231
c. Umsetzung de lege lata.....	237
aa. Wahrheit	238
bb. Ideale Sprechsituation.....	241
cc. Konsens	243
dd. Wahrhaftigkeit	244
ee. Verständlichkeit.....	245
ff. Zwischenergebnis	246
d. Konsensprinzip de lege ferenda.....	247
e. Anwendung auf das Verständigungsurteil	251
III. Zwischenergebnis	252
<i>E. Das Recht auf den gesetzlichen Richter.....</i>	<i>254</i>
I. Diskussion bis zum Ergehen des Verständigungsurteils	255
II. Aussagen im Verständigungsurteil	258
III. Kritische Würdigung.....	259
1. Verfassungsrechtlicher Maßstab bezüglich des gesetzgeberischen Auftrag zum Schutz der Unparteilichkeit.....	259
2. Befangenheit des Richters nach dem Scheitern von Verständigungsgesprächen infolge Vorbefassung	263
3. Initiativrecht des Gerichts, § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO.....	264
<i>F. Das Recht auf ein faires Verfahren.....</i>	<i>265</i>
I. Grundsätzlicher Inhalt und besondere Bedeutung im Verständigungsrecht	267
II. Notwendigkeit und Zulässigkeit von Reformen.....	269
1. Ungeklärter Zusammenhang zwischen Bindungswirkung und Entstehung von Vertrauen.....	269
2. Antwort im Verständigungsurteil?	271

<i>G. Die Erforderlichkeit der Normbefolgung</i>	273
I. Bisherige Studien zur Prävalenz informeller Verständigungen.....	275
II. Ausführungen im Verständigungsurteil.....	279
III. Verfassungsrechtliche Einordnung und Reichweite der zur Begründung herangezogenen Argumente	281
1. Strukturelles Vollzugsdefizit	281
a. Leitentscheidungen zum Steuerrecht	282
b. Anwendung in anderen Rechtsgebieten	287
2. Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten	289
IV. Systemimmanente Kritik: Konsistenz des Verständigungsurteils mit der bisherigen Rechtsprechung	293
1. Vorliegen eines erheblichen Vollzugsdefizits: Empirische Studie 2012.....	293
2. Drohendes Vollzugsdefizit infolge strukturellen Regelungsdefizits?.....	294
a. Vorliegen eines strukturellen Regelungsdefizits: Erforderlichkeit einer Erhebungsregel?	295
aa. Unklarer Normbefehl des Verständigungsgesetzes?.....	296
bb. Verstoß gegen das Prinzip der Folgerichtigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG)?.....	297
cc. Zwischenergebnis	300
b. Konsequenzen der fehlenden Normbefolgung	301
aa. Beobachtungs- und oder Nachbesserungspflichten als Konsequenz?.....	301
bb. Verfassungswidrigkeit für den Fall des Verstoßes gegen die Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht	303
c. Zwischenergebnis.....	304
V. Systemkritik.....	306
<i>H. Zwischenergebnis</i>	308

Kapitel 6: Implikationen für das Verständnis des Strafverfahrensrechts

313

<i>A. Präzisierung der Anforderungen an das Verständigungsverfahren</i>	313
I. Handlungsauftrag in Bezug auf die Erfüllung der „Transparenz- und Dokumentationspflichten“	314
1. Überblick über die „Transparenz- und Dokumentationsvorschriften“	314
a. Transparenz im Verständigungsgesetz.....	315

b. Dokumentation im Verständigungsgesetz.....	317
c. Zwischenergebnis.....	318
2. Meinungsstand vor dem Ergehen des Verständigungsurteils.....	319
a. Transparenzvorschriften.....	319
b. Dokumentationsvorschriften.....	322
3. Aussagen im Verständigungsurteil und in der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung.....	323
a. Präzisierung des Begriffs der mitteilungspflichtigen Vorgänge gem. § 243 Abs. 4 StPO.....	325
b. Erfordernis der Negativmitteilungen.....	327
c. Transparenzvorschriften zur Sicherung einer Beweiswürdigung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO).....	329
d. Präzisierung der zu protokollierenden Inhalte.....	329
4. Kritische Würdigung.....	330
a. Transparenzvorschriften.....	330
aa. Präzisierung des Begriffs der mitteilungspflichtigen Vorgänge gem. § 243 Abs. 4 StPO.....	330
bb. Erfordernis der Negativmitteilungen.....	335
cc. Transparenzvorschriften zur Sicherung einer Beweiswürdigung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO).....	338
b. Dokumentationsvorschriften.....	339
aa. Sachverhaltsvorstellungen der Beteiligten.....	340
bb. Diskussionsbeiträge der Beteiligten.....	344
cc. Zwischenergebnis.....	345
5. Zusammenfassung.....	345
II. Anforderungen an die Beweisaufnahme.....	346
III. Unzulässigkeit „intransparenter, unkontrollierbarer ,Deals“.....	348
 B. <i>Revisionsrecht</i>	356
I. Problemaufriss.....	357
1. Positivrechtliche Dimension.....	357
2. Politische Dimension.....	358
II. Das Beruhen des Urteils auf Verfahrensfehlern.....	362
1. Grundsätzliche Anforderungen.....	362
2. Erforderlicher Revisionsvortrag.....	365
3. Ordnungsvorschriften und Soll-Vorschriften.....	367
4. Wertungen absoluter und relativer Revisionsgründe.....	369
III. Revisibilität von Belehrungsfehlern gemäß § 257 Abs. 5 StPO.....	370
1. Überblick über § 257c Abs. 5 StPO und Problemaufriss.....	370
2. Meinungsstand vor dem Ergehen des Verständigungsurteils.....	372
a. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	372

b. Ansichten der Literatur.....	374
3. Aussagen im Verständigungsurteil.....	375
4. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Nachgang zum Verständigungsurteil.....	376
5. Kritik.....	377
a. Ehemalige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	377
b. Ansichten der Literatur und des Bundesverfassungsgerichts im Verständigungsurteil	378
aa. Notwendigkeit der Präzisierung von Inhalt und Funktion der Belehrungspflicht.....	379
bb. Beruhen im Fall der nicht gescheiterten Verständigung	381
cc. Beruhen im Fall der gescheiterten Verständigung	384
c. Zwischenergebnis.....	388
d. Bewertung der neueren Rechtsprechung.....	389
IV. Revisibilität der „Transparenzvorschriften“	391
1. Meinungsstand vor dem Ergehen des Verständigungsurteils.....	392
a. Mitteilungspflichten des § 243 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO.....	392
b. §§ 160b, 202a, 257b StPO	395
2. Aussagen in der aktuellsten höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie Problemaufriss.....	395
a. Verständigungsurteil	395
b. Bundesverfassungsgericht: Beschluss vom 1. Juli 2014 (2 BvR 989/14): Ziel der Verhinderung von Schulterchlusseffekten – doch ohne Drittwirkung.....	397
c. Bundesgerichtshof in den Jahren 2013 und 2014: Restriktive Rechtsprechung bzgl. Anforderungen an die Revisionsrüge und die Beruhensfrage.....	397
d. Bundesverfassungsgericht: Kammerbeschlüsse vom 15. Januar 2015 (2 BvR 878/14 und 2 BvR 2055/14) und 26. August 2014 (2 BvR 2400/13 und 2 BvR 2172/13)	401
e. Bundesgerichtshof – 1. Strafsenat: Die späte Einsicht?.....	403
3. Kritische Würdigung der Revisibilität von Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO oder: „Weil nicht sein kann was nicht sein darf“	405
a. Fehlende und fehlerhafte Mitteilung über tatsächlich stattgefundene Erörterungen.....	406
aa. Fehlerhafte Mitteilung führt zu fehlerhafter Verständigung ..	406
bb. Fehlerhafte Mitteilung bedingt unzureichende Kontrollmöglichkeit der Öffentlichkeit.....	409
cc. Fehlerhafte Mitteilung hat Einfluss auf das Verteidigungsverhalten des Angeklagten	413
dd. Insbesondere: Keine Kompensation durch Mitteilung des Verteidigers?	418
ee. Insbesondere: Lediglich unvollständige Mitteilung.....	419

b. Fehlende Negativmitteilung.....	419
aa. Beruhen	420
bb. Behauptung eines revisiblen Verfahrensfehlers.....	422
4. Zwischenergebnis	423
V. Revisibilität der „Dokumentationsvorschriften“	425
1. Meinungsstand vor dem Ergehen des Verständigungsurteils.....	427
a. § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO (fehlendes „Negativattest“)	427
aa. Erstreckung des Anwendungsbereichs des Negativattests auch auf informelle und gescheiterte Verständigungen?.....	428
bb. Unklare Auswirkungen auf die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls und strikte Anforderungen an die Zulässigkeit des Rügevorbringens	429
cc. Selbstständige Revisibilität von Verstößen gegen § 273 Abs. 1a Satz 1 und 3 StPO?.....	436
b. § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO	436
2. Aussagen im Verständigungsurteil.....	437
3. Rezeption nach dem Verständigungsurteil	439
a. § 273 Abs. 1a StPO	439
aa. Nichtigkeit statt Beruhen: OLG München	440
bb. Befürworter des Beruhens im Sinne des § 337 Abs. 2 StPO: der 2. und 4. Strafsenat	440
cc. Gegner des Beruhens im Sinne des § 337 Abs. 2 StPO: der 3. Strafsenat	444
dd. Bundesverfassungsgericht: Kammerbeschlüsse vom 15. Januar 2015 (2 BvR 878/14 und 2 BvR 2055/14) und 26. August 2014 (2 BvR 2400/13 und 2 BvR 2172/13).....	446
ee. Zwischenergebnis	447
b. § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO	447
4. Kritische Würdigung	448
a. § 273 Abs. 1a StPO.....	448
aa. Umfang der Beweiskraft des Protokolls gem. § 274 StPO für verständigungsbezogene Vorgänge.....	448
(1) Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung.....	448
(2) Unterlassene Protokollierung einer notwendigen Mitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO	450
bb. (Un-)Zulässigkeit der Protokollrüge.....	451
(1) Keine Verschärfung der revisionsrechtlichen Kontrolle durch den Gesetzgeber beabsichtigt.....	451
(2) Widerspruch zur Begründung der Zulässigkeit der Rügeverkümmerng	453
(3) Zwischenergebnis	458
cc. Beruhen im Sinne des § 337 Abs. 1 und 2 StPO: Zustände gekommene Verständigung.....	458

dd. Beruhen im Sinne des § 337 Abs. 1 und 2 StPO: Nicht zustande gekommene Verständigungen und Fehlen des Negativattests gem. § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO.....	463
b. § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO	465
5. Zwischenergebnis	466
VI. Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO ..	466
1. Einbezug informeller Verständigungen in das Verbot gem. § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO	467
2. Kampf gegen Windmühlen: die Diskussion um die Definition der informellen Verständigung	470
 Kapitel 7: Grenzen des Rechts, Grenzen der Rechtskraft.....	474
A. <i>Strafbarkeit der Beteiligten</i>	474
I. Rechtsbeugung, § 339 StGB	476
1. „Vertretbarkeit der Entscheidung“ nach dem Verständigungsgesetz	478
2. Zwischenergebnis	484
II. Falschbeurkundung im Amt, § 348 StGB.....	484
1. Hauptverhandlungsprotokoll als „öffentliche Urkunde“ im Sinne des § 415 ZPO	485
2. Erstreckung des öffentlichen Glaubens der Urkunde auf das Negativattest?	491
III. Zwischenergebnis	492
B. <i>Wiederaufnahme des Verfahrens, §§ 359 ff. StPO</i>	493
I. Strafbare Amtspflichtverletzung, §§ 359 Nr. 3 StPO, 362 Nr. 3 StPO	494
II. Wiederaufnahme propter nova, § 359 Nr. 5 StPO	497
 Kapitel 8: Impetus für Reformbemühungen.....	502
A. <i>Reformverantwortung</i>	502
B. <i>Reformziele</i>	506
C. <i>Reformgegenstände</i>	507
I. Notversorgung: „Erste Hilfe“ für das Verständigungsgesetz	508
1. Stärkung der Schutzmechanismen.....	509

2. Der „Aufschub der Gesamtreform“: Nützliche Kosmetik für den Flickenteppich	512
II. Die strukturelle Neuausrichtung.....	513
 Kapitel 9: Thesen.....	 519
 Literaturverzeichnis.....	 529
Register	559

Abkürzungsverzeichnis

abl.	ablehnend
ähnl.	ähnlich
Anm.	Anmerkung
ausf.	ausführlich
Beschl.	Beschluss
best.	bestätigt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
differenz.	differenzierend
FS	Festschrift
ggf.	gegebenenfalls
krit.	kritisch
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
m.	mit
s.	siehe
u.a.	und andere
Urt.	Urteil
v.	vom
Verständigungsurteil	s. die Definition auf S. 4
vgl.	vergleiche
zust.	zustimmend
zutreff.	zutreffend

Bezüglich an dieser Stelle nicht aufgeführter Abkürzungen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl. 2015, verwiesen.

Kapitel 1

Einleitung

„Das Gesetzgeben ist ein Experimentieren mit Menschenschicksalen. Das ist seine Größe und seine Not aus seinem Wesen.“¹

A. Gesetzgeber in Bedrängnis

Die Wucht des Gesetzes trifft den Menschen selten härter als vor Gericht. Bedrohlich ist die Vorstellung, welchen Schaden es anrichten könnte, wenn das Gesetz *Unwucht* hat. Normen, die methodisch mangelhaft sind, Gesetze, die innere Zielkonflikte aufweisen: keine Bagatellen, sondern Defizite, die im schlimmsten Fall bewirken, dass Schuldige der Vergeltung entgehen und Unschuldige mit einem sozialetischen Unwerturteil belegt werden.

In unserer Strafprozessordnung ist bereits seit über 30 Jahren eine *Unwucht* bekannt. Ihre prominenteste Ausprägung ist das Phänomen der Absprachen – ihre Gegner nennen sie „Deals“². Mit gestiegenem Erledigungsdruck hatte der strukturelle Anachronismus des Gesetzes³ die Beteiligten des deutschen Strafverfahrens spätestens ab den 1970er Jahren⁴ zur Suche nach einem „Ventil“ veranlasst, das sie in dieser Verfahrensform *praeter legem* fanden.

Seither entschied die Praxis über das Recht und dieses über Menschenschicksale. In den 1980er Jahren gelangte die in das Konzept der Strafprozessordnung eingekehrte *Unwucht* in die öffentliche Diskussion und wurde spätestens zu diesem Zeitpunkt für den Gesetzgeber sichtbar. Doch die Legislative blieb untätig.

Stattdessen wurde das „Kind der Praxis“⁵ zum „Adoptivkind“ der Rechtsprechung. Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs schöpfte in einer von zwei Leitentscheidungen⁶ um die Jahrtausendwende⁷ aus der Not geboren ein

¹ *Jahrreiß*, Größe und Not der Gesetzgebung, 1953, S. 32.

² Vgl. *Weider* unter dem Pseudonym „Deal“, StV 1982, 545 ff.

³ Zu den das Phänomen der Verständigungen fördernden Sachzwängen der Beteiligten *Schünemann*, 58. DJT, 1990, Gutachten B, B 27 f.; *Rieß*, NSTZ 1994, 409 [411]; *Landau/Eschelbach*, NJW 1999, 321 [321 ff.].

⁴ *Moldenhauer/Wenske*, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 257c Rn. 1.

⁵ *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, Rn. 496.

⁶ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 [212].

provisorisches „Regelwerk“, eine verbindliche Gebrauchsanweisung für die Kollegen der Fachgerichte im Umgang mit einem gefährlichen Werkzeug am Haupte des Angeklagten. Für sämtliche Beteiligten erkennbar konnte dieses Provisorium die Ursache nicht beheben, die Krankheit stand nunmehr lediglich offiziell unter Beobachtung.

Erst auf den bekannten „Hilferuf“⁸ des *Großen Senats* in der zweiten Leitentscheidung zum Recht der Verständigungen entschied der Gesetzgeber auf die Gefahren zu reagieren, die für die Rechte des Angeklagten im Sitzungssaal bestanden. Wer dem Gesetzgeber aber einen Vorwurf daraus macht, mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren im Jahr 2009⁹, dessen Kern die heutige Vorschrift des § 257c StPO ist, nur weitgehend die „Gebrauchsanweisung“ der Rechtsprechung in Form gegossen zu haben,¹⁰ macht es sich möglicherweise zu leicht. Die Diskussion über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Verständigungen, zum Gestaltungsspielraum und zum Umfang der Regelungsverantwortung des Gesetzgebers hatte nur kurze Zeit zuvor – nach mehr als drei Jahrzehnten – ihren Zenit erreicht. Das Risiko, sehenden Auges mit dem Experiment einer Gesamtreform des Strafverfahrens zwar die Ursache der Krankheit zu beheben, dafür aber das Risiko der Verfassungswidrigkeit zu realisieren, war hoch.

Solche Bedenken des Gesetzgebers über seinen Gestaltungsspielraum sind bei einem Blick in die Begründung des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren unübersehbar. Darin beschreibt er, unter Verweis auf die Regeln der Rechtsprechung, er habe sich „zunächst abwartend zu einer Regelung für die Verständigung im Strafverfahren verhalten“.¹¹ Mit dem Gesetzgebungsentwurf versuche er aber, unter Berücksichtigung der „bisher vorgebrachten Stellungnahmen aus Literatur und Rechtsprechung [...] der Entwicklung in der Praxis Rechnung“ zu tragen, gleichzeitig die Grundsätze des Strafverfahrens unangetastet zu lassen, und hierbei „in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die dabei zu beachtenden rechtsstaatlichen Anforderungen gewährleisten“.¹² Hätte im Jahr 2009 der Begriff des „Kompromisses“ noch nicht existiert, wäre er an dieser Stelle erfunden worden. Selbst der mit seinem „Hilferuf“ explizit verbundene Hinweis des *Großen Senats* auf den

⁷ BGH, Urt. v. 28.8.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, 195.

⁸ BGH, Beschl. v. 3.3.2005 – GSt 1/04 = BGHSt 50, 40 [64]; *Dahs*, NStZ 2005, 580 [580]; *Widmaier*, NJW 2005, 1985 [1986]; *Fischer*, NStZ 2007, 433 [433]; *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625 [2626]; *Wohlers*, NJW 2010, 2470 [2474]; s. ferner ausf. unten S. 29 ff.

⁹ V. 29.7.2009, BGBl. I v. 3.8.2009, S. 2353.

¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/12310, S. 7 f.; *Niemöller*, in: N/S/W, Gesetz zur Verständigung, 2010, Teil A Rn. 14.

¹¹ BT-Drucks. 16/12310, S. 8.

¹² BT-Drucks. 16/12310, S. 8 f.

auch von Verfassungen wegen bestehenden „beachtliche[n] Spielraum“¹³ konnte den Gesetzgeber nicht zu einer entschlosseneren Replik ermutigen.

Die Ahnung, dass mit dieser dogmatisch umstrittenen Regelung die Lösung eines weitaus tieferliegenden Problems lediglich aufgeschoben, Zeit erkaufte worden war, bestätigte sich keine vier Jahre später in der fürwahr „wichtigste[n] strafprozessuale[n] Entscheidung der letzten Jahrzehnte“¹⁴, dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013.¹⁵

Auf den ersten Blick bestätigt das Bundesverfassungsgericht darin die Verfassungsmäßigkeit der Verständigungspraxis und präzisiert – unter Rekurs auf das Instrument der „präzisierenden Auslegung“ – die Anforderungen an eine rechtmäßige Verständigung i.S.d. § 257c StPO. So fordert es insbesondere eine strengere Beachtung der Aufklärungsmaxime (§§ 257c Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 244 Abs. 2 StPO) und eine stärkere Beachtung der Transparenz- und Dokumentationspflichten (§§ 243 Abs. 4 StPO, 273 Abs. 1a StPO). Auf den zweiten Blick, so konstatiert die Praxis, zurtut sie die Verständigung tot. Mit der Verschärfung der Anforderungen an die Verständigung gehe eine Gleichschaltung der Regeln der Verständigung mit denen des streitigen Verfahrens einher, das beraube sie ihres Anwendungsbereichs.¹⁶

Damit hat das Bundesverfassungsgericht der StPO mit dem Urteil vom 19. März 2013 nicht die Unwucht genommen, es hat sie nur verboten. Der Gesetzgeber steht nun (erneut) vor der Herausforderung, eine gesetzliche Lösung zu finden, die für die Praxis ein „Ventil“ schafft,¹⁷ aber einer gleichzeitigen Aushöhlung der Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren vorbeugt. Mit seiner Lösung wird er nur erfolgreich sein, wenn sie in sich und mit dem Gefüge der Strafprozessordnung konsistent ist und bestenfalls der Praxis den Druck so weit von den Schultern nimmt, dass ein Ventil nicht mehr erforderlich wird.

In Anbetracht dessen ist die vorliegende Arbeit ein Plädoyer für die Notwendigkeit, vor allem aber für die Möglichkeit einer grundlegenden Neuordnung des Strafprozesses. Sie hat zum Ziel, dem Gesetzgeber die konkreten Gefahren für den Beschuldigten aufzuzeigen, die sich an einem Festhalten der überkommenen Ausgestaltung des Verständigungsverfahrens ergeben. Gleichzeitig will sie ihn zu einer Gesamtreform des Strafprozesses ermutigen,

¹³ BGH, Beschl. v. 3.3.2005 – GSSSt 1/04 = BGHSt 50, 40 [64].

¹⁴ Brocke, StraFo 2013, 441 [441]; vgl. auch Knauer/Pretsch, NSStZ 2015, 174 [174].

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11 = BVerfGE 133, 168.

¹⁶ F. Meyer, NJW 2013, 1850 [1850]; Busch-Gervasoni, in: FS Schiller, 2014, 108 [109]; König/Harrendorf, German Law Journal Vol. 15 No. 1, 65 [78]: „The scope of possible agreements has been clearly reduced [...] This will put an end to negotiated agreements as a widely used, hackneyed instrument of criminal procedure“.

¹⁷ Deutscher, StRR 2013, 180 [180]: „dürfte nur wenige zufriedenstellen [...] Ich wage hingegen die Prognose, dass sich in der tagtäglichen Praxis weitaus weniger ändern wird als gedacht“; Brocke, StraFo 2013, 441 [441].

indem an den verfassungsrechtlich unbedenklichen Gestaltungsspielraum erinnert wird. Die vorliegende Arbeit stellt die These auf, dass der Gesetzgeber nur dann eine Chance hat, die Subjektstellung des Beschuldigten vor unseren Gerichten wiederzubeleben, wenn er von seinem Recht zum Experimentieren – im positivsten denkbaren Sinne – Gebrauch macht. Dies ist sogar seine Pflicht, wenn ansonsten eine Erosion der höchsten Rechte des Angeklagten im Strafprozess zu befürchten ist. Den Anspruch der Entwicklung eines umfassenden Reformkonzepts erhebt diese Untersuchung jedoch nicht. Sie will dem Gesetzgeber nicht vorgreifen, sondern nur anregen, steht sie doch unter dem Stern, dass sich die Legislative noch vor jeglichen Reformüberlegungen von Forderungen Dritter frei machen und dem eigenen Gerechtigkeitsempfinden Raum schaffen sollte.

Ausgangspunkt für die Untersuchung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums wird das in der Praxis viel beachtete Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 bilden. Die auf diese Entscheidung ergangenen Reaktionen in Rechtsprechung, Lehre und Praxis lassen erkennen, dass ihm eine erhebliche, zumindest faktische Bindungswirkung für das Recht der Verständigungen und die gesetzliche Regelung konsensualer Verfahrensformen zugesprochen wird. Es wird daher nachstehend versucht, die Aussagen im Verständigungsurteil zumindest teilweise von ihrer Apodiktik zu „entzaubern“, indem sie in einen größeren historischen Kontext eingebettet werden.

B. Gang der Untersuchung

In Anbetracht des Forschungsziels wird die vorliegende Untersuchung den Aussagegehalt des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013¹⁸ (*Verständigungsurteil*) erfassen, kritisch würdigen und die Strafprozessordnung auf Reformbedarf hin untersuchen, der sich aus den Implikationen des Verständigungsurteils ergeben könnte.

Die einzige Äußerung des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Verständigungsverfahrens lag im Jahr 2013 bereits 26 Jahre zurück. In der Folgezeit fächerte sich in der wissenschaftlichen Diskussion sowie auf höchstrichterlicher Ebene ein höchst inhomogenes Meinungsspektrum zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Verständigungen auf. Diese Entwicklung wird im Folgenden dargestellt, um die Ausgangslage des Gesetzgebers und die Erwartungshaltung an das Verständigungsurteil zu präzisieren, bevor der Hintergrund und der Aussagegehalt des Verständigungsurteils vorgestellt werden (vgl. hierzu Kapitel 3).

Das Verständigungsurteil beschränkt sich nicht auf die Auslegung von Verfassungsrecht, sondern enthält auch teils sehr detaillierte Ausführungen

¹⁸ BVerfG, Ur. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11 = BVerfGE 133, 168.

zum einfachen Recht. Diese betreffen nicht nur die unmittelbaren Folgen für die Anwendung des Verständigungsgesetzes, wie der Transparenz- und Dokumentationspflichten oder der zulässigen Gegenstände der Verständigung. Behandelt werden auch die Voraussetzungen und Grenzen der Revisibilität der Vorschriften des Verständigungsgesetzes. In der verworrenen Diskussion um die Zulässigkeit und die Grenzen von Verständigungen im Strafverfahren entfalteten diese Aussagen eine erhebliche faktische wie politische Schlagkraft. Um zu vermeiden, dass sich der Gesetzgeber bei seiner Reformentscheidung, insbesondere aufgrund des genossenen tiefen Institutionenvertrauens des Bundesverfassungsgerichts,¹⁹ grundlos über Maß in seiner Handlungsfähigkeit einschränkt, ist es von herausragender Bedeutung, den Umfang der Bindungswirkungen des Urteils für sämtliche seiner Ausführungen zu bestimmen (vgl. hierzu Kapitel 4).²⁰

Ausgehend hiervon sollen die einzelnen Implikationen des Verständigungsurteils für das dem Verständigungsrecht zu Grunde zu legende Verfassungsrecht und das einfache Recht untersucht werden. Da das Verständigungsurteil Aussagen zu zahlreichen verfassungsrechtlichen Topoi und Gewährleistungen trifft, sind diese aufgrund der Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts²¹ und seiner Autorität für die verfassungsrechtliche Exegese²² zum Zwecke der Fortführung der verfassungsrechtlichen (wie auch einfachrechtlichen) Diskussion zu extrahieren. Die saubere, detaillierte und kritische Analyse dieses Judikats und seine Einordnung in die bisherige Diskussion erscheint von größerem Gewinn, als die Darstellung einer weiteren, deduktiv begründeten Auffassung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelung von Verständigungen.

An dieser Stelle verfolgt die vorliegende Arbeit das Ziel, überwiegend immanent zu kritisieren, d.h. das Verständigungsurteil auf seine Schlüssigkeit und konsistente Einbettung in die bisherige verfassungsrechtliche Rechtsprechung abzuklopfen. Nur soweit es zur Demonstration fehlender Überzeugungskraft erforderlich ist, soll auch Standpunktkritik geübt werden. Der die Vermutung des Reformbedarfs bestätigende beeindruckende Befund des Verständigungsurteils eines hochgradigen Normbefolgungswiderstands seitens der Praxis erfordert eine Schwerpunktsetzung bei der Prüfung, ob das Verfassungsgefüge für eine liberalere, einfachrechtliche Gestaltung des Verständigungsrechts empfänglich ist (vgl. hierzu Kapitel 5).

¹⁹ Plöhn, in: Hdb. Politisches System, 3. Aufl. 2005, 309 [325]; vgl. generell zum Institutionenvertrauen Rölle/Druml, DÖV 2013, 540 [passim].

²⁰ S. im Einzelnen zum Inhalt des Verständigungsurteils unten S. 45 ff.

²¹ Vgl. Rupp-von Brünneck, AöR 102 (1977), 1 [4 f.]; Böckenförde, NJW 1999, 9 [12]; Brodocz, in: Vorländer, Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, 2006, S. 175 [193 ff.]; Austermann, DÖV 2011, 267 [272].

²² Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 548; vgl. auch Bittmann, ZWH 2014, 249 [249].

Ihre Bindungswirkung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG unterstellt, wird auch die Analyse der einfachrechtlichen Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts beleuchtet werden. Geboten erscheint hier, nicht nur die Schlüssigkeit der Argumentation mit Blick auf ihre Konsistenz mit der einfachrechtlichen Dogmatik zu prüfen. Da der Fokus der Arbeit auf den Implikationen des Verständigungsurteils auf das Verfassungsrecht liegt, erhebt die Darstellung der einfachrechtlichen Zusammenhänge indes keinen Anspruch auf eine erschöpfende Bewertung sämtlicher aktuellen Diskussionsschwerpunkte im Sinne einer umfassenden Kommentierung. Gefragt wird vielmehr, ob die einfachrechtliche Auslegung des Verständigungsgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht dogmatisch vertretbar ist. Ferner hat diese Untersuchung das Ziel, abzuschätzen, ob durch diese Auslegung neue neuralgische Punkte des Verständigungsgesetzes geschaffen werden. Dies gilt umso mehr, als vor dem Hintergrund ihres Entstehungsprozesses die Attraktivität von Verständigungen weitgehend erst die Entwicklung des Verständigungsgesetzes angestoßen und seine Existenz zum Teil wohl auch legitimiert hat.

Einfaches Recht und Verfassungsrecht sind miteinander verwoben. Ohne Verständniseinbußen wäre eine messerscharfe Trennung der verfassungs- und einfachrechtlichen Ebene nicht durchgehend zu bewerkstelligen. Vor diesem Hintergrund wird die Trennung stellenweise durchbrochen, wenn dies angezeigt erscheint, um die gegenseitige Ausstrahlungswirkung der Bereiche zu visualisieren (vgl. hierzu Kapitel 6).

Entscheidet sich der Gesetzgeber zur Beibehaltung der gegenwärtigen gesetzlichen Ausgestaltung des Verständigungsverfahrens, hat er zur Vermeidung von Grenzüberschreitungen der Verfahrensbeteiligten im Rahmen des Verständigungsverfahrens ausreichende Sicherungen zu treffen.

Der *Zweite Senat* des Bundesverfassungsgerichts benannte im Verständigungsurteil beeindruckende Straftatbestände, die zur Einhaltung der gegenwärtigen gesetzlichen Regeln anhalten sollen. Diese sollen eingehend daraufhin untersucht werden, ob sie zur Abschreckung vor der Durchführung sog. informeller Verständigungen taugen. Für bereits rechtskräftige Urteile könnte das Verständigungsurteil zudem erleichterte Voraussetzungen für die Durchbrechung der Rechtskraft im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens (§§ 359 ff. StPO) statuieren. Angestoßen werden diese Überlegungen durch den kategorischen Ausschluss informeller Verständigungen im Verständigungsurteil und eine entsprechende Entscheidung des OLG München aus dem Jahr 2013²³, das unter Rekurs auf das Verständigungsurteil sogar auf die Nichtigkeit eines gegen die Regeln des Verständigungsgesetzes zu Stande gekommenen Urteils erkannte (vgl. hierzu Kapitel 7).

Die so gefundenen Erkenntnisse werden zum Anlass genommen, der Notwendigkeit von Reformen im Recht der Verständigung (und der Zugänglich-

²³ OLG München, Beschl. v. 17.5.2013 – 2 Ws 1149, 1150/12 = NJW 2013, 2371.

keit des einfachen Strafprozessrechts hierfür) nachzugehen. Dies gilt nicht nur für etwaige methodische Brüche oder Präzisierungsbedarf im einfachen Recht. Die Reformnotwendigkeit soll vor allem mit Blick auf etwaige verfassungsrechtliche Bedenklichkeiten bzw. Freiräume des *status quo* aufgearbeitet sowie aus den konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen der Praxis gespeist werden. Darf der „Zeitgeist“ als Triebfeder etwaiger Reformen nicht unterschätzt werden²⁴, spiegelt sich dieser vermutlich nirgendwo so deutlich wider, wie in der stillen, massenhaften „Abstimmung mit den Roben“. Diese ist als beachtliches Normvollzugsdefizit anlässlich des Verständigungsurteils zu Tage getreten. Es soll ebenso als Ansatzpunkt für die Richtung einer Reform dienen wie die bislang beobachteten Tendenzen in den Mühlen der Gesetzgebung und die daraus ablesbaren Gerechtigkeitsvorstellungen. Lediglich am Rande wird Stellung genommen werden zu methodischen Imponderabilien des Gesetzes, soweit diese vom Bundesverfassungsgericht nicht angesprochen wurden und soweit es sich anbieten würde, diese im Zuge einer Gesetzesreform ohnehin auszulöschen (vgl. hierzu Kapitel 8).

Es wurde bereits angedeutet, dass der Bundesgerichtshof vor dem Erlass des Verständigungsgesetzes durch detaillierte richterrechtliche Regeln den Grundstein für die gesetzliche Kodifikation legte. Die Leitentscheidungen BGHSt 43, 195 und BGHSt 50, 40 sowie die gesamte Rechtsprechung zum einfachen Recht wurden in der Vergangenheit bereits umfassend aufgearbeitet.²⁵ Die vorliegende Arbeit setzt deren Inhalt daher als bekannt voraus und wird auf sie nur an gegebener Stelle eingehen. Soweit nicht für die rechtliche Argumentation von Bedeutung, werden auch rechtstatsächliche Ursachen für Verständigungen nicht näher beleuchtet. Kein Gegenstand dieser Untersuchung ist zudem die Möglichkeit der Einführung von Verständigungen in das Verfahren vor dem Jugendgericht.²⁶

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass auf den ersten sich überhaupt mit Verständigungen befassenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 1987²⁷ hin *Hassemer* schon im Jahre 1988 die bis zu diesem Zeitpunkt entflammte rege Diskussion zur Verständigung mit den Worten skizzierte, „dass die Auseinandersetzung [...] noch lange nicht zu Ende sein“ dürfte.²⁸ Ein Jahr später monierte eben dieser beunruhigt in einer weiteren Publikation, dass die „Literatur zu diesem Thema [...] derzeit beängstigend“

²⁴ S. nur *Zippelius*, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 1994, S. 157.

²⁵ *Müller*, *Probleme*, 2008, S. 185 ff., 262 ff.; *J. Heller*, *Urteilsabsprache*, 2004, S. 67 ff.; *Dahs*, *NSZ* 2005, 580; *Niemöller*, in: *N/S/W*, *Gesetz zur Verständigung*, 2010, Teil A Rn. 13 ff.

²⁶ Hierzu jüngst etwa *M. Heller*, *No big deal*, 2012, S. 253 ff.; *Beier*, *Zulässigkeit und Modalitäten von Verständigungen im Jugendstrafrecht*, 2014.

²⁷ Hierzu ausf. unten S. 11 ff.

²⁸ *Hassemer*, *JuS* 1988, 306 [306].

wachse.²⁹ Dass 26 Jahre später weder die einfachrechtliche, noch die verfassungsrechtliche Rechtslage zur Verständigung zur Ruhe gekommen sein würde, wird auch für ihn eher nicht denkbar gewesen sein. Die Literatur zu „diesem Thema“ nahm nicht nur unvorstellbare Ausmaße an, die Verständigung generierte sich zu „dem Thema“ des Strafprozesses schlechthin.³⁰ Es existiert eine unübersehbare Fülle an Literatur, insbesondere Gesamtdarstellungen³¹ zur „Gretchenfrage der Strafjustiz“³². Mit der – kritisch bäugten – Regelung der Verständigung als vermeintlich zweifelhafter „Degenerationserscheinung“³³ hat indes nicht nur die Flut der Literatur nicht abgenommen. Obendrein hat sich an das Erscheinen des Verständigungsurteils eine „nicht abrei-

²⁹ Hassemer, JuS 1989, 890 [891].

³⁰ Hassemer, in: FS Hamm, 2008, 171 [181]; Venzke, StraFo 2012, 212 [212]; Kudlich, ZRP 2015, 10 [10]: „unübersehbare[n] Flut“ von Literatur.

³¹ Radtke, in: FS OLG Celle, 2011, 515 [518]: „Die Zahl der einschlägigen Beiträge ist mittlerweile unübersehbar, die der dazu verfassten Monographien beeindruckend.“; Britz, jM 2014, 301 [305]; eine Auswahl allein aus der Flut der Monographien (Gesamtdarstellungen): Rönnau, Absprache, 1990; Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, 1990; Kremer, Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozeß, 1994; Tschewinka, Absprachen im Strafprozeß, 1995; Gerlach, Absprachen im Strafverfahren: ein Beitrag zu den Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im Strafverfahren, 1992; Braun, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998; Bogner, Absprachen im deutschen und italienischen Strafprozessrecht, 2000; Ioakimidis, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, 2001; Bömeke, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren: eine rechtsvergleichende Untersuchung der Folgeprobleme strafprozessualer Verständigung, 2001; F. Meyer, Rechtsmittelverzicht, 2003; Festa, Absprachen im deutschen und italienischen Strafprozeß: eine rechtsvergleichende Arbeit auf der Suche nach Lösungsansätzen für eines der großen Probleme im deutschen Strafprozess, 2003; Dreher, Kontrollierbarkeit konsensualer Verfahrensweisen am Beispiel des US-amerikanischen Strafprozessrechts, 2003; Moldenhauer, Absprachen, 2004; Graumann, Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen, 2006; Schöch, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007; Hauer, Geständnis und Absprache, 2007; Huttenlocher, Dealen wird Gesetz – die Urteilsabsprache im Strafprozess und ihre Kodifizierung, 2007; Müller, Probleme, 2008; Vierung, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems im Strafverfahren: Voraussetzungen und Grenzen unter Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009; Saal, Absprachen im deutschen und polnischen Strafprozess: eine rechtsvergleichende Darstellung des Konsensualverfahrens, 2009; Hildebrandt, Verständigung, 2010; Seppi, Absprachen im Strafprozess: der Versuch der Quadratur des Kreises, 2011; J. Peters, Urteilsabsprachen, 2011; Niemz, Urteilsabsprachen, 2011; Stephan, Der abgesprochene Rechtsmittelverzicht im Strafprozess, 2011; M. Heller, No big deal, 2012; Laliashvili, Abspracheverfahren im deutschen, US-amerikanischen und georgischen Strafverfahrensrecht in vergleichender Sicht, 2012; Krause, Verständigung, 2013; Sauer/Münkel, Absprachen im Strafprozess, 2. Aufl. 2014.

³² Demuth, AnwBl 2013, 45 [45].

³³ Britz, jM 2014, 301 [306].

ßende Serie“³⁴ von gerichtlichen Entscheidungen angeschlossen, in denen die Straf- bzw. Revisionsgerichte damit kämpfen, die Anforderungen des *Zweiten Senats* in das einfache Recht zu übersetzen. Ansprüche auf eine vollständige Rezeption der Literatur und Rechtsprechung bzw. auch nur ansatzweise erschöpfende Darstellung müssen an dieser Stelle daher zurückgewiesen werden.

Schließlich darf ein Hinweis auf die in dieser Untersuchung verwendete Terminologie nicht fehlen. Mit dem bereits erwähnten Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009³⁵, in Kraft getreten am 4. August 2009, hat der Gesetzgeber zum Ende der 16. Legislaturperiode die bisherige Verständigungspraxis in Gesetzesform gegossen. Dieses Änderungsgesetz wird im Folgenden als *Verständigungs-Änderungsgesetz* bezeichnet.

Ist nachstehend hingegen vom *Verständigungsgesetz* die Rede, so ist hiermit – aus Gründen der besseren Lesbarkeit – die Gesamtheit der durch das Verständigungs-Änderungsgesetz in die StPO neu eingeführten und modifizierten Normen gemeint. Dies sind die §§ 160b, 35a Satz 2, 44a Satz 2, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 257c, 267 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 Satz 2, 273 Abs. 1, Abs. 1a und 302 Abs. 1 Satz 1 StPO in der Fassung zum Stand der Bearbeitung.

Schließlich sollen für jede Form eines zum Verfahrensabschluss führenden Konsenses die Begriffe der *Verständigung* und der *Absprache* gleichberechtigt verwendet werden. Der Begriff der Verständigung entspricht nicht nur der Wahl des Gesetzgebers, sondern ist gegenüber dem „Deal“ nach hiesiger Auffassung der wertneutralste Begriff.³⁶ Über den Begriff der *Erörterungen* herrscht Streit, er wird an der hierfür vorgesehenen Stelle diskutiert.³⁷

³⁴ *Knauer*, NStZ 2014, 113 [115].

³⁵ BGBl. I v. 3.8.2009, S. 2353.

³⁶ Vgl. auch *Wohlers*, NJW 2010, 2470 [2473].

³⁷ S. unten S. 322, 326, 331, 341.

Kapitel 2

Verfassungsrechtliche Aufarbeitung der Anforderungen an die Verständigung vor dem Verständigungsurteil

Die Tragweite des Verständigungsurteils offenbart sich erst im Lichte der bis zu seinem Ergehen existenten Rechtsprechung, die sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Verständigungen befasste. Diese Rechtsprechung sei daher im Folgenden grob skizziert, soweit sie für die nachfolgende Argumentation von elementarer Bedeutung ist. Dies gilt insbesondere für die Verortung und Gewichtung der durch Verständigungen berührten Verfassungsprinzipien.

Der nachfolgende Abriss teilt sich einerseits in die Zeit bis zum Erlass des Verständigungsgesetzes (A.) und andererseits von diesem Zeitpunkt an bis zum Ergehen des Verständigungsurteils (B.).

A. Diskussionsstand vor Erlass des Verständigungsgesetzes

Die verfassungsrechtliche Aufarbeitung der Verständigung war vor allem aufgrund ihres Ursprungs in der Praxis in ihren Anfängen ungeliebt.¹ *Zuck* erklärt dies mit ihrem Ruf unter Praktikern als „theorisierend-weltfremd“ und bezieht sich zum Beleg auf einen „angesehenen Kammervorsitzenden und Kommentator“, der seinem neuen Kammerbeisitzer ans Herz gelegt haben soll: „Für das Verfahren haben wir die StPO. Wenn Sie sich weiter ständig auf das Grundgesetz berufen, können Sie in dieser Kammer nichts werden!“²

Mit der zunehmenden Verlagerung der Diskussion über die Verständigungspraxis in die Literatur und somit in die breite juristische Öffentlichkeit ließ sich eine Konfrontationstherapie mit dem Grundgesetz indes nicht vermeiden. Die Frage, ob die Praxis der Verständigung „in zentrale Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens systematisch ein[greife], nämlich in

¹ Erste tieferegehende verfassungsrechtliche Aufarbeitungen entstanden Anfang der 1990er Jahre im Anschluss an die sogleich zu besprechende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 27.1.1987 – 2 BvR 1133/86 = NJW 1987, 2662, vgl. etwa *Siolek*, DRiZ 1989, 321; *Rönnau*, Absprache, 1990, S. 180 ff.

² *Zuck*, MDR 1990, 18 [18, 19 Fn. 16].

Wahrheitsermittlung, Unschuldsvermutung, Verfahrensöffentlichkeit“ sollte dagegen nicht nur bis zum Erlass des Verständigungsgesetzes,³ sondern auch in der Folgezeit ungeklärt bleiben. Dies war freilich auch dem Umstand geschuldet, dass weder das Bundesverfassungsgericht (I.), noch der Bundesgerichtshof (II.) bis zum Ergehen des Verständigungsurteils zur Erteilung eindeutiger Antworten bezüglich der Vereinbarkeit der Verständigung mit dem geltenden Strafprozessrecht genötigt waren.

I. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Bis zum Ergehen des Verständigungsgesetzes war die Dichte der obergerichtlichen Entscheidungen gering, war es doch regelmäßig gerade Ziel der Absprache, die Entscheidung rechtskräftig werden zu lassen und waren Rechtsmittelverzichte geradezu kennzeichnender Bestandteil von Absprachen.⁴

Erst fünf Jahre nach dem Aufsehen erregenden Aufsatz *Weiders*⁵ und dem Anstoß einer öffentlichen Diskussion⁶ hatte der *Zweite Senat* des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1987 die Gelegenheit, zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Verständigungen Stellung zu nehmen. Dieser ersten Verfassungsbeschwerde lag aber eine atypische Konstellation zu Grunde. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ließen daher – zum Nachteil für die weitere Rechtsentwicklung – kaum eine Subsumtion zu.

1. Nichtannahmebeschluss vom 27. Januar 1987 (2 BvR 1133/86)

Dem Nichtannahmebeschluss vom 27. Januar 1987 lag die Rüge des Beschwerdeführers zu Grunde, aufgrund einer unzulässigen Urteilsabsprache verurteilt worden zu sein.⁷ Das Bundesverfassungsgericht konnte im Rahmen der „besonderen Sachverhaltsgestaltung“ eine Verletzung von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten indes nicht erkennen.

Der Beschwerdeführer hatte nach einer außerhalb der öffentlichen Hauptverhandlung erfolgten Verständigung in der Hauptverhandlung vor dem

³ *Hassemer*, in: FS Hamm, 2008, 171 [182].

⁴ *Dahs*, NStZ 1988, 153 [157]; *Wolfslast*, NStZ 1990, 409 [410]; *Dahs*, NStZ 2005, 580 [580] „Rechtsmittelverzicht als Bestandteil einer Absprache wegen seiner Einbindung in eine fast als synallagmatisch zu bezeichnende Beziehung ein *aliud* gegenüber dem klassischen Rechtsmittelverzicht“; *Niemöller*, in: N/S/W, Gesetz zur Verständigung, 2010, Teil A, S. 12; *ders.*, NStZ 2013, 19 [19] „Der Rechtsmittelverzicht gehört zur Verständigung wie die Butter zum Brot“; vgl. auch *Landau/Eschelbach*, NJW 1999, 321 [326].

⁵ Unter dem Pseudonym *Deal*, StV 1982, 545 ff.

⁶ Vgl. die Publikationen von *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, 1017; *ders.*, StV 1986, 355; *Widmaier*, StV 1986, 357.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.1.1987 – 2 BvR 1133/86 = NJW 1987, 2662 [2662] mit Anm. *Gallandi*, NStZ 1987, 420.