Aufsätze

Stud. jur. Jan Fluschnik, Greifswald*

„Meine Herren, können Sie sich denn nicht einigen!“ **
Absprachen im Strafverfahren und Vorschläge zur gesetzlichen Regelung

Ziel dieses Aufsatzes ist zum Einen, den Kommilitonen und Kommilitoninnen einen Einstieg in die Problematik der Absprachen zu bieten. Zum anderen sollen die wesentlichen Vorschläge für eine gesetzliche Regelung miteinander verglichen werden und dazu einige Stimmen der Literatur und ggf. die Stimme des Autors zu Wort kommen.

Vor etwa 25 Jahren zitierte ein gewisser „Detlef Deal“ einen Richter. Dabei ging es dem Richter aber nicht darum, die Parteien eines Zivilprozesses, zum Beispiel in einem Kündigungsschutzprozess oder in einem Mietstreit, zu einer Einigung zu bewegen. Herr „Deal“ beschrieb einen Prozess vor einer Strafkammer eines Landgerichts. Der anonyme Autor wollte mit seinem Aufsatz das Schweigen zu Absprachen im Strafverfahren brechen. Diese Absprachen wurden zunehmend praktiziert, obwohl sie in einem starken Spannungsverhältnis mit grundlegenden Prinzipien des deutschen Strafrechts standen und nach wie vor stehen. Zudem waren und sind Absprachen nicht gesetzlich geregelt. Nach dem Enthüllungsaufsatz des Herrn „Deal“[1] begann tatsächlich eine umfassende Diskussion um die Zulässigkeit, bzw. Grenzen der Absprachen in Rechtsprechung und Literatur.[2] Nachdem der Große Strafsenat des BGH den Gesetzgeber schließlich mehrfach und eindringlich mahnte, sich endlich des Problems anzunehmen,[3] ist nun Bewegung in das Ringen um eine gesetzliche Regelung der Absprachen gekommen. Ziel dieses Aufsatzes ist zum Einen, den Kommilitonen und Kommilitoninnen einen Einstieg in die Problematik der Absprachen zu bieten. Zum anderen sollen die wesentlichen Vorschläge für eine gesetzliche Regelung miteinander verglichen werden und dazu einige Stimmen der Literatur und ggf. die Stimme des Autors zu Wort kommen.

I. Wie sehen Absprachen in der Praxis aus?

Zunächst soll gezeigt werden, wie Absprachen[4] in der Praxis überhaupt aussehen. Da Absprachen aber außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden und zudem eben keine gesetzliche Regelung zu ihnen existiert, ist die „Gattung“ der Absprachen sehr vielfältig. Deshalb kann die folgende Darstellung nicht abschließend sein.

1. Mögliche Inhalte

Geschlossen werden Absprachen in der Regel zwischen der Staatsanwaltschaft, dem Gericht (d. h. zumindest mit dem Vorsitzenden) und der Verteidigung. Meistens liegen den abgesprochenen Strafverfahren äußerst komplizierte Verfahren von erheblichem Umfang zu Grunde, vor allem Wirtschaftstrafverfahren und Strafverfahren, die Bezüge zur Organisierten Kriminalität aufweisen (hauptsächlich Delikte der internationalen Rauschgiftkriminalität[5], aber auch Schleusungsdelikte bis hin zum Menschenhandel, sowie Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung).[6] Daher finden Absprachen auch fast kaum an Amtsgerichten, dafür aber umso häufiger bei den Landgerichten und höherrangigen Gerichten statt.

Inhalt der Absprachen ist meist folgender: Die häufigste und wichtigste „Leistung“[7] des Angeklagten ist ein (bisher oft „schlankes“[8]) Geständnis abzulegen, nachdem er den „erfolgreichen Verhandlungen“ seines Verteidigers zugestimmt hat. Warum ist das Geständnis „schlank“? Entweder der Angeklagte bestätigt die Anklagevorwürfe lediglich als richtig oder es gibt sogar nur der Verteidiger

---

* Der Verfasser studiert im 6. Semester Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand als Ausarbeitung eines Referats, das der Verfasser im Sommersemester 2007 im Rahmen der von *Dr. Christine Morgenstern,* wiss. Mit. am Lehrstuhl für Kriminologie *(Prof. Dr. Frieder Dünkel),* gehaltenen Vorlesung Strafprozessrecht vorgetragen hat. Der Verfasser dankt der Redaktion von GreifRecht für die Lektorierung des Textes.

** „Detlef Deal“, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, 545 (550).

1 Nach *Matthias Jahn/Martin Müller*, Der Widerspenstigen Zähmung – Aktuelle Gesetzgebungsvorschläge zu den Urteilsabsprachen im Strafprozess, JA 2006, 681, dort Fn. 1, handelte sich dabei um *Hans-Joachim Weider*, der inzwischen an der Erarbeitung des Gesetzesvorschlages des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (siehe Fn. 77) beteiligt war.

2 Siehe Nachweise bei *Werner Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 394.

3 BGH, Beschl. d. Großen Strafsenats (GSSt) v. 03.03.2005, NJW 2005, 1440 (1443, 1444, 1446 f.); die Großen Senate des BGH entscheiden nur in sehr seltenen Fällen, vgl. das Verfahren gem. § 132 GVG.

4 Vgl. Stellungnahme Nr. 46/2006 des DAV, S. 3, http://www.anwaltverein.de/03/05/2006/46-06.pdf, abgerufen am 28.06.2007: je nach Grundeinstellung des Betrachters auch „Verständigung“ (harmloser) oder „Deal“ (anrüchig) genannt.

5 Siehe schon „*Detlef Deal*“, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, 545 (550).

6 *Elisabeth Heister-Neumann*, Absprachen im Strafprozess – Der Vorschlag Niedersachsens zu einer gesetzlichen Regelung, ZRP 2006, 137.

7 Man sollte sich immer wieder vergegenwärtigen, dass es hier nicht um einen Vergleich in einem Zivilprozess geht, sondern um gesetzlich nicht geregelte „Absprachen“ in einem Strafverfahren.

8 *Bernd Schünemann/Judith Hauer*, Absprachen im Strafverfahren – Zentrale Probleme einer künftigen gesetzlichen Regelung, AnwBl. 2006, 439 (441 f.); dies bestätigen nicht zuletzt die Ergebnisse einer empirischen Untersuchung an den Wirtschaftsstrafkammern in NRW, bei der 142 Juristen mit einem Tätigkeitsschwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht (alle Vorsitzenden Richter an Wirtschaftsstrafkammern, sowie je 50 Staatsanwälte und Verteidiger) zu ihren Erfahrungen mit Urteilsabsprachen interviewt wurden, vgl. *Karsten Altenhain/Ina Hagemeier/Michael Haimerl*, Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse, NStZ 2007, 71 (76).

eine ersetzende Erklärung ab.[9] Mittlerweile hat der BGH mehrfach ausdrücklich klargestellt, dass ein solches „inhaltsleeres Formalgeständnis" verständlicherweise für eine Strafmilderung nicht ausreicht.[10] Daneben verzichten Angeklagter und Verteidiger häufig darauf, (weitere) Beweisanträge zu stellen, zum Teil sagt der Angeklagte zu, Schadensersatz an den Verletzten zu leisten (vgl. dazu § 46a StGB).[11] Dies geschieht oft zusätzlich zu dem Geständnis, mitunter auch anstatt des Geständnisses. Das Gericht kündigt dagegen als „Gegenleistung" fast immer an, eine bestimmte Strafobergrenze nicht zu überschreiten.[12] Jene Strafobergrenze stellt aber in der Praxis häufig die später verhängte Strafe dar.[13] Der Grund dafür erscheint einleuchtend: Die Strafobergrenze stellt für die Verfahrensbeteiligten häufig die jeweilige „Schmerzgrenze" dar,[14] d. h. darunter möchten die Staatsanwaltschaft (und/oder das Gericht), darüber dagegen der Verteidiger und der Angeklagte nicht gehen. Manchmal sagt die Staatsanwaltschaft auch zu, das Verfahren einzustellen (vgl. § 153a Abs. 1 StPO) oder neben/anstatt der Strafobergrenze des Gerichts andere möglicherweise begangene Straftaten des Angeklagten nicht mehr zu verfolgen (vgl. § 154 StPO).[15] „Erwünscht" ist weiterhin ein allseitiger Rechtsmittelverzicht (vgl. § 302 Abs. 1 S. 1 StPO). Nur „erwünscht" ist der Rechtsmittelverzicht deshalb, weil der BGH mehrmals und ausdrücklich untersagt hat, einen Rechtsmittelverzicht verbindlich vor der Urteilsverkündung zu vereinbaren, bzw. auf den Verzicht hinzuwirken.[16] Dennoch wird in Praxis der allseitige Rechtsmittelverzicht nach der Urteilsverkündung mindestens stillschweigend von allen Beteiligten vorausgesetzt.[17]

2. Motivation der Beteiligten zum „Absprechen"

Die Motivation, sich auf eine Absprache einzulassen, wird unterschiedlich sein:[18] Auf Seiten der Justiz wird vor allem versucht, die knappen Ressourcen durch ein möglichst rasches Verfahren zu schonen.[19] So sind zum Beispiel große Fälle der Wirtschaftskriminalität meist so umfangreich und rechtlich so kompliziert, dass sie kaum noch verhandelbar sind, und die Strafkammer jahrelang blockieren.[20] Mit anderen Worten sind die Gerichte und Staatsanwaltschaften mit der Flut von Verfahren schlicht überlastet. Angeklagter und Verteidigung wollen dagegen das für den Angeklagten günstigste Ergebnis erreichen.[21] Als weitergehende Ursachen werden die Ungewissheit über die Strafe, aber auch die Verteidigungsstrategie der Anwälte genannt, die ausgeprägten Verteidigerrechte im Zwischen- und Hauptverfahren aus der StPO voll auszuschöpfen, um den vorausgegangenen, umfangreichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft entgegenzutreten.[22] Daher gibt es auch nur eine sehr geringe Freispruchquote.[23] Vermutet wird auch, dass die breite Akzeptanz der Absprachen mit einem Vordringen konsensualer Elemente in der StPO und einem veränderten Autoritätsverständnis zusammenhänge.[24] Dieses Verständnis räume im Gegensatz zur ersten Reichsstrafprozessordnung von 1877, wo eine von hoher Hand verhängte Maßnahme erduldet werden sollte, der Akzeptanz der Sanktion durch den Angeklagten mehr Raum ein.[25]

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die typische Absprache so aussieht, dass der Angeklagte ein Geständnis ablegt und dafür vom Gericht eine Strafobergrenze zugesagt bekommt.[26]

II. Grundlegende Probleme hinsichtlich der tragenden Grundprinzipien des deutschen Strafverfahrens

Mit welchen tragenden Grundprinzipien des deutschen Strafverfahrensrecht geraten solche Absprachen in Konflikt? An welchen Stellen ergeben sich vielleicht Rechtfertigungsmöglichkeiten?

Probleme ergeben sich zum Beispiel im Hinblick auf das Legalitätsprinzip (vgl. §§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 StPO), wenn die Staatsanwaltschaft zusagt, bestimmte Straftaten nicht mehr weiterzuverfolgen. Schließlich steht der staatliche Strafanspruch grundsätzlich nicht zur Disposition der Staatsanwaltschaft und des Gerichts.[27] Aus dem Anklagemonopol des Staates folgt grundsätzlich der Verfolgungs- und Anklagezwang.[28]

Das Legalitätsprinzip, besser gesagt das es ergänzende Opportunitätsprinzip (vgl. §§ 154 ff. StPO), ist aber auch der erste Hauptanknüpfungspunkt derjenigen, die Ab-

9 *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (442); *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (76).

10 BGH (Fn. 3), 1440 (1442); BGH, Urt. v. 26.01.2006 – 3 StR 415/02.

11 *Uwe Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 688.

12 *Hellmann* (Fn. 11).

13 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (73).

14 *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (442).

15 *Claus Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 15 Rn. 6.

16 BGH, Urt. v. 28.08.1997 – 4 Str 240/97 –, BGHSt 43, 195 (204 f.); BGH (Fn. 3), 1440 (1445 f.).

17 Vgl. *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (76), wonach etwa 80 % der Befragten einen solchen Konsens als typisch für eine Absprache halten.

18 Interessant dazu: *Gerhard Jungfer*, Zur Psychologie des Vergleichs im Strafverfahren, StV 2007, 380 ff.

19 Bundesministerium der Justiz (BMJ), Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, S. 9, Stand: 18.05.2006, abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/media/archive/1234.pdf (abgerufen am 28.06.2007).

20 *Klaus Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 2.

21 BMJ (Fn. 19); *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (72).

22 Vgl. *Jürgen Wolter*, in: SK-StPO, Vor § 151 Rn. 68.

23 *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (444) sehen sie bei 3 %.

24 *Hans Heiner Kühne*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. G, Rn. 58.

25 *Kühne* (Fn. 24).

26 *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (440), sprechen vom „Prototyp" der Absprachen.

27 *Hellmann* (Fn. 11), Rn. 688.

28 *Roxin* (Fn. 16), § 15 Rn. 5.

sprachen auch dogmatisch rechtfertigen wollen. Zahlreiche Vorschriften der StPO würden inzwischen das Einverständnis einzelner oder aller Verfahrensbeteiligter mit einer bestimmten Maßnahme voraussetzen (z. B. §§ 153 Abs. 2 S. 1, 153 a Abs. 2 S. 1, 153 b Abs. 2, 154 Abs. 2, 154 a Abs. 2, 251 Abs 1 Nr. 4, Abs. 2 S. 1, 265 a, 266 Abs. 1, 303 StPO), weshalb sich Absprachen in dieses System einfügen würden.[29]

Sehr schwerwiegende Probleme ergeben sich auch im Hinblick auf den Ermittlungsgrundsatz (vgl. §§ 155, 244 Abs. 2 StPO), vor allem wenn das Gericht ein abgesprochenes Geständnis zur Grundlage seines Urteils macht. Es droht hier eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht, der Pflicht, die materielle Wahrheit zu ermitteln.[30]

Es besteht auch die Gefahr, dass das Erfordernis schuldangemessenen Strafens (§ 46 StGB) aus dem Blick gerät, insbesondere wenn über die Grenzen des im Strafverfahren inzwischen begrenzt zugelassenen Opportunitätsprinzips hinaus Rechtsfolgen in Aussicht gestellt werden, die in grobem Missverhältnis zum Tatvorwurf stehen.[31]

Absprachen können auch mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens (*fair trial*, vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 S. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte) in Konflikt geraten. Dieses „allgemeine prozessuale Recht mit Auffangcharakter", das auch aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen Rechtsstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1, 2 Abs. 2 S. 2 GG abgeleitet wird, soll die konstitutionelle Überlegenheit der Strafverfolgungsbehörden ausgleichen.[32] Dabei soll das *fair trial*-Prinzip in seiner Ausprägung des Gleichheitssatzes und Diskriminierungsverbots „Waffengleichheit" herstellen.[33] Dazu gehört auch, Vertrauenstatbestände des Angeklagten zu schützen. Ein solcher Vertrauenstatbestand wird geschaffen, wenn Gericht und Staatsanwaltschaft etwas zusagen. Es ist unfair gegenüber dem Angeklagten, der aufgrund seines vorgeleisteten Geständnisses das Risiko trägt, dass die Absprache eingehalten wird, ohne triftigen Grund von ihr abzuweichen.[34] Weil der Angeklagte außerdem meist nicht direkt an den Absprachen beteiligt ist, ist es außerdem denkbar, dass seine Rechte in einem Verfahren zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung vernachlässigt werden.

Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. Art. 3 Abs. 1 GG) gerät in Gefahr, wenn es möglich ist, nur durch Verhandlungsgeschick eine mildere Strafe zu erreichen als in vergleichbaren Fällen. Zudem kommen Straftäter vor dem Amtsgericht oft nicht in den Genuss einer Strafmilderung durch Absprachen.

Auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz (vgl. §§ 250, 261 StPO) ist gefährdet. Wegen der Verhandlungen vor der Hauptverhandlung oder in den Sitzungspausen der Hauptverhandlung ist es zweifelhaft, wie sich das Gericht gem. § 261 StPO noch seine Überzeugung aus den Geschehnissen in der Hauptverhandlung bilden soll. Schließlich soll sich das Gericht in der Hauptverhandlung einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten und den Beweismitteln bilden.[35]

Ebenso ist es zweifelhaft, inwiefern der Grundsatz der freien Beweiswürdigung aller zu erhebenden Beweismittel (vgl. § 261 StPO) gewahrt bleibt. Eine frühzeitige Bindung des Gerichts kann in Widerspruch zum Prinzip der freien richterlichen Überzeugungsbildung treten.[36] Und wie soll das Gericht Beweise würdigen, die es entweder gar nicht oder nur in geringem Umfang erhoben hat?[37] Hier kann sich das Gericht auch der Gefahr der Befangenheit (§ 24 Abs. 2 StPO) aussetzten, da es leicht voreingenommen werden kann und sich kein objektives Bild mehr machen kann.[38] Die gleiche Gefahr kann sich bei gescheiterten Absprachen ergeben.[39] Zudem besteht die Gefahr, dass das Gericht völlig entgegen der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) und des *in dubio pro reo*-Grundsatzes frühzeitig die Schuld des Angeklagten vermutet.[40]

Damit einher gerät der Angeklagte zugleich unter Druck, sich selbst zu belasten, was mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz, dem Grundsatz, dass sich niemand selbst belasten muss, in Konflikt gerät.[41] Besonders augenfällig wird dieser Konflikt, wenn man sich fragt, ob das Ablegen eines Geständnisses gegen die Zusage einer Strafobergrenze nicht ein Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils im Sinne von § 136 a Abs. 1 S. 3 Var. 2 StPO ist.[42] Ebenso problematisch ist es, wenn das Gericht (außerhalb der Hauptverhandlung) Strafmaßalternativen gegenüberstellt, d. h. wenn es die geringere Strafe eines konsensualen Verfahrens (Einigung) der höheren Strafe bei einem streitigen Verfahren (normales Strafverfahren) gegenüberstellt. Das Gericht arbeitet dann mit der sog. „Sanktionsschere", was in der Praxis häufig vorkommt und eines der wirkungsvollsten Instrumente ist, den Angeklagten zur Kooperation an der Absprache

29 *Hellmann* (Fn. 11), Rn. 689; BGH (Fn. 16), 195 (203); dagegen *Thomas Weigend*, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, NStZ 1999, 57 (58), wonach der Vergleich ganz erheblich hinke.

30 *Beulke* (Fn. 2), Rn. 395; nach *Jungfer* (Fn. 18), 380, entstehe die prozessuale, vielleicht auch die materielle, Wahrheit gerade durch „Rede und Gegenrede, geistige Auseinandersetzung, Streitkultur".

31 *Beulke* (Fn. 2), Rn. 395.

32 *Klaus Rogall*, in: SK-StPO, Vor § 133 Rn. 100, 106.

33 *Rogall* (Fn. 32), Vor § 133 Rn. 106.

34 *Volk* (Fn. 20), § 30 Rn. 6.

35 *Roxin* (Fn. 15), § 15 Rn. 10.

36 *Beulke* (Fn. 2), Rn. 395.

37 *Jungfer* (Fn. 18), 380 (384), bezeichnet die Absprache bei unklarem Sachverhalt als „Verdachtsstrafe".

38 *Beulke* (Fn. 36).

39 *Beulke* (Fn. 36).

40 *Beulke* (Fn. 36).

41 *Beulke* (Fn. 36).

42 *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (441).

zu bringen.[43] Wann liegt hierhin eine Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme im Sinne von § 136a Abs. 1 S. 3 Var. 1 StPO? Erst, wenn die Strafmaßalternativen zu weit auseinander liegen,[44] oder liegt bereits in der Zusage einer Strafmilderung die unausgesprochene Drohung mit einer höheren Strafe[45]?

Außerdem finden die Absprachen mündlich statt, dennoch entspricht dies nicht dem Mündlichkeitsgrundsatz (vgl. §§ 261, 264 StPO), denn dabei geht es gerade darum, dass in der Hauptverhandlung mündlich vorgetragen wird.[46]

Gravierende Probleme gibt es schließlich auch mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 GVG). Dieser dient gerade dazu, undurchsichtigem Verhalten der Prozessbeteiligten und Geheimjustiz mit der Kontrolle des Prozesses durch die Öffentlichkeit vorzubeugen. Die Allgemeinheit soll Einblick in die wesentlichen Verfahrensabläufe erhalten, wodurch auch das Vertrauen in die Rechtsprechung der Gerichte gefördert werden soll.[47] Abgesprochen wird aber gerade vor der Hauptverhandlung oder in den Verhandlungspausen, aber eben nicht in der Hauptverhandlung.

Zu Gute kommen die Absprachen vor allem dem Beschleunigungsgebot (vgl. § 229 StPO). Deshalb liegt hier ein weiterer Schwerpunkt der dogmatischen Rechtfertigung von Absprachen. Dieses Argument lässt sich nicht ohne weiteres abtun, wenn man bedenkt, dass die meisten Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aufgrund überlanger Verfahrensdauer ergehen.[48] Zudem bleibe es gegebenenfalls Opfer-Zeugen erspart, vor Gericht noch einmal detailliert die an ihnen begangene Tat zu schildern.[49] Beiträge zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung, vor allem ein Geständnis, könnten daher das Prozessziel des Rechtsfriedens fördern.[50]

Festhalten lässt sich, dass Absprachen, obwohl sie mit konsensualen Elementen in der StPO und dem Beschleunigungsgrundsatz gerechtfertigt werden sollen, dennoch Gefahren für zahlreiche andere tragende Prinzipien des Strafverfahrens, v. a. für den Ermittlungsgrundsatz, den Grundsatz des fairen Verfahrens, den Unmittelbarkeitsgrundsatz, den Grundsatz schuldangemessenen Strafens und den Öffentlichkeitsgrundsatz, bergen. Diese drängenden Probleme verlangen nach Lösungen.

III. Antworten der Rechtsprechung

Diese Lösungen versuchte mangels gesetzgeberischer Initiative zunächst die Rechtsprechung zu geben. Warum sind diese Lösungsvorschläge noch wichtig, wenn doch eine gesetzliche Regelung der Absprachen absehbar ist? Die Vorgaben des BVerfG können schon von Verfassungs wegen nicht ignoriert werden. Die Grundsätze des BGH sind deshalb wichtig, weil die Gesetzgebungsvorschläge in zahlreichen Passagen auf diese Grundsätze eingehen. Deshalb müssen sich die Vorschläge zur Gesetzgebung auch daran messen lassen, inwiefern sie Fortschritte zu den bereits vorliegenden Lösungsvorschlägen des BGH erkennen lassen.

Zunächst machte das BVerfG einige verfassungsrechtliche Vorgaben:[51] Grundrechtlicher Prüfungsmaßstab sei in erster Linie das Recht des Angeklagten auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG). Dabei sei ein rechtsstaatlicher Mindeststandard zu wahren. Das Rechtsstaatsprinzip, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und der Anspruch aller in Strafverfahren Beschuldigter auf Gleichbehandlung müssten gewahrt sein. Zudem müsse der Staat eine funktionstüchtige Strafrechtspflege gewährleisten. Zentrales Anliegen des Strafprozesses sei die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden könne. Eine Verständigung über Stand und Aussicht der Verhandlung sei zulässig. Ausgeschlossen sei es aber, die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht (d. h. des Ermittlungsgrundsatzes), die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung (v. a. mit Blick auf das Schuldprinzip) zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten zu stellen. Einen „Vergleich im Gewande des Urteils, einen Handel mit Gerechtigkeit“ dürfe es nicht geben. Deshalb müsse das Gericht mit Blick auf das Ziel der Wahrheitserforschung und der schuldangemessenen, gerechten Ahndung der Tat die Beweiserhebungen durchführen, zu denen es sich beim gegebenen Verfahrensstand gedrängt sehen müsse. Die Strafe müsse trotz eines Geständnisses dem Prinzip schuldangemessenen Strafens entsprechen. Die in § 136a StPO geschützte Willensentschließung und Willensbetätigung des Angeklagten müsse geschützt werden. Dennoch komme dem Gesetzgeber ein beachtlicher Gestaltungsspielraum zu.[52]

43 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (73).

44 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (73, dort Fn. 24).

45 *Schünemann/Hauer* (Fn. 42); in die Richtung auch *Weigend* (Fn. 29), 57 (59).

46 Vgl. *Roxin* (Fn. 15), § 16 Rn. 1.

47 BGH (Fn. 16), 195 (205).

48 So die Richterin am EGMR *Renate Jaeger* in ihrem Vortrag „Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) – ein „europäisches Verfassungsgericht“ ertrinkt in seinem Erfolg“, gehalten am 18.04.2007 im Alfried Krupp Wissenschaftskolleg Greifswald.

49 Vgl. BGH (Fn. 3), 1440 (1444).

50 BGH (Fn. 16), 195 (209).

51 BVerfG, Beschl. v. 27.01.1987, NJW 1987, 2662 (2663); das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, was zusammen mit dem Inhalt des Urteils den Eindruck erweckt, dass das BVerfG sich nicht zu sehr in die Diskussion um die Absprachen einmischen wollte; s. in diese Richtung auch: BVerfG, Beschl. v. 14.05.1999, StV 2000, 3.

52 BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, BVerfGE 57, 250 (275 f.).

Später haben insbesondere zwei Grundsatzurteile des BGH folgende Grundsätze für eine Absprache aufgestellt:

- Eine Verständigung im Strafverfahren, die ein Geständnis des Angeklagten und die zu verhängende Strafe zum Gegenstand hat, sei nicht generell unzulässig.[53]
- Sie müsse aber unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in öffentlicher Hauptverhandlung stattfinden; das schließe Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung nicht aus.[54] Jedenfalls der Angeklagte und die Schöffen müssten beteiligt werden.[55]
- Das Gericht müsse zudem den wesentlichen Inhalt und das Ergebnis aller außerhalb der Hauptverhandlung stattfindenden (Vor-) Gespräche in der Hauptverhandlung offenlegen.[56]
- Das Gericht dürfe vor der Urteilsberatung keine bestimmte Strafe zusagen; es könne allerdings für den Fall der Ablegung eines Geständnisses durch den Angeklagten eine Strafobergrenze angeben, die es nicht überschreiten werde (siehe oben I. 1.).[57] Das Gericht dürfe dabei nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausweichen, ohne zuvor pflichtgemäß die Anklage tatsächlich anhand der Akten und insbesondere auch rechtlich überprüft zu haben.[58] Die Differenz zwischen der absprachegemäßen und der bei einem streitigen Verfahren zu erwartenden Sanktion dürfe nicht unangemessen groß sein (Sanktionsschere).[59]
- An die Absprache sei das Gericht nur dann nicht gebunden, wenn sich in der Hauptverhandlung neue (d. h. dem Gericht bisher unbekannte) schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angeklagten ergeben haben; eine solche beabsichtigte Abweichung sei in der Hauptverhandlung mitzuteilen (vgl. Gedanke des § 265 Abs. 1 und 2 StPO).[60] Solche schwerwiegenden Gründe seien z. B. gegeben, wenn sich die Tat aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel statt wie bisher als Vergehen, nunmehr als Verbrechen darstelle oder dass erhebliche Vorstrafen des Angeklagten plötzlich bekannt würden.[61] Später hat der Große Strafsenat es ausreichen lassen, wenn bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden.[62]
- Das Gericht habe ebenso wie bei der später im Urteil erfolgenden Strafbemessung auch bei der Zusage eines Nichtüberschreitens einer Strafobergrenze die allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkte zu beachten; die Strafe müsse schuldangemessen sein.[63] Die Strafe müsse in einem angemessenen Verhältnis zum Maß der persönlichen Schuld, zum Unrechtsgehalt und zur Gefährlichkeit der Tat stehen und müsse sich auch im Rahmen des für vergleichbare Fälle Üblichen halten.[64] Eine Absprache über den Schuldspruch, und damit über die der Verurteilung zugrundeliegenden Delikte, sei daher von vornherein ausgeschlossen; seine Grundlage müsse der Schuldspruch im tatsächlich gegebenen Sachverhalt haben.[65]
- Dass ein Geständnis im Rahmen einer Absprache abgelegt werde, stehe dessen strafmildernder Berücksichtigung nicht entgegen. Schuldeinsicht und Reue seien subjektive Empfindungen des Angeklagten, die objektiv schwer messbar seien, weshalb ein Geständnis stets ein Bekenntnis des Angeklagten zu seiner Tat sei.[66] Das Gericht müsse aber von der Richtigkeit des Geständnisses überzeugt sein, weshalb das Geständnis inhaltlich so konkret sein müsse, dass es derart im Einklang mit der Aktenlage stehe, dass sich eine weitergehende Sachaufklärung nicht mehr aufdränge.[67] Ein inhaltsleeres Formalgeständnis reiche nicht aus.[68]
- Die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts mit dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung sei unzulässig (siehe oben I. 1.).[69] Nachdem der bereits mehrfach zitierten Entscheidung des Großen Strafsenats zwei gerügte Entscheidungen mit Rechtsmittelverzicht nach § 302 StPO zu Grunde lagen, nahm der Große Strafsenat zum Rechtsmittelverzicht noch einmal ausführlich Stellung: Dabei hat er die Vorgabe dahingehend präzisiert, dass das Gericht weder einen Rechtsmittelverzicht vereinbaren noch auf einen solchen Verzicht hinwirken dürfe.[70] Ansonsten lasse das Gericht erkennen, dass das Urteil einer Kontrolle durch eine höhere Instanz entzogen werden solle, was nicht nur die Würde und Autorität des Gerichts verletze, sondern auch vermuten lasse, dass das Gericht unsorgfältig bei der Urteilsfindung gehandelt habe.[71] Da der Rechtsmittelverzicht aber eine selbständige Prozesshandlung nach der Zäsur des Urteils sei, sei ein Rechtsmittelverzicht des Angeklagten aus freien Stücken nach Urteilsverkündung zulässig.[72] Um die Freiwilligkeit sicherzustellen sei der Angeklagte bei einer Absprache über § 35 a StPO hinaus qualifiziert zu belehren. Das bedeutet, dass das Gericht dem nun Verurteilten deutlich machen müsse, dass er entgegen aller Empfehlungen und trotz aller eventuell vorhergegangenen Ankündigungen auf Rechtsmittel

53 BGH (Fn. 16), 195 (Leitsatz 1).
54 BGH (Fn. 16), 195 (Leitsatz 1).
55 BGH (Fn. 16), 195 (206).
56 BGH, Fn. 55.
57 BGH (Fn. 16), 195 (Leitsatz 2).
58 BGH (Fn. 3), 1440 (1442).
59 BGH (Fn. 58).
60 BGH (Fn. 16), 195 (Leitsatz 2).
61 BGH (Fn. 16), 195 (210).
62 BGH (Fn. 58).
63 BGH (Fn. 16), 195 (Leitsatz 3).
64 BGH (Fn. 58).
65 BGH (Fn. 16), 195 (204).
66 BGH (Fn. 16), 195 (209).
67 BGH (Fn. 58).
68 BGH (Fn. 58).
69 BGH (Fn. 16), 195.
70 BGH (Fn. 3), 1440 (Leitsatz 1).
71 BGH (Fn. 3), 1440 (1444).
72 BGH (Fn. 3), 1440 (1445).

zu verzichten, in seiner Entscheidung, ob er Rechtsmittelverzicht einlegen werde, völlig frei sei.[73] Nur ein danach trotzdem erfolgender Rechtsmittelverzicht sei zulässig.

Die praktische Wirksamkeit dieser Grundsätze ist in der Literatur vielfach kritisiert worden.[74] Dass die Kritik eine gewisse Berechtigung hat, zeigt schon die bereits unter I. 1. erwähnte, an den Wirtschaftsstrafkammern in Nordrhein-Westfalen durchgeführte, empirische Studie, vor allem mit Blick auf die Strafobergrenze und den Rechtsmittelverzicht.[75] An diesen Stellen zeigte sich, dass die Vorgaben des BGH zu diesen Punkten nicht eingehalten wurden. Dies ist um so erstaunlicher, als mit der Durchführung der Studie nur zwei Monate nach dem Urteil des Großen Strafsenats, im Mai 2005, begonnen wurde, und die Durchführung im Oktober 2005 abgeschlossen wurde.

Auch der Große Senat war sich bewusst, dass sein Gestaltungsspielraum in Form richterlicher Rechtsfortbildung ausgereizt war, weshalb er den Gesetzgeber aufforderte, endlich gesetzlich zu den Absprachen Stellung zu nehmen und dabei ausdrücklich auf den beachtlichen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinwies.[76]

IV. Vorschläge zur Gesetzgebung

Es gilt nun zu untersuchen, inwiefern dieser Spielraum in den Vorschlägen zur Gesetzgebung genutzt wurde.

1. Welche Vorschläge gibt es?

Der erste, der sich vorwagte, war der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), der im September 2005 einen vollständigen Entwurf vorlegte.[77]

Anschließend stellten die Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte im November 2005 ihre Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung der Verfahrensabsprachen vor.[78] Es handelt sich tatsächlich nur um aus Sicht der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte unverzichtbare Eckpunkte, es wurde kein konkreter Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung gemacht.

Im März 2006 brachte dann das Land Niedersachsen nach Art. 76 Abs. 1 S. 1 GG einen Gesetzesantrag in den Bundesrat ein.[79]

Wenig später, im Mai 2006, legte das Bundesministerium der Justiz (BMJ) seinen Referentenentwurf vor.[80]

Schließlich präsentierte auch der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV) in Reaktion auf die BRAK und das BMJ im August 2006 einen eigenen Entwurf.[81]

Nunmehr werden die Regelungsvorschläge zu den wichtigsten Problemfeldern jeweils nebeneinander gestellt. Da es um Vorschläge zur Gesetzgebung geht, kann so am besten verglichen werden, welcher Vorschlag zu einem Problemfeld jeweils die beste Lösung bietet.

2. Wie sollen Absprachen dogmatisch eingeordnet werden?

Zuerst stellt sich Frage, wie sich eine gesetzliche Regelung der Absprachen, von denen doch gravierende Gefahren für tragende Prinzipien des Strafverfahrens ausgehen können, sinnvoll in die StPO einfügen lassen.

a) Vorschläge

Der BRAK-E beschreitet hier Neuland, indem er als Grundlage des Regelungsvorschlags die bisherigen Grundsätze um ein neues Prinzip ergänzen möchte, das sog. Konsensprinzip. Das Konsensprinzip soll bedeuten, dass das Prozessrechtsverhältnis im Strafverfahren in einem gesetzlich eröffneten Rahmen der Disposition der Beteiligten unterliegt.[82] In Grenzen soll Rechtsgestaltung so auch im Strafprozess durch den übereinstimmenden Willen der Beteiligten möglich sein.[83] Das Konsensprinzip stehe in engem Bezug zu einem tragenden Ziel des Strafverfahrens, der Schaffung von Rechtsfrieden, denn Konsens schaffe Frieden.[84]

73 BGH (Fn. 3), 1440 (1446).

74 Vgl. nur *Weigend* (Fn. 29), 57 ff. m. w. N.; *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (441 ff.) m. w. N.

75 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 ff.; s. dazu Fn. 13, 17.

76 BGH (Fn. 3), 1440 (1447).

77 BRAK-Stellungnahme 25/2005 vom September 2005, Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren, http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/Stn25_05.pdf, abgerufen am 25.06.2007 (im Folgenden BRAK-E).

78 Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung von Verfahrensabsprachen vor Gericht, beschlossen von den Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälten in Karlsruhe am 24.11.2005, http://www.thueringen.de/olg/bodyinfothek40.html, abgerufen am 28.06.2007 (im Folgenden: Eckpunkte GStAe).

79 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren, BR-Drs. 235/06, http://www.bundesrat.de/cln_051/SharedDocs/Drucksachen/2006/0201-300/235-06_28B_29,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/235-06(B).pdf, abgerufen am 14.06.2007 (im Folgenden Nds.-E); ergänzend *Heister-Neumann*, Fn. 6, 137 ff.

80 Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, Stand: 18.05.2006, abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/media/archive/1234.pdf, abgerufen am 28.06.2007 (im Folgenden BMJ-RE).

81 Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Strafrechtsausschuss zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (Stand: 18.05.2006) und ein eigener Vorschlag für eine gesetzliche Regelung des Verfahrens (StPO-AE), Stellungnahme Nr. 46/2006 des DAV, http://www.anwaltverein.de/03/05/2006/46-06.pdf, abgerufen am 28.06.2007 (im Folgenden DAV-E).

82 BRAK-E (Fn. 77), 3 f.

83 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (682).

84 BRAK-E (Fn. 77), 4.

Die Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte äußern sich dagegen nicht zur dogmatischen Einordnung.

Der Entwurf des Landes Niedersachsen beschreibt zwar das Wesen des Strafprozesses als durch die Grundsätze des Strafverfahrens geprägt, geht dann aber davon aus, dass auch verfahrensökonomische Gesichtspunkte berücksichtigt werden könnten und bezeichnet schließlich die Urteilsabsprachen als „konsensuale Strafverfahrensbeendigung".[85] Damit scheint auch diesem Entwurf, wenn auch nicht ausdrücklich benannt, das Konsensprinzip zu Grunde zu liegen.

Der Referentenentwurf des BMJ setzt sich dagegen ausdrücklich das Ziel, „die Verständigung so zu regeln, dass sie mit den tradierten Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens" übereinstimmen.[86] Der Rahmen, den die Grundsätze des geltenden Strafprozesses zögen, solle dabei nicht verändert werden.[87]

Der DAV-E unterstützt den BMJ-RE in dieser Ansicht und lehnt es ab, neben dem „Normalverfahren" eine eigenständige Form einer konsensualen Verfahrenserledigung einzuführen.[88] Ziel einer gesetzlichen Regelung soll sein, der Praxis ein Verfahren zur Vorabverständigung auf ein gerechtes und allseits akzeptables Urteil bereitzustellen, ohne die geltenden Prinzipien des Strafverfahrens zu beschädigen.[89]

b) Bewertung

Am Konsensprinzip und seinen gesetzlichen Ausformungsvorschlägen wird kritisiert, dass es der Staatsanwaltschaft durch Einräumung eines Vetorechts eine Verfügungsbefugnis über den anwendbaren Strafrahmen zubillige, was die Staatsanwaltschaft erheblich stärke, die Verteidigung und das Gericht schwäche.[90] Dagegen meint aber die Mehrheit der befragten Verteidiger (ca. 56 %) und auch die Mehrheit der insgesamt Befragten (ca. 58 %) in der genannten empirischen Studie von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl*, dass der Angeklagte am meisten von den Absprachen profitiere.[91] Zudem müsse die Staatsanwaltschaft schon wegen ihrer Rechtsmittelbefugnis bereits derzeit an den Absprachen beteiligt werden.[92]

Der Ansatz des Konsensprinzips, den der BRAK-E und etwas vorsichtiger auch der Nds.-E verfolgen, geht offenbar davon aus, dass sich das eine große Ziel des Strafverfahrens, die Ermittlung der materiellen Wahrheit, in der Praxis häufig nicht vollständig verwirklichen lässt. Dann erscheint es konsequent, stattdessen zu versuchen, das zweite große Ziel des Strafverfahrens, die Schaffung von Rechtsfrieden, mit dem Konsensprinzip umso besser zu verwirklichen und abzusichern. Allerdings wird die Frage gestellt, inwiefern das Konsensprinzip die wesentlichen Errungenschaften des Strafverfahrens nach und nach verdrängen würde: Wenn sich alle Akteure auf ein Konsensprinzip berufen könnten, würden fast alle Beschuldigten diesem Sog der Absprachen folgen und sie dem kontradiktorischen Verfahren vorziehen.[93] In der Tat liegt in der Formulierung eines allgemeinen Konsensprinzips außerhalb des Gesetzes diese Gefahr. Um einer solchen extensiven Auslegung vorzubeugen, wäre es vielleicht besser das Konsensprinzip in die gesetzliche Neuregelung aufzunehmen und seine Geltung gleichzeitig auf die gesetzlich eröffneten Absprachemöglichkeiten zu begrenzen.

Die übrigen Entwürfe, die Absprachen ohne Reibungsverluste mit den grundlegenden Prinzipien gesetzlich regeln wollen, müssen sich an dieser Zielsetzung messen lassen.

3. Zustandekommen einer Absprache

Nun soll verglichen werden, wie Absprachen zu Stande kommen.

a) erlaubte Verhandlungen und Initiativrecht

Zunächst stellt sich die Frage, wie künftig über Absprachen verhandelt werden soll und wem dazu ein Initiativrecht zustehen soll.

aa) Vorschläge

Alle Entwürfe sehen „Erörterungen", gemeint sind Verhandlungen über Absprachen, auch außerhalb der Hauptverhandlung vor.

Dabei erwähnen die §§ 160 a S. 1, 202 a S. 1, 212, 257 b BMJ-RE nicht ausdrücklich, dass Verhandlungen über eine Absprache mit Beginn des Zwischenverfahrens, also nachdem die Anklageschrift dem Angeschuldigten zugegangen ist, möglich sind. Erst in der Begründung wird deutlich, dass die Besprechung einer sog. „Verständigung" im Hauptverfahren dabei ein Unterfall jener Erörterungen sein soll.[94]

Fast alle übrigen Entwürfe gehen nur sprachlich über diesen Vorschlag hinaus, indem die Erörterungen ausdrücklich für die Verhandlungen über eine Absprache genutzt

85 Nds.-E (Fn. 79), 5 f.

86 BMJ-RE, (Fn. 80), 1.

87 BMJ-RE, (Fn. 80, 2.

88 DAV-E (Fn. 81), 3.

89 DAV-E (Fn. 81), 9.

90 *Bernd Schünemann*, Bundesrechtsanwaltskammer auf Abwegen, ZRP 2006, 63 (64).

91 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (72).

92 *Edda Weßlau*, Absprachen und Strafverteidigung, StV 2006, 357 (360).

93 *Weßlau* (Fn. 92), 357 (358); in die Richtung auch *Lutz Meyer-Goßner*, Zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Urteilsabsprachen im Strafverfahren, StV 2006, 485 (486), der die Einführung des Konsensprinzips nicht ohne die Einführung eines vollständigen Konsensualverfahrens für möglich hält.

94 BMJ-RE (Fn. 80), 20.

werden können. Ansonsten bleibt die Art und Weise jener Erörterungen fast gänzlich offen. Der BRAK-E begründet das bewusste Offenlassen damit, dass größtmögliche Gestaltungsfreiheit gewährleistet werden solle.[95] Die Möglichkeit der Erörterungen bereits mit Zustellung der Anklageschrift diene zudem einer erheblichen Verkürzung der Hauptverhandlung.[96]

Lediglich die knappen Eckpunkte der GStAe scheinen in den Punkten 1, 3 und 4 restriktiver zu sein: Danach scheint es so, als ob Erörterungen erst mit Beginn der Hauptverhandlung zulässig sein sollen. Zudem setzt das „Verfahren zu einer solchen Verständigung", worunter meines Erachtens auch die Erörterungen fallen würden, einen übereinstimmenden Antrag von Staatsanwaltschaft und Angeklagtem voraus. Das Gericht wäre dann anscheinend verpflichtet über eine Absprache zu verhandeln und muss eine Strafober- und Strafuntergrenze vorschlagen.

Der DAV-E geht nach den gem. § 202 Abs. 2 DAV-E völlig im Ermessen des Gerichts stehenden Erörterungen einen etwas anderen Weg. Danach soll, bevor über die Strafhöhe verhandelt wird, in der Hauptverhandlung zunächst getrennt davon allseitige Einigkeit über die Strafbarkeit des Angeklagten hergestellt werden. Vergleichbar ist diese Konstruktion vielleicht dem Gedanken der §§ 303, 304 Abs. 1 ZPO. Wenn Angeklagter, Verteidigung und Staatsanwaltschaft einen Schuldspruch für sachgerecht halten, muss das Gericht gemäß dem vollständig neugefassten § 257 Abs. 3 DAV-E mitteilen, ob es diese Einschätzung teilt, und wie der Schuldspruch aussehen würde, wenn es die Einschätzung teilt. Erst nachdem diese gemeinsame Überzeugung von der Schuld des Täters in der Hauptverhandlung hergestellt ist, soll sich gemäß § 257 Abs. 4 DAV-E ebenfalls in der Hauptverhandlung eine Verhandlung über die angemessenen Sanktionen anschließen.

bb) Bewertung

Die Vorschläge des BMJ-RE werden zum Teil für nicht erforderlich gehalten, da diejenigen, die das Gespräch suchten, hierzu keine Aufforderung bräuchten.[97] In der Tat sind die genannten Paragraphen des BMJ-RE so unbestimmt und unverbindlich, dass fraglich ist, welchen Nutzen sie bieten sollen. Sie scheinen daher nicht erforderlich zu sein.

Während einerseits mitunter keine Bedenken gegen die Erörterung der Urteilsabsprachen im Zwischenverfahren erhoben werden,[98] wird andererseits im Zusammenspiel mit den anderen vorgeschlagenen Regelungsteilen sogar eine Verschlimmerung des aktuellen Zustands befürchtet.[99] Bei der Zulassung der Erörterungen in beliebigem Umfange bleibe weiterhin die Gefahr, dass in solchen Erörterungen mit der Sanktionsschere (siehe oben II.) gedroht werde, und der Angeklagte in der Hauptverhandlung dann nicht mehr frei entscheide.[100] Weiterhin wird empfohlen, dass Verständigungsverfahren erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens beginnen sollten, da der Angeklagte erst dann wüsste, dass das Gericht eine Verurteilung für hinreichend wahrscheinlich halte.[101] Ein weiterer Kritikpunkt, der alle Entwürfe betrifft, ist, dass das Gericht nicht verpflichtet sei ein Angebot des Angeklagten zu Verständigungsgesprächen anzunehmen.[102] Stattdessen müsse von Verfassung wegen (Art. 3 Abs. 1 GG) der Zugang zu einer Absprache für alle Angeklagten möglich sein.[103]

Der DAV-E klingt zwar auf den ersten Blick hinsichtlich des bestehenden Strafverfahrens sehr schonend, allerdings ist es schwer vorstellbar, dass Angeklagter, Verteidigung und Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung übereinstimmend einen Schuldspruch für den Angeklagten beantragen, ohne sich vorher mit dem Gericht wie bisher in den Erörterungen gründlich abgesprochen zu haben.

Diesen Bedenken könnte wie folgt Rechnung getragen werden: Erörterungen sollten nicht in dem in fast allen Entwürfen vorgesehenen Umfang ermöglicht werden, denn damit wird der Praxis so weit Rechnung getragen, dass wahrscheinlich das etablierte System der Absprachen in den Erörterungen nur zementiert würde.[104] Zudem sollte im Hinblick auf die Ermittlung der Wahrheit zumindest mit der Hauptverhandlung begonnen werden. Daher könnte nach Eröffnung der Hauptverhandlung und in Anlehnung an den DAV-E nach jeder Vernehmung und Beweisaufnahme dem Angeklagten der Anspruch eingeräumt werden, vom Gericht mit einer Begründung zu erfahren, welchen Strafrahmen (Strafober- und Strafuntergrenze) das Gericht nach dem aktuellen Stand des Verfahrens für geboten halte. Dieser Strafrahmen wäre zu protokollieren. Nach dieser Information könnte der Angeklagte weiterhin das Recht erhalten Verhandlungen über eine Absprache zu beantragen. Sollten das Gericht und die Staatsanwaltschaft dem zustimmen, dürften sich erst dann jene Erörterungen auch außerhalb der Hauptverhandlung anschließen. Die Drohung mit der Sanktionsschere sollte ausdrücklich untersagt werden.

Auch wenn nach meinem Vorschlag die Grundsätze des Strafverfahrens, insbesondere der Grundsatz der Ermittlung der materiellen Wahrheit, nicht vollständig gerettet werden könnten, so könnte der Vorschlag doch die Gründsätze des Strafverfahrens wieder besser zur Gel-

95 BRAK-E (Fn. 77), 12.

96 BRAK-E (Fn. 77), 12.

97 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (685).

98 *Herbert Landau/Ralph Bünger*, Urteilsabsprache im Strafverfahren – (Erwiderung zu ZRP 2005, 235), ZRP 2005, 268 (270).

99 *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (443).

100 *Schünemann* (Fn. 90), 63 (64); *Schünemann/Hauer* (Fn. 99).

101 *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (486, dort Fn. 8).

102 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (72).

103 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 102).

104 Vgl. auch *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (442).

tung bringen. Immerhin bestünde die Möglichkeit, die Kommunikation zum Teil wieder in die Hauptverhandlung zu holen. Zudem könnte sich das Gericht zumindest, in Anlehnung an § 261 StPO, die dem Angeklagten mitgeteilte Einschätzung aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung bilden. Außerdem würde die Initiative zur Einleitung von Abspracheverhandlungen allein vom Angeklagten, der sich zudem in der Hauptverhandlung erst einmal ein Bild der Lage machen könnte, abhängen. Damit würde die Willensfreiheit des Angeklagten gestärkt werden. Natürlich bietet auch mein Vorschlag nicht die Gewähr, dass dieses Verfahren nicht unterlaufen würde.

b) Beteiligte

Eine weitere wichtige Frage ist, wer an den Gesprächen über eine Absprache zu beteiligen ist.

aa) Vorschläge

Nach allen Entwürfen liegt es letztlich im Ermessen des Gerichts, wer an den Vorgesprächen beteiligt wird. Jedenfalls müssen nach allen Entwürfen letztendlich mindestens die Berufsrichter, die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte, in der Praxis häufig vertreten durch den Verteidiger, an einer bindenden Absprache teilnehmen.

Allerdings sind die Regelungsvorschläge zu Erörterungen, in denen der Inhalt der Absprachen in der Praxis letztlich ausgehandelt wird,[105] sehr unbestimmt und unverbindlich, womit vor allem der Praxis Spielräume gelassen werden sollen. Dies wird dann aber wohl nichts an der bestehenden Praxis ändern, dass in den Erörterungen Berufsrichter, Staatsanwaltschaft und Verteidiger die Bedingungen für eine Absprache aushandeln. Insbesondere würden Nebenkläger (§§ 395 ff. StPO), also das Opfer, und die Schöffen, die gemäß §§ 30 Abs. 1, 77 Abs. 1 GVG nur in der Hauptverhandlung anwesend sind, weiterhin bei der Erörterung außen vor bleiben.[106] Gleiches gilt für den Angeklagten.

bb) Bewertung

Hinsichtlich der Beteiligung der Schöffen bleiben die Vorgaben noch hinter denen des BGH zurück (vgl. III.). Daher wird die Frage gestellt, ob es der Laienrichter überhaupt noch bedarf.[107] Hinsichtlich der Opferbeteiligung wird zum Teil verlangt, dass dem Nebenkläger an einer einvernehmlichen Lösung zwingend eine gleichberechtigte Rolle zukommen solle,[108] während demgegenüber nach anderer Ansicht. der Nebenkläger aufgrund seines fehlenden Interesses an einer Absprache gar keine Rolle spielen solle.[109] Daher steht der Gesetzgeber bei der Opferbeteiligung an einem „Scheideweg".[110] Entweder man verhindert, dass der Geschädigte für das Zustandekommen einer Absprache unzumutbare Bedingungen stellt[111] und damit die Absprache in vielen Fällen scheitern wird[112], oder man schließt den Nebenkläger vom Zustandekommen der Absprache faktisch aus.[113] An einem Ausschluss des Nebenklägers von den Absprachen würde auch die in einigen Vorschlägen vorgesehene Revisionsmöglichkeit bei erfolgten Widerspruch,[114] bzw. nicht erfolgter Zustimmung,[115] nichts ändern, denn der Nebenkläger kann gemäß § 400 Abs. 1 StPO nicht die im Urteil verhängten Rechtsfolgen rügen. An diesem Punkt wird bemängelt, dass das Konsensprinzip dogmatisch an seine Grenzen stoße und daher insgesamt fragwürdig werde.[116]

Festhalten lässt sich, dass sich aufgrund der gegenüber der Praxis sehr großzügigen „Erörterungsermächtigungen" der Entwürfe wohl wenig an dem Umfang der Beteiligung der Verfahrensbeteiligten ändern würde.

c) Transparenz- und Formvorschriften

Nachdem Erörterungen und damit die Verhandlungen über eine Absprache außerhalb der Hauptverhandlungen in allen Entwürfen offiziell ermöglicht werden sollen, stellt sich die Frage, inwiefern dem Öffentlichkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden soll.

aa) Vorschläge

Alle Vorschläge enthalten die Pflicht den wesentlichen Inhalt der Erörterungen in das Hauptverhandlungsprotokoll (vgl. §§ 271 ff. StPO) aufzunehmen. Darüber hinaus sehen bis auf den DAV-E alle Entwürfe vor, dass das Gericht jedes Mal den wesentlichen Inhalt der Verhandlungsgespräche, die vor, bzw. außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden haben, in der Hauptverhandlung mitteilen muss. Zudem soll diese Mitteilung ebenfalls protokolliert werden. Zusätzlich sieht § 273 Abs. 1 a S. 3 BMJ-RE vor, dass, wenn keine Verständigung stattgefunden hat, auch diese Tatsache zu protokollieren ist. § 272 Nr. 6 BRAK-E geht darüber noch hinaus: Darin wird gefordert, dass, wenn nicht einmal eine Erörterung stattgefunden hat, selbst dies zu protokollieren sei. Mit diesen strengen Protokollierungs- und Transparenzvorschriften solle der Gefahr von heimlichen Absprachen vorgebeugt werden.[117] Es sei schwer vorstellbar, dass der Vorsitzende eine Lüge zu Protokoll gebe, zumal die Protokollierung in Anwesenheit aller Beteiligten und der Öffentlichkeit geschehe.[118]

105 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (74).

106 Vgl. BRAK-E (Fn. 77), S. 12, Nds.-E (Fn. 79), S. 9; BMJ-RE (Fn. 80), S. 20.

107 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (75).

108 *Landau/Bünger* (Fn. 98), 268 (271).

109 *Schünemann* (Fn. 90), 63 (64).

110 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (686).

111 *Jahn/Müller* (Fn. 110).

112 *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (488, dort Fn. 25).

113 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (686).

114 § 337 Abs. 3 BRAK-E (Fn. 77), S. 10; Nr. 13 Eckpunkte GStAe (Fn. 78); § 337 Abs. 3 BMJ-RE (Fn. 80), S. 8.

115 § 337 III Nds.-E (Fn. 79), S. 4.

116 *Meyer-Goßner* (Fn. 112).

117 BRAK-E (Fn. 77), S. 26.

118 BRAK-E (Fn. 77), S. 27.

bb) Bewertung

Die strengsten Form- und Mitteilungsvorschriften des BRAK-E erscheinen vorzugswürdig: Wenn den an der Absprache Beteiligten schon durch Erörterungen ein großer Freiraum zugestanden wird, dann müssen die Erörterungen wenigstens für die Öffentlichkeit und ggf. für die Rechtsmittelinstanz nachvollziehbar sein. Die Form kann dabei als der natürliche Feind der Willkür bezeichnet werden.[119]

4. Zulässiger Inhalt

Besonders interessant ist, was genau gemäß den Entwürfen in einer Absprache vereinbart werden kann. Dabei sollte die Konnexität zwischen Absprache und Verfahrensgegenstand beachtet werden,[120] es sollten also nur solche Rechtsfolgen zugesagt werden, die in einem Zusammenhang mit der begangenen Tat stehen. Ansonsten könnte man die Absprache wohl kaum vor dem Grundsatz des schuldangemessenen Strafens rechtfertigen.

a) Vorschläge

Nach § 243a Abs. 1 S. 1 BRAK-E kann das Gericht eine Strafobergrenze nach Maßgabe eines neu einzufügenden § 46b StGB BRAK-E sowie andere Rechtsfolgen zusagen. Nach § 46b StGB BRAK-E ist die Strafe bei einer Urteilsabsprache nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Dies solle eine größere gesetzliche Legitimation der Strafmilderung ermöglichen und es ermöglichen, unter gesetzlich vorgesehene Mindeststrafen zu gehen.[121] Welche „anderen Rechtsfolgen" zugesagt werden können, bzw. die Zusage bestimmte Rechtsfolgen nicht anzuordnen,[122] solle von der Rechtsprechung konkretisiert werden, der BRAK-E geht davon aus, dass fast alles zugesagt werden könne.[123] Im Gegenzug soll der Angeklagte bestimmte Bedingungen erfüllen, wobei § 243a Abs. 1 S. 2 BRAK-E vier Möglichkeiten aufzählt. Nr. 4 nennt ein sonstiges Verhalten des Angeklagten, das der Verfahrensbeschleunigung dient, und ist damit ein Auffangtatbestand, der wiederum von der Rechtsprechung konkretisiert werden solle.[124]

Die Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte meinen, dass das Gericht in jedem Fall einen Strafrahmen (Strafober- und Strafuntergrenze) zusagen muss. Eine Vereinbarung über den Schuldspruch und eine Strafrahmenverschiebung (wie durch § 46b StGB BRAK-E) darf es nicht geben. Auf Seiten des Angeklagten muss ein qualifiziertes Geständnis conditio sine qua non einer jeden Urteilsabsprache sein.

Nach § 243a Abs. 2 S. 1 Nds.-E soll das Gericht ebenfalls Rechtsfolgen zusagen können, z. B. auch Bewährungsauflagen gem. § 268a Abs. 1 StPO,[125] aber ausdrücklich nicht Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB). Nach § 243a Abs. 2 S. 2 Nds.-E können ebenfalls nicht der Schuldspruch, ein Rechtsmittelverzicht, oder Umstände des Vollstreckungsverfahren vereinbart werden. Nach § 243a Abs. 2 S. 3 Nds.-E kann zusätzlich die Staatsanwaltschaft zusagen, andere Taten oder Tatteile gem. §§ 154, 154a StPO nicht weiterzuverfolgen, selbst in anderen Verfahren gegen den Angeklagten bei dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft. Der Angeklagte muss im Gegenzug in jedem Fall gem. § 243a Abs. 3 S. 2 Nds.-E ein Geständnis ablegen, das der Nachprüfung zugänglich sein muss und zur Überzeugung des Gerichts der Wahrheit entsprechen muss.

Nach § 257c Abs. 2 S. 1 BMJ-E können in einer Verständigung Rechtsfolgen, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zu Grunde liegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten vereinbart werden. Nach § 257c Abs. 2 S. 3 BMJ-E dürfen Rechtmittelverzicht und Maßregeln der Besserung und Sicherung ausdrücklich nicht Gegenstand einer Verständigung sein. Die Staatsanwaltschaft soll hier ebenfalls in sehr weiter Ausdehnung des Wortlauts in allen bei ihr anhängigen Verfahren gegen den Angeklagten Zusagen abgeben können.[126]

Der DAV-E sieht in § 257 Abs. 4 S. 4 DAV-E lediglich vor, dass das Gericht eine Strafobergrenze anzugeben hat. Der zulässige Inhalt des sog. „Rechtsfolgenausspruches" bleibt ansonsten undeutlich. Da die Einigung über den Schuldspruch der Verhandlung über die Rechtsfolgenseite vorausgehen soll (siehe IV. 3. a aa), bleibt auch im Dunkeln, wie der Angeklagte und die Verteidigung verbindlich auf die Rechtsfolgenseite einwirken können. Da in § 257 Abs. 4 S. 2 DAV-E von „Sanktionen" gesprochen wird, kann wohl nur der Strafausspruch des Gerichts Gegenstand einer Absprache sein.

b) Bewertung

Der zulässige Inhalt von Absprachen, wie er nach dem BRAK-E vorgesehen ist, ist heftig kritisiert worden. Die Einführung einer obligatorischen Strafmilderung gemäß § 46b StGB BRAK-E wurde abgelehnt. Insbesondere gebe es keine Rechtfertigung für diese Vorschrift. Sie rechtfertige sich nicht aus der Entlastung der Rechtspflege, da dieser Erfolg auch bei einem spontanen Geständnis, auf das § 46b StGB BRAK-E nicht anwendbar wäre, eintrete.[127] Damit werde der Angeklagte benachteiligt, der ohne Urteilsabsprache in einem frühen Stadium des Verfahrens ein Geständnis ablege, obwohl er ohne Absprа-

119 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (686).
120 Vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (487).
121 BRAK-E (Fn. 77), S. 31.
122 *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (487).
123 Vgl. die Aufzählung des BRAK-E (Fn. 77), S. 20 f.
124 BRAK-E (Fn. 77), S. 22.
125 Nds.-E (Fn. 79), S. 10.
126 BMJ-RE (Fn. 80), S. 23.
127 *Weßlau* (Fn. 92), 357 (361).

che zur Abkürzung des Verfahrens beitrage.[128] Damit liege die Rechtfertigung einzig und allein in der Einhaltung einer bestimmten Verfahrensweise von allen Akteuren, der eingehaltenen Absprache.[129] Wegen dieser und weiterer[130] überzeugender Einwände sollte an der Konzeption des § 46 b StGB BRAK-E nicht festgehalten werden, auch wenn diese Vorschrift andererseits dem Grundsatz des BGH, die Zusage einer konkreten Strafe sei unzulässig (siehe III.), entsprechen würde. Noch schwerer wiegt allerdings die Unbestimmtheit des zulässigen Absprachenihalts. Es wird gefragt, ob nun alles verhandelbar sei.[131] Könnte auch das Schweigen des Angeklagten in der Hauptverhandlung, oder das Unterlassen einer Gegenvorstellung gegen eine rechtswidrige Vorgehensweise des Gerichts „ein sonstiges Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient", sein?[132] Bleibe durch den Verweis auf die Rechtsprechung alles wie bisher?[133] Einleuchtend wird noch darauf hingewiesen, dass sich Mitteilungs- und Protokollierungspflichten (siehe IV. 3. c) nur dann disziplinierend auf die Akteure auswirkten, wenn die Akteure wüssten, welche Handlungsweisen nicht zulässig seien.[134] Damit zeigt sich, dass durch solch unbestimmte Regelungen wenig gewonnen wird. Daher sollten die unbestimmten Vorschläge nicht umgesetzt werden. Meines Erachtens liegt in dem Inhalt der Absprachen neben den heimlichen Verhandlungen über die Absprache der größte Problemkreis. Insofern sollte an dieser Stelle der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum besonders nutzen und zwar, indem er Grenzen für den Inhalt einer Absprache zieht, denn der Gesetzgeber muss den Unterschied zwischen Zivil- und Strafprozess aufzeigen. Es soll nach den Grundsätzen des Strafverfahrens eben nicht alles verhandelbar sein. Eben weil es den „Vergleich im Gewande eines Urteils, einen Handel mit Gerechtigkeit" nicht geben darf,[135] sollten beim erlaubten Inhalt der Absprachen klare Grenzen gezogen werden. Zwar zeigt die Praxis, dass eine einvernehmliche Erledigung nicht mit einer umfänglichen Sachverhaltsaufklärung in der Hauptverhandlung im Sinne der umfassenden Ermittlung der materiellen Wahrheit, wie sie dem herkömmlichen Verständnis des Ermittlungsgrundsatzes entspricht, einhergehen kann.[136] Allerdings sollten Ermittlungsgrundsatz und Schuldprinzip nicht vollständig aufgegeben werden. Dazu bietet die Konnexität zwischen Straftat und Absprache einen brauchbaren Abgrenzungsmaßstab zwischen zulässigem und unzulässigem Inhalt. Es sollte also noch ein enger Bezug zur begangenen Straftat bestehen. Damit sollten alle Maßnahmen mit Prognosecharakter, d. h. Präventiventscheidungen, die auf ein zukünftiges Handeln des Angeklagten bezogen sind, als Verhandlungsgegenstand ausscheiden,[137] also auch Maßregeln der Besserung und Sicherung. Gleiches gilt für die Strafaussetzung zur Bewährung (§ 57 StGB) oder Maßnahmen der Strafvollstreckung (§§ 449 ff. StPO). Auch der Schuldspruch darf nicht verhandelbar sein, da dies Schuldprinzip, Ermittlungsgrundsatz und Konnexität völlig zuwider liefe. Unter dem Gesichtspunkt der Konnexität sind auch Zusagen der Staatsanwaltschaft zu beurteilen. Während sich bei § 154 a StPO zumindest noch ein Bezug zur Tat im prozessualen Sinne (§ 264 StPO) herstellen lässt, geht es bei § 154 StPO gerade nicht um dieselbe Tat. Demnach sollten von der Staatsanwaltschaft nur Zusagen nach § 154 a StPO zulässig sein. Der Konnexität zwischen Straftat und Absprache genügt dagegen die Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens und das ernsthafte Bemühen um einen Ausgleich mit dem Verletzten gemäß § 243 a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BRAK-E. Grenzwertig ist es, das Prozessverhalten der Beteiligten, insbesondere den Verzicht Beweisanträge zu stellen, zum Gegenstand einer Absprache zu machen. Auf den ersten Blick erschließt sich jedenfalls nicht, was das Prozessverhalten des Angeklagten mit der von ihm begangenen Straftat zu tun hat. Es ließe sich hier aber dennoch ein Bezug herstellen, wenn der Angeklagte ein Geständnis ablegt, und damit zeigt, dass weitere Beweisanträge zur Erforschung des Tathergangs nicht mehr erforderlich sind.

Daher ist den Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälten und § 243 a Abs. 3 S. 2 Nds.-E zuzustimmen, wenn sie ein sog. „qualifiziertes" Geständnis zur ausnahmslosen Bedingung einer Absprache machen. Qualifiziert bedeutet, dass gemäß den Grundsätzen des BGH ein inhaltsleeres Formalgeständnis nicht ausreicht (s. III.). Geht man aber mit dem BGH davon aus, dass ein qualifiziertes Geständnis stets ein Bekenntnis des Angeklagten zu seiner Tat, ein Beitrag zur Sachaufklärung und ein Beitrag zum Prozessziel des Rechtsfriedens ist und ggf. die Opfer-Zeugen schont,[138] bietet es im Hinblick auf Ermittlungsgrundsatz und Schuldprinzip den Kern der Rechtfertigung für die Milderung der Strafe. Mit dem Schuldprinzip einhergehend sollte dem Gericht auch nur erlaubt sein, die Strafe um einen bestimmten Anteil zu mildern.[139] Konkret könnte dies so aussehen: Um an meinen Vorschlag (siehe IV. 3. a bb) anzuknüpfen, dürfte das Gericht die zuletzt in der Hauptverhandlung genannte Strafobergrenze nur um maximal ein Drittel kürzen. Damit wird sich in der Praxis wohl nicht der Grundsatz des BGH halten lassen, dass keine konkrete Strafe vereinbart werden darf (siehe schon I. und III.).

128 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (684).

129 *Weßlau* (Fn. 127).

130 *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (487); *Schünemann* (Fn. 90), 63 (64); *Landau/Bünger* (Fn. 98), 268 (271).

131 Vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 130): „Der Konsens der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts vermag alle bisher geltenden Regeln zur Strafzumessung außer Kraft zu setzen!"

132 *Weßlau* (Fn. 92), 357 (360).

133 *Weßlau* (Fn. 132).

134 *Weßlau* (Fn. 132).

135 BVerfG (Fn. 51), 2662 (2663).

136 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (76).

137 So auch Nds.-E (Fn. 79), S. 10.

138 BGH (Fn. 16) 195 (209); BGH (Fn. 3), 1440 (1444); a. A. *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 439 (440, 444).

139 So auch *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (78); ähnlich *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (488).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass unter dem Maßstab der Konnexität zwischen Straftat und Absprache § 243 a Abs. 2 und 3 Nds.-E, § 257 c Abs. 2 S. 1 BMJ-E und die Eckpunkte GStAe eine gute Basis für den zulässigen Inhalt einer Absprache bilden. Allerdings sollte der zulässige Inhalt einer Absprache noch stärker begrenzt werden, als in den vorgeschlagenen Normen vorgesehen.

5. Bindungswirkung und Rechtsfolgen des Wegfalls der Bindungswirkung

Wichtig v. a. mit Blick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens (siehe B.) ist auch die Frage, wie weit die Bindungswirkung einer Absprache reichen soll, und wann die Bindungswirkung wieder entfallen kann.

a) Vorschläge

Nach § 243 a Abs. 4 BRAK-E ist das Gericht an seine Zusagen gebunden, wenn der Angeklagte seinerseits seine Zusagen erfüllt. Die Bindungswirkung entfällt gem. § 243 a Abs. 4 S. 2 BRAK-E nur in fünf abschließend aufgezählten Fällen: Wenn die Staatsanwaltschaft oder der Angeklagte der Absprache widersprechen (Nr. 1); wenn der Angeklagte nach Auffassung des Gerichts seine Zusagen nicht erfüllt (Nr. 2); wenn sich im weiteren Verfahren wesentliche straferschwerende Umstände ergeben, die dem Gericht im Zeitpunkt seiner Zusage unbekannt waren (Nr. 3); wenn das Gericht Umstände übersehen hat, die auch unter Berücksichtigung des § 46 b StGB BRAK-E zur Anwendung eines Strafrahmens mit einer die zugesagte Strafobergrenze übersteigenden Mindeststrafe führen (Nr. 4); oder mit dem Abschluss des Rechtszuges, in dem die Zusage erfolgt ist (Nr. 5). Der Angeklagte soll dann entsprechend § 265 Abs. 1 StPO auf den Wegfall der Bindungswirkung hingewiesen werden. Mit dem Wegfall der Bindungswirkung werden Prozesshandlungen des Angeklagten in Erfüllung der an ihn gestellten Bedingungen wirkungslos; ein Geständnis wird unverwertbar. Das heißt, der *status quo ante* wird wiederhergestellt.[140] Dies gilt nur nicht im Fall von Nr. 3, da dem Angeklagten in einem solchen Fall bewusst sein dürfte, dass das Geständnis erheblich straferschwerende Umstände verschweige, weshalb dem Angeklagten zuzumuten sei, in diesem Fall das Risiko einer Verwertung des Geständnisses zu tragen.[141]

Nach Punkt 7, 8 und 9 der Eckpunkte GStAe ist das Gericht ebenfalls an seine Zusagen bis zum Abschluss des Rechtszuges gebunden. Die Bindungswirkung entfällt ebenfalls in Anlehnung an § 243 a Abs. 4 Nr. 3 BRAK-E nur, wenn sich im weiteren Verfahren wesentliche strafmildernde oder -erschwerende Umstände ergeben, die dem Gericht im Zeitpunkt seiner Zusage unbekannt waren. Die Verwertbarkeit des Geständnisses bei Wegfall der Bindungswirkung richtet sich nach den „allgemeinen Grundsätzen des Strafprozessrechts".

Nach § 243 a Abs. 5 S. 1 Nds.-E ist das Gericht erst an seine Zusage gebunden, wenn Staatsanwaltschaft, Angeklagter und Verteidiger dem mitgeteilten Strafrahmen zustimmten. Die Bindungswirkung einer Absprache gilt gemäß § 243 a Abs. 5 S. 3 Nds.-E nur für den jeweiligen Rechtszug. Die Bindungswirkung entfällt gemäß § 243 a Abs. 5 S. 2 Nds.-E, wenn sich im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung eine wesentliche Änderung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht ergibt. Ein Geständnis bleibt bei Wegfall der Bindungswirkung gemäß § 243 a Abs. 6 S. 3 Nds.-E in jedem Fall verwertbar. Über diese Gefahr ist der Angeklagte zu belehren gemäß § 243 a Abs. 6 S. 1, 2 Nds.-E.

Nach § 257 c Abs. 4 S. 1 BMJ-RE darf das Gericht von einer Verständigung nur abweichen, wenn sich seine Bewertung der Sach- oder Rechtslage im Verlauf der Hauptverhandlung ändert oder das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem entspricht, das der Prognose des Gerichts zugrunde gelegt worden ist. Nach § 257 c Abs. 4 S. 2 BMJ-RE steht der Wegfall der Bindungswirkung der Verwertung einer Aussage des Angeklagten nicht grundsätzlich entgegen. Mit anderen Worten, es sollen auch hier die allgemeinen Kriterien der Rechtsprechung für Verwertungsverbote gelten.[142]

Nach § 257 Abs. 4 S. 3, 4, 5, 6 DAV-E muss das Gericht nach dem Rechtsgespräch in der Hauptverhandlung über zu verhängende Sanktionen eine Strafobergrenze (und unter Umständen eine Strafuntergrenze) nennen, an die das Gericht dann grundsätzlich gebunden ist. Nach § 257 Abs. 5 DAV-E entfällt die Bindungswirkung nur, wenn das Gericht bis zum Schluss der Beweisaufnahme nach vorheriger Anhörung der Verfahrensbeteiligten feststellt, dass neue Beweismittel oder Tatsachen vorliegen, die dem Beschluss über den Schuldspruch nach Abs. 3 zwingend entgegenstehen. Dasselbe gilt, wenn dem mitgeteilten Sanktionsrahmen zwingende Rechtsgründe entgegenstehen. In diesem Falle bleiben alle im Zusammenhang mit der Absprache abgegebenen Erklärungen unberücksichtigt.

b) Bewertung

Insgesamt erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie unsinnig, jeden noch so geringfügigen, später hinzutretenden straferschwerenden Umstand zum Anlass zu nehmen, von der Absprache wieder abzurücken und das Verfahren streitig fortzuführen.[143] Dies würde dem Ziel, auch mit der Absprache Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen, entgegenstehen. An § 243 a Abs. 4 BRAK-E wird kritisiert, dass der Wegfall der Bindungswirkung nur für wenige Irrtümer des Gerichts vor-

140 BRAK-E (Fn. 77), S. 25.

141 BRAK-E (Fn. 140).

142 BMJ-RE (Fn. 80), S. 25.

143 *Landau/Bünger* (Fn. 98), 268 (272).

gesehen ist; dies sei mit § 261 StPO nicht zu vereinbaren.[144] An dieser Kritik ist richtig, dass dadurch das Gericht dem Gebot der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht in vollem Umfang genügen kann (siehe dazu III. und Fn. 63). Andererseits ist zu beachten, dass das Gericht in diesem Fall nahezu risikolos Absprachen treffen könnte, da es die Absprachen mit einem Verweis auf jeden neuen oder übersehenen Umstand fast immer brechen könnte. Damit wird dem Angeklagten ein erhebliches Risiko aufgebürdet, der mit seinem Geständnis auch noch vorleisten muss, was dem Grundsatz Vertrauen des Angeklagten gegen Vertrauen des Gerichts widerspräche.[145] Es ist daher unter dem Grundsatz des *fair trial* geboten, dass das Gericht sich nicht so einfach von der Absprache lösen kann. Es wäre auch nicht so leicht versucht, eine Absprache einzugehen. Wesentlich straferschwerende Umstände sollten denen in BGHSt 43, 195 (210) vergleichbar sein (siehe III.). Dass die Bindungswirkung nur für den jeweiligen Rechtszug gelten soll, ist akzeptabel, wenn dafür das Rügerecht in der Rechtsmittelinstanz in Bezug auf die Absprache eingeschränkt wird (siehe noch IV. 7.). Unter dem Grundsatz des fairen Verfahrens ist es grundsätzlich nicht hinnehmbar, das Geständnis oder sonstige Handlungen des Angeklagten beim Wegfall der Bindungswirkung zu verwerten.[146] Die Grundsätze des Beweisverwertungsverbots sind als Schutz unzureichend, da diese Grundsätze besonders umstritten sind.[147] Die Rechtsprechung nimmt ein Beweisverwertungsverbot oft erst unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls an,[148] weshalb der Angeklagte sein Risiko kaum abschätzen kann. Daher scheint die Wiederherstellung des *status quo ante* überzeugend. Das Gericht muss sich beim Wegfall der Bindungswirkung wieder von Neuen um die Ermittlung der Schuld des Täters bemühen, ohne bequem auf ein zweifelhaft erlangtes Geständnis zurückzugreifen. Ebenso erscheint es überzeugend, wenn das Geständnis in den Fällen verwertbar ist, in denen der Angeklagte wesentlich straferschwerende Umstände nicht erwähnt hat, bzw. seine Zusagen nicht erfüllt. In diesen Fällen ist das Scheitern der Absprache dem Angeklagten zuzurechnen. Dieses Risiko kann der Angeklagte auch abschätzen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass unter Abwägung des Gebots der Ermittlung der materiellen Wahrheit mit dem *fair trial*-Grundsatz § 243a Abs. 4 BRAK-E die konsequenteste Lösung darstellt.

6. Rechtsmittelverzicht

a) Vorschläge

Zum Rechtsmittelverzicht (siehe I., III.) lassen sich im Wesentlichen zwei Lösungsvorschläge feststellen:

BRAK-E und DAV-E gehen einen neuen Weg, indem sie § 302 Abs. 1 StPO vollständig ändern wollen. Demnach sollen Rechtsmittelverzicht und Zurücknahme eines Rechtsmittels innerhalb der Rechtsmittelfrist generell nicht mehr möglich sein. Während § 302 Abs. 1 S. 1 DAV-E dies ohne Ausnahme verbietet, lässt § 302 Abs. 1 S. 2 BRAK-E bei Urteilen des Strafrichters (vgl. § 25 GVG) einen Rechtsmittelverzicht doch zu, es sei denn, das Urteil beruht auf einer Urteilsabsprache.

Die übrigen Entwürfe wollen dagegen § 35a StPO um die vom Großen Strafsenat in BGH NJW 2005, 1440 (1445 f.) geforderte sog. qualifizierte Belehrung ergänzen (siehe III.). Das bedeutet, dass ein Rechtsmittelverzicht nicht ausdrücklich vereinbart werden darf. Um dies sicherzustellen, reicht es nach den übrigen Entwürfen aus, wenn der Angeklagte darüber belehrt wird, dass er in jedem Fall frei ist, auf Rechtsmittel zu verzichten.

b) Bewertung

Insgesamt herrscht Uneinigkeit, wie diese Lösungsvorschläge zum Rechtsmittelverzicht bewertet werden sollen.[149] Hier sollten die Ergebnisse der mehrfach zitierten empirischen Studie von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* herangezogen werden (siehe I. und Fn. 8).[150] Nach diesen Erkenntnissen erweist sich die qualifizierte Belehrung als „sinnlose Förmelei".[151] Zudem konnte der Große Senat wegen des eindeutigen Wortlauts in § 302 Abs. 1 S. 1 StPO nur mit einer qualifizierten Belehrung auf das Problem des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts reagieren. Der Gesetzgeber kann aber das Gesetz ändern. Dies sollte er in Richtung einer generellen Unzulässigkeit des Rechtsmittelverzichts tun. Ob von dieser Unzulässigkeit eine Ausnahme für Rechtsmittelverzichte bei Urteilen des Strafrichters, die ohne eine Absprache zustande gekommen sind, wirklich notwendig ist,[152] kann ich nicht beurteilen. Unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und dem Gleichheitsgrundsatz erscheint der eindeutige Regelungsvorschlag des DAV-E, also der Abschied vom Rechtsmittelverzicht, vorzugswürdiger.

7. Rechtsmittel

Schließlich stellt sich die Frage, inwiefern eine Absprache nach den Vorschlägen mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann.

144 *Landau/Bünger* (Fn. 143).

145 *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (488).

146 So auch *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (488 f.).

147 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (686).

148 Vgl. *Beulke* (Fn. 2), Rn. 457 ff.

149 *Landau/Bünger* (Fn. 143), halten die qualifizierte Belehrung für ausreichend; *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (489), tendiert in Richtung genereller Unzulässigkeit des Rechtsmittelverzichts, stellt aber fest, dass sich Vor- und Nachteile einer solchen Regelung die Waage hielten; *Weßlau* (Fn. 92), 357 (360), glaubt nicht, dass es entscheidend für die Aufrechterhaltung der Absprache ist, wenn der Eintritt der Rechtskraft um eine Woche durch die Unzulässigkeit des Rechtsmittelverzichts hinausgeschoben wird.

150 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (76 f.).

151 *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 71 (77).

152 So *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (489).

a) Vorschläge

Fast alle Entwürfe schlagen vor, dass die Berufung (vgl. §§ 312 ff. StPO) – d. h. die gegebenenfalls umfassende Neuverhandlung in der zweiten Tatsacheninstanz – gegen Urteile, die aufgrund einer Absprache ergehen, entfällt. Stattdessen soll gegen solche Urteile immer Revision zulässig sein. Dabei soll aber die Nachprüfung wegen einer Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren auf eine Verletzung der bei der Absprache zu beachtenden Vorschriften sowie auf die in § 338 StPO genannten absoluten Revisionsgründe beschränkt werden. Gemäß § 337 Abs. 3 BRAK-E und § 337 Abs. 3 BMJ-RE kann zusätzlich noch die Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens gerügt werde. Dieser eingeschränkten Rügemöglichkeit liege der Gedanke zu Grunde, im Revisionsverfahren ein Verhalten zu unterbinden, das im Gegensatz zum früheren Prozessverhalten stehe.[153] Es sei nicht sachgerecht, den Verfahrensbeteiligten, die an einer Verständigung einvernehmlich mitgewirkt haben, im Revisionsverfahren, in vollem Umfang eine Rüge bzgl. Verfahrensvorschriften einzuräumen, auf die sie im Rahmen ihrer Beteiligung an der Verständigung gerade verzichtet hätten.[154]

Nur der DAV-E will, insofern konsequent, keine Änderung im bestehenden Rechtsmittelrecht für auf Absprachen beruhende Urteile, da er einen konsensbedingten Verzicht auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften nicht anerkennt.[155]

b) Bewertung

Die Entwürfe, die das Rechtsmittelrecht für auf Absprachen beruhende Urteile einschränken wollen, aber das Konsensprinzip nicht anerkennen und stattdessen die Grundsätze des Strafverfahrens völlig unangetastet lassen wollen (siehe IV. 2. a), geraten an dieser Stelle dogmatisch ins Schlingern. Schließlich sollen die Verfahrensbeteiligten mit Ausnahme des Rechtsmittelverzichts keinesfalls auf ihre Verfahrensrechte verzichten können. Dann ist aber nicht einleuchtend, warum dann das Rügerecht in der Revisionsinstanz hinsichtlich der Verletzung dieser Rechte eingeschränkt werden soll. Einleuchtend wird darauf verwiesen, dass die Einschränkung des Rechtsmittelrechts für auf Absprachen beruhende Urteile gerade eine Ausprägung des Gedankens der Verwirkung sei.[156] Aber nur ein Recht, das man innehabe, könne man auch verwirken.[157] Deshalb setzt eine solche Einschränkung des Rügerechts voraus, dass in Grenzen Rechtsgestaltung im Strafprozess durch den übereinstimmenden Willen der Beteiligten möglich wird.

Ansonsten erscheint es genauso möglich, die Bindungswirkung der Absprache (siehe IV. 5. b) auf die folgenden Instanzen auszudehnen und dafür Berufung und Revision wie gewohnt zuzulassen.[158]

V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass keiner der Entwürfe ein insgesamt überzeugendes Gesamtkonzept zur gesetzlichen Regelung der Absprachen bietet. Zu einzelnen Problemfeldern gibt es aber durchaus gute Lösungsansätze. Daher ist der Empfehlung zuzustimmen, eine gesetzliche Regelung gründlich zu diskutieren[159] und jeden neuen Entwurf[160] zu begrüßen.

Insgesamt sollte der Gesetzgeber aber versuchen, den Absprachen Grenzen zu ziehen, um die Grundsätze des Strafverfahrens faktisch nicht vollständig aufzugeben. Deshalb sollte die Devise lauten: weniger unbestimmte Rechtsbegriffe und stattdessen klare Grenzen. Denn unbestimmte Rechtsbegriffe werden letztendlich wieder vollständig durch die Rechtsprechung gehandhabt. Diese hat aber gerade ein Tätigwerden des Gesetzgebers angemahnt. Auch wenn die Grundsätze des Strafverfahrens weitestgehend geschont werden sollten, ist es doch fraglich, ob eine gesetzliche Regelung der Absprachen ganz ohne ein Konsensprinzip auskommt. Schließlich ist ein wesentliches Merkmal der Absprachen eben doch, dass durch übereinstimmenden Willen Recht gestaltet wird.

153 BMJ-RE (Fn. 80), S. 27.

154 BMJ-RE (Fn. 153); vgl. auch BRAK-E (Fn. 77), S. 29; Nds.-E (Fn. 79), S. 16 f.

155 DAV-E (Fn. 81), S. 13.

156 *Jahn/Müller* (Fn. 1), 681 (685 f.).

157 *Jahn/Müller* (Fn. 156).

158 So *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (489).

159 *Meyer-Goßner* (Fn. 93), 485 (490).

160 Sehr interessant erscheint auch der Vorschlag von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl* (Fn. 8), 78 f.; einen ganz anderen Weg schlagen *Schünemann/Hauer* (Fn. 8), 444 f., ein, indem sie ein partizipatorisches, bzw. sogar kontradiktorisches, Ermittlungsverfahren vorschlagen.