

**Prof. Dr. Thomas Fischer**  
Richter am Bundesgerichtshof

Karlsruhe, den 22. März 2009

Bundesgerichtshof  
Herrenstr. 45a  
76133 Karlsruhe

Tel 0721 / 159-0  
E-Mail fischer.thomas@bgh.bund.de

Deutscher Bundestag  
Rechtsausschuss  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

**Betr.: Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen  
Bundestages am 25. März 2009 zu dem**

- a) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD  
**Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im  
Strafverfahren**  
**BT-Drucksache 16/11736**
  
- b) Gesetzentwurf des Bundesrates  
**Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren**  
**BT-Drucksache 16/4197**

**Bezug:** Zum Schreiben vom 11. März 2009

Zur Vorbereitung der Anhörung gebe ich die folgende

**Stellungnahme**

ab. In der Kürze der mir zur Verfügung stehenden Zeit ist es mir leider nicht mehr möglich gewesen, mich umfassend mit den vorliegenden Entwürfen, der Vielzahl inzwischen veröffentlichter Alternativvorschläge sowie der großen Zahl von Äußerungen in der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Literatur

auseinander zu setzen<sup>1</sup>; ich beschränke mich daher auf einige grundsätzliche Bemerkungen.

## **I. Zum Regelungsvorhaben insgesamt**

### **1) Zum Regelungsanlass und zur Verfahrenspraxis**

a) Die heute bestehende Absprachepraxis hat sich in den vergangenen 25 Jahren in der deutschen Strafverfahrenspraxis weit verbreitet; ebenso lange wird sie als Problem betrachtet. Als Gründe für ihr Vordringen werden meist genannt:

- Hohe Belastung der Justiz mit umfänglichen und „schwierigen“ Verfahren
- Hoher Druck durch Vordringen von sog. Konfliktverteidigung
- Unzureichende personelle Ausstattung der Strafjustiz
- Ermittlungsprobleme, namentlich in Wirtschaftsstrafsachen, durch Kompliziertheit von Lebenssachverhalten und Ausdehnung von Straftatbeständen in unscharfe Gefährdungsbereiche.

Welche Bedeutung solche objektiven Faktoren für die Ausbreitung tatsächlich haben, muss letztlich offen bleiben; belastbare empirische Untersuchungen dazu gibt es nicht. Es ist zu vermuten, dass die Angabe der genannten Gründe in Umfragen zumindest teilweise auch der (scheinbaren) Rationalisierung sowie einer (vorbeugenden) Abwehr möglicher Vorwürfe dienen. Persönliche Erfahrung als Strafrichter, Strafkammer-Vorsitzender und Revisionsrichter sowie eine Vielzahl von Gesprächen, Diskussionen und Veranstaltungen zum Thema geben mir Anlass zu der Annahme, dass das Gewicht individueller Motive in öffentlichen Stellungnahmen häufig übergangen und unterbewertet wird. Denn in der Verfahrenswirklichkeit verhalten sich die handelnden Personen nicht in erster Linie nach Maßgabe von rechtspolitischen Zielsetzungen oder

---

<sup>1</sup> Insoweit verweise ich zum Überblick auf die Darstellung bei *Huttenlocher*, Dealen wird Gesetz – Die Urteilsabsprache im Strafprozess und ihre Kodifizierung, 2007; *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007; sowie zuletzt die Nachweise bei *Niemöller*, Urteilsabsprachen im Strafprozess – noch ein Regelungsvorschlag, Goldtdammer's Archiv für Strafrecht 2009, Heft 3, S. 172 ff.

wissenschaftlichen Erkenntnissen. Sie verfolgen vielmehr nahe liegender Weise das Ziel, mit möglichst geringem Aufwand und Risiko möglichst großen Erfolg zu erzielen.

Für die am Verfahren beteiligten Berufsgruppen ist das, was als „Erfolg“ anzusehen ist, zwar jeweils unterschiedlich definiert; unter den verschiedenen Blickwinkeln geht es hier um Kriterien insbesondere von persönlicher Arbeitsbelastung, Einkommen und Ansehen, auch um Minderung der erheblichen Stress-Belastung, welche die Führung von Strafverfahren auch für die professionell Beteiligten mit sich bringt. Informelle Verfahrensabsprachen, wie sie sich in der Praxis eingebürgert haben, weisen aber den entscheidenden Vorteil auf, den individuellen Interessen aller professionell Beteiligten zugleich entgegen zu kommen.<sup>2</sup> Hierin liegt zugleich ihre besondere Gefahr, denn sie setzen ihrer Natur nach die ausdifferenzierten Regeln wechselseitiger Kontrolle außer Kraft, welche das rechtsstaatliche Strafverfahrensrecht bisher prägten.

b) In der Verfahrenswirklichkeit haben Absprachepraktiken weite Teile der Strafgerichtsbarkeit erfasst. Dabei werden sowohl Regeln der geltenden Strafprozessordnung als auch Begrenzungen der Absprachepraxis, die vom Bundesgerichtshof aufgestellt worden sind<sup>3</sup>, regelmäßig und in weitem Umfang außer Acht gelassen. Das betrifft insbesondere die Verpflichtung zur umfassenden Wahrheitsermittlung, das Verbot von Zusagen bestimmter Strafhöhen, von Maßregel-Aussprüchen oder Neben- und Folgeentscheidungen, das Verbot der Verpflichtung zum Rechtsmittelverzicht sowie die Erfordernisse der Verfahrensöffentlichkeit.

Öffentliche Verlautbarungen hierzu sind, nach Erfahrungen des *Verfassers*, meist von Beschwichtigung und Vorwürfen an die jeweils andere Seite, häufig auch von Unehrllichkeit geprägt. Umfang und praktische Folgen des tatsächlichen Abspracheverhaltens werden verharmlost, soweit es das jeweils eigene Verhalten betrifft. In informellen Gesprächen sowohl mit Richtern und Staatsanwälten als auch mit Strafverteidigern erfährt man dagegen, dass die Prozesswirklichkeit teilweise weit

---

<sup>2</sup> *Schmidt-Hieber*, Deutsche Richterzeitung 1990, S. 321, 324: Absprachen sind „ein Erzeugnis aus tatsächlicher und vermeintlicher Arbeitslast, Bequemlichkeit, mangelnder Konfliktbereitschaft und schlichter Faulheit“. Vgl. dazu auch *Gössele*, Quo vadis, Strafverfahren?, in: Festschrift für Fezer, 2008, S. 495, 499; *Fischer* NSTZ 2007, 433 ff.

<sup>3</sup> Insbesondere durch die Entscheidungen BGHSt 43, 195 ff., und BGHSt 50, 40 ff. (Großer Senat); aber auch in zahlreichen anderen Entscheidungen (vgl. die Nachweise bei *Fischer*, StGB, 56. Auflage 2009, § 46 Rn. 113).

stärker „aus dem Ruder“ gelaufen ist, als dies öffentlich zugegeben wird, dass die Vorgaben des Gesetzes und der höchstrichterlichen Rechtsprechung teilweise weithin umgangen werden und dass sich Strukturen gegenseitiger Abhängigkeit und Verpflichtung entwickelt haben, die dies ermöglichen und absichern. Praktisch jeder Richter oder Staatsanwalt berichtet im persönlichen Gespräch über „skandalöse“ Praktiken Dritter, von denen er gehört oder die er erlebt hat, und fast jeder Strafverteidiger offenbart im persönlichen Gespräch Umgehungspraktiken oder „vertrauliche“ Usancen und Taktiken der Absprache-Erzwingung, die von ihm, ihm bekannten Kollegen, Strafrichtern oder Staatsanwälten geübt werden.

Hinzu kommen zahllose Berichte einerseits von Strafrichtern über eine missbräuchliche Verwendung von Verfahrensrechten durch Strafverteidiger, um auf diese Weise Absprachen zu erzwingen, andererseits von Strafverteidigern über sachwidrige Strafdrohungen oder unangemessene Verhandlungsführung durch Strafrichter, um Druck in Richtung auf Absprachen auszuüben. Mögen auch solche Berichte im Einzelnen interessegeleitet sein, so sind sie doch in ihrem Kern, gerade wegen ihrer Häufigkeit und charakteristischen Gleichförmigkeit, glaubhaft und Besorgnis erregend.

Erschreckend erscheint, dass es sowohl auf Verteidiger- als auch auf Richterseite inzwischen gang und gäbe ist, sich mit Fähigkeiten besonders erfolgreichen, nachhaltigen „Dealens“ unter Umgehung der gesetzlichen und höchstrichterlichen Vorgaben geradezu zu brüsten. Schlaglichtartig mögen folgende Beispiele erwähnt werden:

- Der *Verfasser* plante im Rahmen einer Vorlesung über Strafprozessrecht, mit einer Gruppe von Studenten eine Hauptverhandlung vor dem Landgericht zu besuchen. Als besonders geeignet erschien eine Schwurgerichts-Verhandlung. Der *Verfasser* suchte daher zum Anfang eines Wintersemesters (November) den Vorsitzenden der Schwurgerichtskammer eines Landgerichts auf und bat ihn um Mitteilung ggf. geeigneter Termine. Der Vorsitzende blätterte eine Weile in seinem Kalender und antwortete dann: „Ich kann Ihnen im nächsten halben Jahr nichts anbieten. Bis März ist schon alles ausgedeadt, und am April arbeite ich gerade.“ Es handelte sich, entgegen erster Annahme, nicht um einen Scherz. Der Schwurgerichts(!)-Vorsitzende teilte auf Nachfrage mit, er „bevorzuge grundsätzlich ausgedeadte Verfahren“. Selbstverständlich sei

jeweils ein Rechtsmittelverzicht Teil der Absprache. Diese werde zwar nie protokolliert; aber ein Verteidiger, der sich daran nicht halte, mache dies „bei ihm nur einmal“.

- Ein dem *Verfasser* gut bekannter Vorsitzender einer Großen Strafkammer berichtet: Nach Eröffnung des Hauptverfahrens wegen schweren (bewaffneten) Raubs (gesetzliche Mindeststrafe: fünf Jahre) mit hohem Schaden und gravierenden Folgen für das Tatopfer erschien einer der Verteidiger beim Vorsitzenden. Er teilte mit, bei einer Strafe von drei Jahren „könne man sich einigen“ und die Sache an einem Vormittag erledigen. Der Vorsitzende wies darauf hin, die Annahme eines minder schweren Falls sei nach Aktenlage fern liegend und komme nicht in Betracht. Hierauf antwortete der Verteidiger: „Dann wissen Sie ja, was jetzt kommt.“ In der darauf folgenden wochenlangen Hauptverhandlung wurde gegen jede einzelne Verfügung des Vorsitzenden die Kammer angerufen (§ 238 Abs. 2 StPO), jeder Beweiserhebung widersprochen, Antragsabweisungen jeweils mit Befangenheitsanträgen beantwortet.
- Im Rahmen einer öffentlichen Veranstaltung von Richtern und Staatsanwälten wies der *Verfasser* in einer Wortmeldung darauf hin, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zusage von „Punktstrafen“ und die Verpflichtung zum Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache unzulässig und rechtswidrig seien. Hierauf meldete sich der Vorsitzende eines OLG-Strafsenats zu Wort und vertrat die Ansicht, diese Anforderungen seien „lebensfremd“. Er erklärte sodann nachdrücklich: „Der BGH kann entscheiden, was er will; daran hält sich sowieso niemand.“ Hierauf erhielt er von den etwa 250 anwesenden Richtern und Staatsanwälten lang anhaltenden starken Beifall.
- Von Verteidigern und Staatsanwälten wird glaubhaft berichtet, dass es bei zahlreichen Strafkammern, namentlich an chronisch als „überlastet“ geltenden Gerichten, üblich geworden ist, Hauptverhandlungen zunächst regelmäßig ohne vorherige Lektüre der Akten, allein auf der Grundlage der (ungeprüften) Anklageschrift zu beginnen. Der erste Tag der Hauptverhandlung dient dann vorrangig der Klärung, wie viel „Verhandlungsstoff“ für eine Absprache

Staatsanwaltschaft und Verteidigung aufzubieten haben, sowie der Bekanntgabe mehr oder minder fantasievoller Strafmaßerwartungen für den Fall, dass wider Erwarten die Durchführung einer streitigen Hauptverhandlung erstrebt werde.

Diese Beispiele sollen nur illustrieren, was inzwischen als allgemeine Kenntnis jedenfalls der betroffenen Kreise unterstellt werden kann. Die Absprachepraxis hält sich in weitem Umfang nicht an gesetzliche Regelungen und höchstrichterliche Entscheidungen. Absprachen über Rechtsmittelverzichte sind weit verbreitet; Verstöße gegen entsprechende informelle „Erwartungen“ werden mit sachfremdem „Rache“-Verhalten in anderen Verfahren beantwortet oder damit zumindest gedroht. Gegenstand von Absprachen sind in der Praxis vor allem:

- Vorwurf der Bandenmäßigkeit (insb. bei BtM-Delikten: Mindeststrafe fünf Jahre);
- Vorwurf der Verwendung von Waffen oder des Mitführens gefährlicher Werkzeuge (bei Raub, räuberischer Erpressung und Vergewaltigung; Mindeststrafe drei bzw. fünf Jahre);
- Anzahl der begangenen Taten;
- Höhe des verursachten Schadens;
- Vorliegen von Mordmerkmalen;
- Anwendung von Jugendrecht bei Heranwachsenden;
- Anordnung von Maßregeln, insb. nach § 64 StGB (Entziehungsanstalt) und § 66 StGB (Sicherungsverwahrung);
- Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 StGB).

Einbezogen werden darüber hinaus auch Vollstreckungsfragen (Zustimmung zur Reststrafenaussetzung bei Halbstrafe; Befürwortung von Maßnahmen nach § 35 BtMG; Befürwortung von Aufnahme in den Offenen Vollzug; usw.).

Als „Gegenleistung“ werden namentlich geboten:

- Geständnis;
- Verzicht auf Beweiserhebungen;
- Rücknahme von Beweisanträgen;

- Verzicht auf Haftprüfungsanträge;
- Einverständnis mit prozessordnungswidrigem Verhalten;
- Belastende Aussagen gegen Tatbeteiligte oder in anderen Verfahren;
- Rechtsmittelverzicht.

Die Verfahrenswirklichkeit bietet daher, in nicht unerheblichen Teilen, geradezu ein Zerrbild des gesetzlichen Bildes eines rechtsstaatlichen, ordnungsgemäßen Strafverfahrens. Die von den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs durch und im Anschluss an BGHSt 43, 195 ff. entwickelten Begrenzungen des Abspracheverhaltens werden in der Praxis teilweise eingehalten, in einem erheblichen Umfang aber bewusst missachtet. Auch wo sie der Form nach befolgt werden (z.B.: Erörterung der Absprache in der Hauptverhandlung; Protokollierung der Absprache), geschieht dies in nicht seltenen Fällen vor dem Hintergrund einer wiederum vorgeschalteten informellen Absprache über diese Form, also im Ergebnis nur zum Schein.

c) Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs hat diese Gefahren teilweise gesehen; auch den vorliegenden Gesetzentwürfen liegen teilweise Erkenntnisse über Besorgnis erregende Entwicklungen zugrunde.

Der große Senat hat hieraus, mit einer weit verbreiteten, allerdings im Einzelnen äußerst unterschiedlich ausgerichteten, differenzierten Meinung, den Schluss gezogen, es sei eine (gesetzliche) Regelung des Abspracheverfahrens erforderlich, um eine Kontrolle zu ermöglichen und weiteren Missbräuchen vorzubeugen.

Diese Ansicht ist auch in den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs und bei der Bundesanwaltschaft nicht unbestritten.<sup>4</sup> Strafverteidiger sprechen sich inzwischen, jedenfalls in Veröffentlichungen und im Rahmen öffentlicher Veranstaltungen, wohl mehrheitlich gegen die Absprachepraxis und auch gegen ihre gesetzliche

---

<sup>4</sup> Vgl. beispielsweise *Harms*, Die konsensuale Verfahrensbeendigung – Das Ende des herkömmlichen Strafprozesses?, in: Festschrift für Nehm, 2006, S. 289 ff.; *Meyer-Goßner*, Rechtsprechung durch Staatsanwaltschaft und Angeklagten? Urteilsabsprachen im Rechtsstaat des Grundgesetzes, NStZ 2007, 425 ff.; *ders.*, NStZ 2004, 216 ff.; *Pfister*, Die Verständigung im Strafverfahren aus Sicht der Revision, StraFo 2006, 349 ff.; *Fischer*, Regelung der Urteilsabsprache – Ein Appell zum Innehalten, NStZ 2007, 433 ff.; *ders.* in KK-StPO, 6. Auflage 2008, § 244 Rn. 30, 31; *ders.*, StGB 56. Auflage § 46 Rn. 114 ff.

Festschreibung aus. Das hindert freilich die meisten Kritiker nicht, jeweils im Einzelfall selbst Absprachen anzustreben und zu treffen.

Ein zwingender rechtspolitischer oder rechtsdogmatischer Grund für die gesetzliche Einführung eines Abspracheverfahrens ist bisher nicht aufgezeigt worden.<sup>5</sup>

## **2) Zu Erfahrungen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs**

Zu Wesen, Ziel und Kern der Absprache im Strafprozess zählt es, eine Kontrolle der Verfahrensergebnisse durch ein Rechtsmittelgericht, namentlich auch durch die Revision, zu erübrigen oder auszuschließen. Es ist daher gerade ein Kennzeichen der Absprachepraxis, dass sie der Kontrolle durch den Bundesgerichtshof nur noch ausnahmsweise, eher zufällig und allenfalls in geringen Teilen zugänglich ist. „Gelungene“ Absprachen bleiben, gleichgültig ob ihre Ergebnisse und das Verfahren zu ihrer Erzielung rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen, regelmäßig jeder Kontrolle entzogen. Der Bundesgerichtshof hat sich in der Vergangenheit daher zunehmend nur noch mit „gescheiterten“ oder aus sonstigen Gründen nachträglich streitig gewordenen Absprachen zu befassen gehabt. Dies kommt vor allem dann in Betracht, wenn einzelne von mehreren Beschuldigten an einer Absprache nicht beteiligt waren oder durch ihre Ergebnisse (z.B. belastende Geständnisse) benachteiligt sind oder wenn ein zunächst erklärter Rechtsmittelverzicht nachträglich widerrufen werden soll. Auf solchen Konstellationen beruhen die – hier als bekannt vorausgesetzten – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu Voraussetzungen und Grenzen von Absprachen namentlich in Verbindung mit der Zulässigkeit von Revisionseinlegungen nach Rechtsmittelverzicht.<sup>6</sup>

Weit weniger Beachtung findet aber bislang der Umstand, dass das Revisionsgericht schon heute in einem erheblichen Umfang mit der Beurteilung von Sachverhalten befasst ist, die auf erkennbar fiktiven, auf informelle Absprachen gegründeten Feststellungen beruhen. Sie stützen sich auf „Geständnisse“, deren angebliche Glaubhaftigkeit in Absprachen vereinbart und vom Gericht weder hinterfragt noch durch eine Beweisaufnahme überprüft wurde. Solche ausgehandelten Geständnisse

---

<sup>5</sup> So zutr. auch *Hettinger*, NStZ 2009, 422; *Gösse*, Festschrift für Fezer 2008, 495, 500 ff.

geben, nach Kenntnis und Berichten der an ihrer Entstehung beteiligten Personen, vielfach allenfalls das wieder, was einer vermutlichen oder vorläufigen Beweislage „nach Aktenlage“ entspricht.

Beispielhaft für einen Fall, in welchem sich die Annahme einer rechtswidrigen Absprache über den Schuldspruch geradezu aufdrängt, kann die Entscheidung des 2. Strafsenats vom 5. Dezember 2008 – 2 StR 495/08 – zitiert werden:

Anklage und Eröffnungsbeschluss legten den beiden Angeklagten einen gemeinschaftlich begangenen Mord zur Last. Nach den Feststellungen des Landgerichts war den Angeklagten bewusst, dass das von ihnen zur Durchführung des Raubs gefesselte und geknebelte Tatopfer ersticken konnte. "Dies war ihnen aber gleichgültig, da sie sich einen zeitlichen Vorsprung verschaffen wollten". Danach lagen unzweifelhaft die Voraussetzungen eines vorsätzlichen Tötungsverbrechens vor. Die Angeklagten sind gleichwohl nur wegen Raubs mit (fahrlässiger) Todesfolge verurteilt worden. Der 2. Strafsenat hat dies als „unverständlich und offensichtlich rechtsfehlerhaft“ bezeichnet.

Die fehlerhafte Verurteilung beruhte auf einer Verfahrensabsprache, deren Inhalt der Vorsitzende nach dem Protokoll der Hauptverhandlung wie folgt vorgetragen hat:

"Vor Beginn der Hauptverhandlung fand ein Gespräch über eine vorzeitige Beendigung des Verfahrens statt. Dies mag überraschen. Gleichwohl war dies bereits zu Beginn des Verfahrens angezeigt, weil die Aktenlage eine solche Vorgehensweise aufdrängte, dies im Hinblick auf die geständigen Einlassungen beider Angeklagter. Unter Berücksichtigung dessen konnte zwischen allen Verfahrensbeteiligten und der Kammer die gebotene zügige Beendigung des Verfahrens ins Auge gefasst werden im Falle einer Verurteilung mit einer Freiheitsstrafe gegen beide Angeklagte in Höhe von höchstens 12 Jahren und einer Unterbringung nach § 64 StGB, dies unter der Voraussetzung, dass sich beide Angeklagte des mittäterschaftlich begangenen Raubs mit Todesfolge gem. §§ 249, 250, 251 StGB schuldig gemacht haben."

Die Angeklagten ließen erklären: "Wir sind mit einer solchen Vorgehensweise einverstanden. Das Urteil (!) ist schmerzhaft für uns, aber als Sühne für das von uns begangene Unrecht in dieser Höhe angemessen."

Sodann beantragte der Staatsanwalt Freiheitsstrafen von jeweils 12 Jahren wegen Raubs mit (fahrlässiger) Todesfolge. Der Nebenklägervertreter beantragte dasselbe. Der Verteidiger erklärte wörtlich: „So sei es“ (!).

Das Gericht verurteilte wegen Raubs mit (fahrlässiger) Todesfolge zu jeweils 12 Jahren Freiheitsstrafe. Sogleich nach Verkündung wurden Erklärungen zum

---

<sup>6</sup> Vgl. insb. BGHSt (Großer Senat) 50, 40 ff.

Rechtsmittelverzicht eingeholt und protokolliert. In den Urteilsgründen führte das Landgericht aus, die Angeklagten hätten die Tat „glaubhaft gestanden“.

Solche Abläufe und Ergebnisse sind weder aus Gründen der Verfahrensökonomie nahe liegend noch sachlich gerechtfertigt. Sie sind geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Strafjustiz zu erschüttern.

Die Feststellung erkennbar unzutreffender Sachverhalte ist nicht auf spektakuläre Einzelfälle beschränkt. Es entspricht vielmehr täglicher Erfahrung, auch des Revisionsgerichts, dass Feststellungen auf der Grundlage ausgehandelter „Geständnisse“ getroffen werden, die trotz ersichtlicher Unglaubhaftigkeit nicht in Frage gestellt werden. Der Täter „gesteht“ beispielsweise,

- dass die von ihm bei der Tat geführte Pistole ungeladen war;
- dass er sich nicht mit anderen zu einer Bande zusammen schließen wollte;
- dass er das Tatopfer nicht töten, sondern nur verletzen wollte;
- oder dass er den Eintritt eines Vermögensschadens nicht für möglich hielt.

Werden solche im Rahmen einer Absprache angebotenen Einlassungen augenzwinkernd „geglaubt“ oder als angeblich „unwiderleglich“ behandelt, so wird das vom Bundesgerichtshof und auch vom Bundesverfassungsgericht mehrfach ausdrücklich ausgesprochene Verbot einer Absprache über den Schuldspruch formal eingehalten, in Wahrheit jedoch – bewusst – umgangen.

### **3) Zum Verhältnis von allgemeinen Verfahrensgrundsätzen und Absprache-Verfahren**

Ein Abspracheverfahren, gleich in welcher Ausgestaltung, muss zu den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen und rechtsstaatlichen Garantien in einem inhaltlich und systematisch glaubwürdigen Verhältnis stehen. Das Ergebnis der Frage nach diesem Verhältnis ist auch verfassungsrechtlich nicht zwingend vorgegeben. Es muss aber darauf Bedacht genommen werden, dass das Gesamt-System des Strafprozesses seine herausragend wichtige legitimatorische Bedeutung behält. Es erscheint

zweifelhaft, dass die bislang vorliegenden Gesetzesvorschläge diesem Erfordernis hinreichend Rechnung tragen.

#### **a) Wahrheitsermittlung; Aufklärungsgebot**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>7</sup> ist die Ermittlung der materiellen Wahrheit die unabdingbare Zielsetzung des rechtsstaatlichen Strafprozesses und die Voraussetzung für die Feststellung von strafrechtlicher Schuld. In einer Entscheidung vom 14. Juni 2007<sup>8</sup> hat das BVerfG ausgeführt:

„Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip sich nicht verwirklichen lässt“;

und in der Entscheidung BVerfGE 106, 28, 48 heißt es:

„Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld wie auch der Freispruch des Unschuldigen sind die wesentlichen Aufgaben der Strafrechtspflege..., die zum Schutz der Bürger den staatlichen Strafanspruch in einem justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren ... durchsetzen soll (vgl. BVerfGE 57, 250, 275; 80, 367, 378; 100, 313, 389).“

Jede Regelung eines Verfahrens über die Absprache von Strafurteilen zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem muss entscheiden, welche Bedeutung dieser Grundsatz der Wahrheitsermittlung von Amts wegen haben soll. Vor dem Hintergrund der oben geschilderten praktischen Erfahrungen erscheint es widersprüchlich und unrealistisch, ein Abspracheverfahren mit dem Grundsatz der Wahrheitsermittlungspflicht zu „kombinieren“, wie dies die vorliegenden Entwürfe tun (vgl. insb. BT-Drs. 16/11736, § 257c Abs. 1 S. 2 – E).

---

<sup>7</sup> Vgl. etwa BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61;

<sup>8</sup> 2 BvR 14467/05 = Strafverteidiger 2007, 393, 396.

Die Prinzipien eines – wie auch immer – „konsensualen“ Verfahrens und der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) stehen vielmehr im Widerspruch zueinander und sind im Grundsatz unvereinbar. Bemühungen, diesen Widerspruch durch die Formulierung zu lösen, die Aufklärungspflicht bleibe „unberührt“, erweisen sich in der Wirklichkeit als bloße Worthülsen. Selbstverständlich bleibt in der Praxis die Aufklärungspflicht gerade nicht „unberührt“, denn ihre Beschränkung ist gerade ein wesentlicher Teil jeder Absprache.

### **b) Schuldprinzip**

Grundlage der Strafe ist die Schuld des Täters (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB). Das Maß der Schuld kann sich, nach herkömmlichem Verständnis und nach materiellen Gesichtspunkten der Gerechtigkeit, nicht wesentlich nach Maßgabe des (nachträglichen) Prozess-Verhaltens eines Täters bestimmen. Gesichtspunkte des erforderlichen Verfahrens-Aufwands, der Länge der Hauptverhandlung, der Inanspruchnahme von Justiz-Ressourcen sind daher nicht geeignet, die Schuld des Täters in ausschlaggebendem Maße zu beeinflussen.

Dem steht nicht entgegen, dass glaubhafte, von Einsicht getragene Geständnisse, Wiedergutmachung des Schadens oder ernsthaftes Bemühen darum, Rücksicht und Verständnis für Tatopfer seit jeher Gesichtspunkte sind, die bei der Strafzumessung zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen sind. Die einseitige, letztlich allein auf das Ersparen einer umfangreicheren Beweisaufnahme und auf das prozessuale „Wohilverhalten“ des Beschuldigten abstellende Praxis der Urteilsabsprachen widerspricht diesen Grundsätzen eklatant. Es ist nicht erklärlich, warum der bloße Umstand, durch ein Geständnis zur Entlastung der Justiz beigetragen zu haben, die Strafe etwa für Raub, Betäubungsmittelhandel oder besonders schweren Betrug halbieren können sollte.

### **c) Rechtliches Gehör; faires Verfahren; gesetzlicher Richter**

Als materielle Begründung für ein Abspracheverfahren wird häufig der Gesichtspunkt des „Opferschutzes“ angeführt. Danach soll namentlich der Umstand die Absprache

des Verfahrensergebnisses nahe legen, dass dem Opfer der Straftat auf diese Weise erspart werden könne, in der Hauptverhandlung aus Zeuge auszusagen und so noch einmal mit der Tat (oder: dem Täter) konfrontiert zu werden.

Dieser Gesichtspunkt mag in manchen Verfahren, je nach Lage des Einzelfalls, eine berechtigte Rolle spielen. Als allgemeine Legitimation für ein Abspracheverfahren taugt er jedoch nicht. In einer großen Vielzahl von Verfahren sind die Tatopfer von dem ohne ihre Mitwirkung ausgehandelten Ergebnis nicht erleichtert, sondern eher empört. Die Annahme, Tatopfer seien vor ihrer Vernehmung als Zeugen stets oder meistens zu „schützen“, erweist sich oft als bloße Behauptung. Informelle „Vorgespräche“, Vereinbarungen über erwünschte Geständnisse und als Gegenleistung dafür in Aussicht gestellte niedrige Strafmaße usw. sind geeignet, Geschädigte und Nebenkläger aus dem Zentrum des prozessualen Geschehens zu verdrängen.

Bedenken unter dem Gesichtspunkt eines fairen Verfahrens könnten sich aus einem (gesetzlichen) Abspracheverfahren ergeben, wenn die für Verlauf und Ausgang des Strafprozesses wesentlichen Beweiswürdigungen und Abwägungen in einen informellen Bereich außerhalb der regelhaften Prozessordnung sowie in „Vorgespräche“ verlagert werden, die auf der Grundlage von Aktenkenntnis und nach Maßgabe (vermutlichen) „Verhandlungsstoffs“ geführt werden. Nicht verteidigte Beschuldigte haben von vornherein keine Möglichkeit, an solchen das weitere Verfahren prägenden „Vorgesprächen“ teilzunehmen. Auch verteidigte Angeklagte werden, der Natur der Verständigung nach, mit einer Situation vermutlicher oder vermuteter Beweisergebnisse, Informationen über die „vorläufige“ oder informelle Meinung Dritter über das mögliche Ergebnis von Beweiserhebungen oder über den Akteninhalt sowie mit einer mehr oder weniger zufälligen Konstellation von „Verhandlungsmasse“ konfrontiert; sie sehen sich zudem den Alternativen möglicher, angedrohter, vermuteter oder in Aussicht gestellter Verfahrensergebnisse gegenüber. Hierdurch kann ein außerordentlich hoher Druck aufgebaut werden, dem auch der verteidigte Beschuldigte ausgesetzt ist und der eine distanzierte, taktisch orientierte und geradezu „professionelle“ Abwägungs- und Beurteilungsfähigkeit voraussetzt, die einer Vielzahl von Beschuldigten nach sicherer Erfahrung fehlt.

Die Wahrscheinlichkeit von Fehlentscheidungen steigt hierdurch erheblich an. Über unwahre Geständnisse, die nach intensiven „Belehrungen“ über – vermutliche –

zukünftige Beweisergebnisse und der Inaussichtstellung milder, ggf. zur Bewährung ausgesetzter Strafen für den Fall prozessualen Wohlverhaltens abgegeben werden, wird schon heute von Strafverteidigern immer wieder berichtet.

Die taktisch orientierte Vermischung von Aktenlage, Verhandlungsmasse, vermutlicher Beweislage, Prozessökonomie und wirtschaftlichen Interessen führt zu einer eklatanten Ungleichgewichtigkeit der Verfahrensposition. Sie bevorzugt gebildete, taktisch orientierte Beschuldigte mit großer Verhandlungsmasse, also hohem Drohpotential gegenüber Gericht und Staatsanwaltschaft durch unübersichtliche, umfangreiche Beweislage. Das Verständigungsverfahren führt damit zu einer weiteren Zunahme der gleichheitswidrigen Bevorzugung von Wirtschafts- und Steuerstraftätern.

Eine für Abspracheangebote unabdingbare vorgezogene Verhandlung über Beweislage, Schuldumfang und Rechtsfolgen auf der Grundlage des Akteninhalts sowie „in den Raum gestellter“, verfahrenstaktisch geprägter Erwägungen führt zu einer fast vollständigen Verdrängung der Laienrichter. Da sie die Akten nicht kennen und an informellen Vor- und Randgesprächen der professionell Verfahrensbeteiligten in der Regel nicht oder allenfalls in einem späteren Stadium teilnehmen, sind sie fast vollständig auf die ihnen mitgeteilten Beurteilungen Dritter, d.h. vor allem der Berufsrichter angewiesen. Es ist fern liegend anzunehmen, dass sich Schöffen einem zwischen Berufsrichtern, Staatsanwaltschaft und Verteidigung ausgehandelten Verfahrensablauf mit „schlankem Geständnis“ und vorab ausgehandeltem Strafmaß in einer nennenswerten Anzahl von Fällen widersetzen werden.

Besonders eklatant ist diese weit gehende Verdrängung der Laienrichter, wenn die zur Absprache führenden Gespräche schon vor der Terminierung der Hauptverhandlung geführt werden, wie es häufig der Fall ist. In diesem Fall sind die zur Entscheidung berufenen Laienrichter schon bei ihrem Eintritt in den Spruchkörper mit einem „fertig ausgehandelten“ Fall konfrontiert, dessen Beweislage und beabsichtigtes Ergebnis ihnen der Vorsitzende vor Beginn der Hauptverhandlung mitteilt. Ob dies, namentlich in seiner praktischen Gestalt im Justizalltag, mit den Grundsätzen der Art. 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar ist, mag jedenfalls bezweifelt werden.

#### **4) Zu Bedenken gegen die Einführung eines Absprache-Verfahrens**

Aus den schon genannten und weiteren Überlegungen ergeben sich m. E. Bedenken gegen die Einführung eines gesetzlichen Absprache-Verfahrens.

##### **a) Aufweichung von Verfahrensprinzipien**

Der Grundsatz der Wahrheitsermittlung in Verbindung mit der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) als wesentlicher materieller Kern des deutschen Strafprozesses ist mit einem Abspracheverfahren letztlich nicht vereinbar. Soweit die Gesetzentwürfe das Gegenteil regeln wollen (vgl. BT-Drs. 16/11736, S. 1 f.; § 257c Abs. 1 S. 2 – E), handelt es sich um bloße Postulate, die in der Verfahrenswirklichkeit durch Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit verdrängt werden. Insoweit sind Vorschläge ehrlicher, die davon ausgehen, dass ein „konsensual“ gefundener, dem Urteil zugrunde zu legender Sachverhalt mit der materiellen Wahrheit nicht oder nur teilweise in Einklang steht.

Der Gesetzgeber muss entscheiden, welche Art von Strafverfahren die Verfahrenswirklichkeit in Deutschland in der Zukunft prägen soll. Da es sich nicht um Randbereiche oder weniger bedeutende Gebiete der Strafverfolgung handelt, wird ein gesetzliches Abspracheverfahren, nach welchem etwa ein Großteil der größeren Wirtschaftsstrafverfahren, der Betäubungsmittel-Verfahren sowie wichtige Verfahren wegen organisierter und Bandenkriminalität geführt werden, von außerordentlich großer Bedeutung für die Praxis und die öffentliche Wahrnehmung des Strafprozesses insgesamt sein.

Eine „Kombination“ der „konsensualen“ Aushandlung von Sachverhalten und des Grundsatzes der Amtsaufklärung halte ich für nicht möglich. Vielmehr sehe ich die Gefahr, dass die Regelung einer solchen Kombination auf der Grundlage bloßer Postulate und Formulierungen beruhen würde, die in der Wirklichkeit eine weit reichende Zerstörung der gewachsenen, sorgsam ausdifferenzierten und auf langer Erfahrung gegründeten Verfahrenskultur nur verdecken würde.

## **b) Abschaffung von Rechtskontrolle**

Wesentliches Kennzeichen, geradezu Ziel der Verfahrensabsprache ist die Ausschaltung der herkömmlichen formellen Kontrolle der Ergebnisse. Bereits in der heutigen Praxis ist gänzlich unbestritten, dass die „Erwartung“ der Rechtskraft des ausgehandelten Verfahrensergebnisses und daher eines Verzichts auf Rechtsmittel wesentlicher Bestandteil und Voraussetzung jeder Absprache ist. Die Forderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung wie auch der Gesetzentwürfe, ein Rechtsmittelverzicht dürfe nicht Gegenstand einer Absprache sein, wird in der tatrichterlichen Praxis fast einhellig als „lebensfremd“ und fern liegend bezeichnet, oft geradezu verhöhnt, und schon heute weitgehend nicht beachtet. Hieran würde sich, bei realistischer Betrachtung, auch durch eine gesetzliche Regelung nichts ändern. Die „Erwartung“ des Rechtsmittelverzichts und der Rechtskraft des ausgehandelten Urteils wirkt informell; das Verbot einer ausdrücklichen Vereinbarung steht dem nicht entgegen und wird schon heute nur in Ausnahmefällen – bei besonderer Ungeschicklichkeit der Beteiligten – verletzt.

Um den Kern des Problems zu erkennen, muss man sich vergegenwärtigen, dass Absprachen in der Regel keineswegs mit dem Ziel oder in dem Bewusstsein getroffen werden, materiell ungerechte Ergebnisse zu erzielen. Jeder Richter, der ein Urteil abspricht, vertritt vielmehr die Ansicht, er tue dies mit bestem Willen und in dem Bestreben, ein den Einzelheiten des konkreten Falles entsprechendes, gerechtes Ergebnis zu erzielen.

Einer solchen, in das persönlich-individuelle Wollen verlagerten Absicht entspricht fast zwangsläufig die individuelle Ansicht, das Ergebnis sei jedenfalls „richtig“ und bedürfe weder der Kontrolle noch der Korrektur durch eine übergeordnete Instanz.

Damit wird in einer eklatanten Weise die über lange Zeit gewachsene Erfahrung außer Acht gelassen, dass Gerechtigkeit – gerade auch im Einzelfall – nicht allein durch persönliches Wollen von Richtern erreicht werden kann, sondern ihren strukturellen Kern in einem rechtsstaatlichen Verfahren findet, das wesentlich auf rechtlicher Kontrolle und auf der rechtlichen Einbindung und ggf. Ausschaltung von individueller Willkür und bloßem „Meinen“ beruht.

Diese für die Legitimität des staatlichen Strafrechts unabdingbare Grundlage kann nicht durch ein „konsensuales“ Verfahren ersetzt werden, das für den Fall der Missachtung gesetzlicher Regelungen allen Beteiligten individuelle Vorteile verspricht (weniger Arbeit; Einkommen; niedrigere Strafe) und zugleich eine Kontrolle weitgehend ausschaltet. Wenn die Ergebnisse von Absprachen der Rechtskontrolle entzogen werden, wird es fast zwangsläufig zu einer Zunahme unvertretbarer Ergebnisse kommen. Legitimation und Ansehen des Strafverfahrens werden hierdurch nicht gestärkt, sondern beschädigt.

### **c) Materielle Ungerechtigkeit**

Abspracheverfahren führen zu materiell ungerechten Ergebnissen, weil sie ihrer Natur nach an die Stelle des Inbegriffs der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) Vermutungen über mögliche Verfahrensabläufe und taktische Erwägungen setzen.

Sie führen zu gravierenden Ungleichbehandlungen, weil sie Wirtschaftstraftäter, Beschuldigte mit der (finanziellen) Möglichkeit aufwändiger Verteidigung, Verfahrensbeteiligte mit hohem Konflikt- und damit Droh-Potential und großer Verhandlungsmasse zwangsläufig bevorzugen. Sozial schwache, einfältige Beschuldigte mit übersichtlichen Straftaten haben (meist) nichts zu „verhandeln“.

### **d) Informalisierung**

Die Gesetzentwürfe verfolgen, wie schon die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Begrenzung von Verfahrensabsprachen, das Ziel, einer willkürlichen „Informalisierung“ des Strafverfahrens unter Außerachtlassung wesentlicher Verfahrensgrundsätze entgegen zu wirken und ein klares Gerüst von Regeln und rechtlichen Grenzen entgegen zu stellen.

Dieses Ziel ist im Grundsatz sehr zu begrüßen. Es erscheint auf der Grundlage aller bisherigen Erfahrungen aber sehr zweifelhaft, dass es durch das gesetzliche Nachgeben gegenüber dem Druck der derzeitigen Verfahrenspraxis tatsächlich erreicht werden kann: Das Wesen der Absprachekultur ist die Informalisierung, insbesondere

die Umgehung formaler Anforderungen des Prozessrechts und der Rechtskontrolle. Diese Informalisierung sucht sich, sobald sie als zulässige Form rechtlichen Handelns anerkannt ist, in jedem Fall ihren Weg. Schon heute werden die Anforderungen des Bundesgerichtshofs, etwa nach Öffentlichkeit der Absprachen durch Protokollierung, in der Mehrzahl der Fälle schlicht umgangen, indem die „eigentliche“ Absprache in einen Vorfeld-Bereich vor der protokollierungspflichtigen „offiziellen“ Absprache verlegt wird: Man einigt sich vorab darüber, ob und was zu protokollieren sei. Informelle „Erwartungen“, Drohungen und Versprechungen werden nicht mitgeteilt, prägen aber die Verfahrens-Wirklichkeit entscheidend.

Es ist nicht ersichtlich, wie durch eine Legalisierung des Absprache-Verfahrens durch Übertragung der von der Rechtsprechung entwickelten Grenzen in das Gesetz diese Gefahr verringert und damit das Problem in der Wirklichkeit tatsächlich verringert werden sollte. Es besteht vielmehr die Gefahr, die Probleme der Informalisierung für „gelöst“ zu halten, wenn nur das Gesetz regelt, dass es sie nicht (mehr) geben soll. In der Wirklichkeit würden sich aber wohl alsbald Strukturen entwickeln, in denen das (nunmehr „formelle“) Vereinbarungs-Verfahren wiederum durch informell vorbereitende Absprachen umgangen würde.

#### **e) Veränderung des StPO-Gefüges insgesamt**

Es erscheint derzeit noch nicht hinreichend bedacht, wie sich durch die Einführung eines weit reichenden Absprache-Verfahrens unter formeller Beibehaltung hergebrachter Verfahrensgrundsätze die Struktur des deutschen Strafprozesses insgesamt verändern würde. Verfahrensökonomische Erfordernisse, die unbestreitbar sind, rechtfertigen es m. E. nicht, eine offen widersprüchliche Gesamtkonstruktion in Geltung zu setzen, die unter dem „Schutzschild“ formell weiter geltender Verfahrensgrundsätze (Aufklärungsgrundsatz; Wahrheitsermittlung; Schuldprinzip) einen letztlich zerstörerisch weiterfressenden, gegenläufigen Ansatz in den Kern des Strafprozesses implantiert. Unter der Geltung gesetzlicher Abspracheverfahren werden sich die Prozesswirklichkeit und die über zwei Jahrhunderte gewachsene deutsche Prozesskultur gravierend verändern. Dies wird ganz erhebliche Auswirkungen auf die Wahrnehmung und die Legitimität des Strafprozesses und des Rechtsstaats insgesamt haben.

Auch innerhalb des geltenden Strafprozessrechts wird es zu erheblichen Verschiebungen kommen. Die Rolle der Rechtsmittelgerichte, namentlich der Revisionsgerichte, wird sich zwangsläufig wesentlich verändern; ihre Bedeutung für die Verfahrenswirklichkeit wird geringer werden. Wenn ein großer Teil namentlich der „schwierigen“ Strafverfahren durch informelle Absprachen erledigt wird, die von vornherein der Kontrolle einer höheren Instanz entzogen sein sollen, wird es zur Entwicklung großer regionaler und örtlicher Unterschiede in der Rechtsprechung kommen. Schon heute gibt es Landgerichte, deren Urteile das Revisionsgericht nur in seltenen Ausnahmefällen sieht und von denen im Übrigen berichtet wird, dort werde „alles ausgedeutet“; Belehrungen des Bundesgerichtshofs brauche man dort nicht mehr. Diese Tendenz würde sich bei gesetzlicher Einführung eines flächendeckenden Abspracheverfahrens gewiss nicht verringern.

Verfahrensimmanent ist noch auf eine weitere Verschiebung von Grundstrukturen unseres Prozessrechts hinzuweisen: Strafprozess ist staatliche Machtausübung in ihrer unmittelbarsten Form. Er ist seiner Natur nach (rechtlich geregelter) Konflikt. Zivil- oder verwaltungsrechtliche Kategorien der „Verhandlung“ und Verständigung, des Kompromisses und des Vergleichs sind ihm seiner Natur nach fremd. Konflikt ist daher nicht die Ausnahme, sondern die Regel des Strafprozesses.

Das Abspracheverfahren birgt die Gefahr, dass dieses Grundverständnis sich in sein Gegenteil verkehrt, dass also das „konfliktthafte“, sog. „streitige“ Strafverfahren noch mehr als heute schon als Ausnahme angesehen wird. Damit verschieben sich aber, entgegen den Hoffnungen namentlich der Verteidiger-Organisationen, die Gewichte erheblich zu Lasten der Beschuldigten: Abspracheverweigerung, Bestehen auf der Durchführung von umfangreichen Beweisaufnahmen, Verhandeln „nach der StPO“ statt nach örtlichen Gepflogenheiten wird auf diese Weise zu einem erheblichen Risiko, gar zu einem straf-erhöhenden Faktor. Diese Gefahr lässt sich, bei realistischer Einschätzung der Wirklichkeit und der Erfahrung menschlicher Schwächen, keineswegs mit dem Hinweis leugnen, nach dem Gesetz solle dies nicht so sein. Gerade die Geschichte der Verfahrensabsprachen belegt eindrucksvoll das Gegenteil.

## f) Vernachlässigung von Opferschutz

Die Interessen von Tatopfern werden im Abspracheverfahren schon bisher und auch in den vorgeschlagenen Regelungen strukturell gering geschätzt und vernachlässigt. Der allgemeine Hinweis, Absprachen nützten den Tatopfern, weil sie zu weniger belastenden Verhandlungen führten, Vernehmungen ersparten und zügige Verfahrensabschlüsse und ggf. Schadensersatzleistungen ermöglichten, macht eine bloße Möglichkeit, die in einigen Verfahren durchaus von Bedeutung ist, zur Regel für alle Verfahren.

Es gibt aber zahlreiche Opfer von Straftaten, deren Interesse gerade die Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung und die erschöpfende Aufklärung des wahren Sachverhalts ist. Viele Tatopfer sind mit den „ausgehandelten“ Ergebnissen abgesprochener Verfahren keineswegs einverstanden, sondern fühlen sich durch das informelle Vorgehen und die Ergebnisse geradezu missachtet. Die Annahme, eine Vernehmung im gerichtlichen Verfahren bedeute regelmäßig oder auch nur in der überwiegenden Anzahl der Fälle eine „Wiederholung der Traumatisierung“ (BT-Drs. 16/11736, S. 15), verzerrt einseitig und unangemessen dramatisierend die Verfahrenswirklichkeit.

## 5) Erfahrungen im Ausland

Erfahrungen im Ausland lassen sich auf die Bundesrepublik nur schwer übertragen. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass Erfahrungen mit „konsensualen“ oder durch (Partei-)Absprachen geprägten Verfahren in anderen Ländern keineswegs stets positiv sind.

a) Die oft herangezogene Parallele zum Strafprozess in Staaten der USA ist wenig aussagekräftig. Ein Verfahren wie das in den Gesetzentwürfen vorgeschlagene gibt es dort, soweit ersichtlich, nicht. Soweit Absprachen stattfinden, ist das Gericht daran nicht beteiligt.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu und zu den rechtlichen und tatsächlichen Problemen der *guilty plea* und des *plea bargaining* im US-amerikanischen Recht eindrucksvoll *Ransiek*, Zur Absprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall, in Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2008, Heft 3, S. 116 ff.

b) Der Oberste Gerichtshof der Republik Österreich hat im Beschluss vom 24. August 2004 – 11 Os 77/04 – ausgeführt:

„Kann das vom Angeklagten in den Raum gestellte ‚Nichteinhalten einer Absprache zwischen Richter und Verteidiger über zahlenmäßig determinierte Auswirkungen des Aussageverhaltens des Angeklagten auf die über diesen zu verhängende Strafe‘ auch im Nichtigkeitsverfahren nicht aufgegriffen werden, sieht sich der Oberste Gerichtshof zur grundsätzlichen Bemerkung veranlasst, dass eine derartige ‚Absprache‘ (...) schon wegen des ersichtlichen Verstoßes gegen § 202 erster und zweiter Fall StPO, vor allem aber wegen des eklatanten Widerspruchs zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechts, namentlich jenem zur – ein Kontrahieren des Gerichts mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden – Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen ist und die Beteiligten disziplinarer (§ 57 RDG) und strafrechtlicher Verantwortlichkeit (§ 302 StGB) aussetzen kann (...)“<sup>10</sup>

c) Für die Schweiz ist bislang ein Abspracheverfahren nicht gesetzlich eingeführt. Nach Vereinheitlichung der kantonalen Strafprozessordnungen ist aber in der ab 1. Januar 2011 geltenden schweizerischen Strafprozessordnung ein Abspracheverfahren („abgekürztes Verfahren“) für Fälle der kleinen und mittleren Kriminalität (Freiheitsstrafe bis fünf Jahre) vorgesehen (Art. 358 – 362 schwStPO). In der Diskussion im Rahmen der Neufassung wurde betont, die Absprachereglung sei erforderlich, um „Auswüchse“ wie in Deutschland zu verhindern. Von Kritikern ist – bezeichnenderweise trotz Befürwortung informeller Absprachen im Grundsatz – eingewandt worden:

„Womöglich ist das Ventil des abgekürzten Verfahrens zu schwach (...) Absprachen sind wegen ihrer Informalität effektiv. Sie verlieren einen Teil ihrer Effektivität, wenn sie an gesetzliche Voraussetzungen gebunden werden. Dem Bedürfnis, flexibel handlungsorientiert und diskret (!) agieren zu können, sind gesetzliche Fesseln hinderlich. Andererseits ist ein rudimentäres gesetzliches Korsett nötig, damit die verfahrenserledigende Absprachepraxis mit

---

<sup>10</sup> Unterstrichen vom *Verfasser*.

rechtsstaatlichen Ansprüchen einigermaßen (!) kompatibel ist und der Glaubwürdigkeit der Justiz in der Öffentlichkeit nicht allzu sehr (!) schadet (...)<sup>11</sup>

## **II. Zu den Gesetzentwürfen im Besonderen:**

### **1) Zum Gesetzentwurf CDU/CSU und SPD, BT-Drucksache 16/11736:**

#### **a) Zu Art. 1 Nr. 4, 5 und 6 (§§ 160b, 202a, 212 neu):**

Gegen die ausdrückliche Stärkung kommunikativer Elemente bestehen keine Bedenken. Zu erwägen ist aber, ob ausdrückliche gesetzliche Hinweise auf die Zulässigkeit einer Erörterung der Verfahrenslage erforderlich sind. Eine offene, kommunikative Verfahrensweise ist auch nach geltendem Recht zulässig und meist angebracht und wird in weitem Umfang praktiziert. Die vorgeschlagenen Regelungen fügen dem nichts substantiell Neues hinzu.

Die Verpflichtung, den wesentlichen Inhalt von „Erörterungen“ aktenkundig zu machen, ist m. E. zu sehr auf die Verhandlung über Absprachen ausgerichtet und versucht, diese schon frühzeitig zu formalisieren. Eine schon heute weit verbreitete offene Verfahrensweise wird hierdurch nicht gefördert, sondern eher behindert. Nicht jede telefonische Anfrage eines Verteidigers beim Staatsanwalt oder jede Frage eines Richters nach voraussichtlich erforderlichen Beweiserhebungen muss durch Aktenvermerke formalisiert werden. Da sich der Kontakt zwischen den Verfahrensbeteiligten nicht insgesamt formalisieren und kontrollieren lässt, führt die Regelung eher zu einer (weiteren) Schein-Realität in Form von (ggf. ausgehandelten) „revisionsfesten“ Aktenvermerken, während die entscheidenden informellen Abstimmungen auch da in einen „illegalen“ Bereich abgedrängt werden, wo sie unbedenklich und angezeigt sind.

---

<sup>11</sup> *Kunz*, Absprache und abgekürztes verfahren nach Schweizerischem Strafprozessrecht, in: Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 383, 393.

**b) Zu § 257b E-StPO neu:**

Auch insoweit erscheint fraglich, ob eine ausdrückliche Regelung erforderlich ist. Eine verfahrensfördernde Erörterung des Verfahrensstands in der Hauptverhandlung ist schon heute allgemein üblich; ihre Zulässigkeit ist selbstverständlich. Es ist auch nicht erforderlich, zur Klarstellung ausdrücklich zu regeln, dass sich das Gericht durch offene Erörterung des Verfahrensstands und seiner gegenwärtigen Einschätzung der Beweislage „nicht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzt“ (BT-Drs. 16/11736, S. 13).

**c) Zu § 257c E-StPO neu:**

Ich verweise insoweit zunächst auf die Ausführungen oben unter I.

Ein Einwand richtet sich insbesondere gegen die Geeignetheit und Praxistauglichkeit der Regelung, um die im Gesetzentwurf benannten Ziele (vgl. insb. BT-Drs., 16/11736, S. 6 f.) zu erreichen. Die „Unberührtheit“ von § 244 Abs. 2 StPO (§ 257c Abs. 1 S. 2 – E) bleibt m. E. unter den gegebenen Voraussetzungen ein bloßes Postulat.

Der Umfang zulässiger Gegenstände einer Absprache (Verständigung) in § 257c Abs. 2 – E schließt bewusst, in Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, den Schuldspruch, eine Maßregelnanordnung sowie einen Rechtsmittelverzicht aus den möglichen Vereinbarungs-Gegenständen aus. Das ist, nach dem oben I Ausgeführten, unrealistisch und geeignet, eine formelle Schein-Realität protokollierter Verständigungen zu schaffen, welche mit den wirklichen Absprachen nicht übereinstimmt und diese weiterhin und um so wirksamer der Kontrolle entzieht.

§ 257c Abs. 3 – E erscheint im Einzelnen schwer verständlich: Nach Satz 1 gibt das Gericht „bekannt, welchen Inhalt eine Verständigung haben könnte“. Es ist nicht klar, was damit gemeint ist, wenn der Begriff „Verständigung“ bewusst gewählt wurde, um den Eindruck einer quasi-vertraglichen Absprache zu verhindern (S. 6 f.). Unklar bleibt auch die Einführung einer weiteren Unter-Grenze einer in Aussicht gestellten möglichen Strafe. Eine „Untergrenze“ ist für die beabsichtigte Verständigung kaum von Belang. Das Gericht müsste nach der Regelung wohl drei oder gar vier verschiedene

Strafmaße angeben: Unter- und Obergrenze bei Verständigung (Geständnis) sowie Unter und Obergrenze ohne Verständigung.

Gänzlich unklar bleibt auch in der Formulierung von § 257c Abs. 2 – E das Verhältnis von Beweisantragsrecht, Aufklärungspflicht und Verständigung. Da eine bindende Verständigung (Absprache) ausdrücklich auch das „Prozessverhalten“ der Beteiligten einbeziehen kann und hiermit unter anderem die Stellung von Beweisanträgen gemeint ist (S. 14), ist es nicht verständlich, dass zugleich das Beweisantragsrecht insoweit „unberührt“ bleiben soll, als „der Verzicht auf weitere Beweisanträge sich nicht außerhalb dessen bewegen (kann), was durch die ... Sachaufklärungspflicht des Gerichts bestimmt ist.“

Die tatsächlichen Grenzen, Einschränkungen und Verpflichtungen werden hier hinter m. E. überaus unklaren, wohl klingenden Formulierungen verborgen. Da das Gericht an seine Zusagen nicht mehr gebunden ist, wenn das Prozessverhalten des Angeklagten der Verständigung nicht entspricht (Abs. 4 S. 2 – E), bestimmt sich die Beurteilung der Bindung nach der Auffassung des Gerichts über die Gebotenheit einer weiteren Beweiserhebung. Es liegt aber in der Natur des Beweisantragsrechts, dass das Recht, das Gericht durch Stellung von Anträgen zu Beweiserhebungen zu veranlassen, über die Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO hinausgeht. Nach realistischer Einschätzung wird das Gericht in nahezu jedem nachträglichen Beweisantrag des Angeklagten, der seiner früheren Zusage widerspricht, keine Beweisanträge mehr zu stellen, einen „Verstoß“ gegen die Verständigung erblicken.

Unter den Voraussetzungen des § 257c Abs. 4 – E kann das Gericht sich leicht von seiner Zusage („Bindung an eine Verständigung“) lösen. Voraussetzungen und Rechtsfolgen bleiben nach dem Gesetzentwurf jedenfalls teilweise ungeklärt. So ist etwa unklar, nach welchen Maßstäben zu beurteilen ist, ob das Verhalten des Angeklagten seiner Zusage bzw. der der Verständigung zugrunde liegenden Prognose entspricht; für die Revision ergeben sich hier schwierige neue Probleme.

Auch die Regelung der Unverwertbarkeit eines Geständnisses erschöpft das Problem nicht. Ungeklärt ist beispielsweise die Verwertbarkeit von Ergebnissen von Folge-Ermittlungen, die an ein früheres Geständnis anknüpfen. Es kann schwerlich zur Unverwertbarkeit von Beweisergebnissen z. B. aus Urkunden, Vorhalten an Zeugen,

Geständnissen Dritter usw. führen, dass der Angeklagte einen Beweisantrag stellt, den er nach Ansicht des Gerichts nicht hätte stellen dürfen, oder dass das Gericht eine etwas höhere oder niedrigere Strafe als zugesagt für angemessen hält.

## **2) Zum Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf BT-Drucksache 16/4197**

### **a) Zu § 243a – E**

Insoweit gilt im Allgemeinen das oben zu § 257c des Entwurfs BT-Drs. 16/11736 Ausgeführte.

### **b) Zu § 312, § 337 Abs. 3 – E**

Die ausdrückliche Einschränkung der Rechtmittelmöglichkeiten erscheint konsequent, bringt aber die insoweit oben I ausgeführten Bedenken auf den Punkt. Die vorgeschlagenen Regelungen entziehen die Ergebnisse von Absprachen fast vollständig einer Rechtskontrolle. Dies ist aus den oben genannten Gründen abzulehnen.

## **III. Alternativen**

Der Gesetzentwurf CDU/CSU und SPD führt aus, es bestehe zu der vorgeschlagenen Regelung – außer dem Entwurf des Bundesrats – keine Alternative; eine Beibehaltung der derzeitigen Gesetzeslage sei unzureichend. „Einschnitte in die Rechte von Angeklagten und Verteidigung“, wie zum Beispiel Einschränkungen beim Beweisantragsrecht, seien im Hinblick auf den Grundsatz eines fairen Verfahrens abzulehnen (S. 2). Dem ist zu widersprechen. Alternative Regelungen sind vorgeschlagen worden<sup>12</sup>, aber bislang kaum erörtert.

Wesentlicher Einwand ist aber der Umstand, dass die vorliegenden Gesetzentwürfe an den Ursachen der Entwicklung, welche der Große Senat des Bundesgerichtshofs als „nachhaltige Gefahr nicht nur für die Rechtskultur, sondern darüber hinaus für eine

---

<sup>12</sup> Vgl. z. B. *Meyer-Gossner* NStZ 2007, 423 ff.

effektive Wahrung unverzichtbarer Anliegen eines rechtsstaatlich geführten Strafverfahrens“ bezeichnet hat<sup>13</sup>, nichts zu ändern vermögen und ersichtlich auch nichts ändern wollen. Sie beschränken sich vielmehr darauf, das vermeintlich Unabänderliche „irgendwie“ zu regeln und auf die Kraft gesetzlicher Postulate zu hoffen.

Soweit als Begründung für die Notwendigkeit eines Abspracheverfahrens die Überlastung der Strafjustiz angeführt worden ist, wird diese Ursache durch die vorgeschlagenen Änderungen nicht vermindert. Der vom Großen Senat für Strafsachen befürchtete Zusammenbruch der Strafjustiz in Deutschland<sup>14</sup> soll nicht wegen des Fehlens von Absprachen, sondern gerade trotz deren (unkontrollierter) Ausbreitung drohen. Eine – von den Gesetzentwürfen beabsichtigte – Einschränkung von Absprachen müsste daher notwendig zu einer weiteren Verschärfung der Überlastungslage führen.

Für unzutreffend halte ich die Ansicht, eine (alternative) Beschränkung des Umfangs von Beweisaufnahmen sei aus rechtsstaatlichen Gründen nicht vertretbar. Es kann nach allen Erfahrungen, auch und gerade aus Sicht des Revisionsgerichts, nicht daran gezweifelt werden, dass es gerade auch ein missbräuchliches, auf sachferne Konfrontation, Provokation, Verzögerung und „Unführbarkeit“ von Strafverfahren gerichtetes Prozessverhalten von Prozessbeteiligten, namentlich Strafverteidigern gewesen ist, das wesentlich zur Ausbildung der derzeitigen, gesetzesfernen Absprachekultur beigetragen hat. Das wird von Strafverteidigern nicht bestritten; es zählt inzwischen zum Standard-Repertoire von Redebeiträgen auf Strafverteidiger-Veranstaltungen.

Es ist daher unehrlich, einseitig und tendenziös, ein solches Verhalten von vornherein mit der Aura unangreifbarer Menschenrechts-Verteidigung zu umgeben und für sakrosankt, jede Einschränkung für einen unzumutbaren „Einschnitt in die verfassungsmäßigen Rechte des Angeklagten“ zu erklären. Tatsächlich ist nicht erkennbar, warum gesetzliche Beschränkungen eines ausufernden Beweisantragsrechts, gegebenenfalls etwa durch Präklusionsregelungen, wie sie

---

<sup>13</sup> BGHSt. 50, 40, 56.

<sup>14</sup> BGHSt 50, 40, 53 f.

andere (Straf-)Prozessordnungen seit langem kennen, ausgeschlossen oder rechtsstaatlich bedenklich sein sollten.

Entsprechendes gilt für die Verpflichtung von Gerichten und Staatsanwaltschaften zur Beachtung des geltenden (Verfahrens-)Rechts. Gesetzesungehorsam oder gar vorsätzliche rechtswidrige Verhaltensweisen zum Zweck der Erreichung vorgeblich „gerechter“ Ergebnisse, zur Arbeitserleichterung oder zur Vermeidung von emotional belastenden Konflikten sind nicht hinzunehmen, sondern ggf. zu verfolgen.

Dem entspricht die Verpflichtung der Justizverwaltung, die Erfüllung dieser Pflicht zu ermöglichen und zu fördern. Das mag einerseits die personellen und sachlichen Ressourcen der Strafjustiz betreffen; es gilt aber auch und nicht zuletzt im Hinblick auf die Wahrnehmung und Bewertung richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Verhaltens. Die bloße „Erledigung“ von möglichst vielen Fällen in möglichst kurzer Zeit ist kein Qualitätsmerkmal an sich. Die prozessordnungsgemäße, an den gesetzlichen Verfahrensprinzipien orientierte Führung umfangreicher und schwieriger Verfahren darf nicht zum (zu vermeidenden) Ausnahmefall werden, welcher der betreffenden Strafkammer ggf. sogar einen Ansehens-Malus einbringt.

#### **IV. Zusammenfassende Thesen:**

- 1) In der Verfahrenswirklichkeit hat sich eine Kultur der Urteilsabsprachen entwickelt, die zwingende gesetzliche Vorschriften und höchstrichterliche Erkenntnisse bewusst missachtet und zu einer erheblichen Gefahr für die Legitimität des Strafrechtssystems insgesamt geworden ist.
- 2) Gründe hierfür liegen vermutlich auch in einer hohen Belastung der Justiz mit schwierigen Verfahren, daneben aber vornehmlich in der Möglichkeit, durch Einverständnis aller Beteiligten Vereinfachungen und Entlastungen durchzusetzen, die allen Seiten individuell nutzen.
- 3) Das Verständigungsverfahren entzieht sich seiner Natur nach der Rechtskontrolle. Es ist mit den hergebrachten Grundsätzen unserer Prozesskultur im Grundsatz nicht vereinbar.

- 4) Die vorliegenden Gesetzentwürfe zur Regelung eines Verständigungsverfahrens sind nicht geeignet und bestimmt, die Ursachen der allseits beklagten Entwicklung zu beseitigen, zu verändern oder auch nur zu mindern. Sie sind daher im Kern ungeeignet, die aufgezeigten Probleme zu lösen.
  
- 5) Soweit die Gesetzentwürfe das an sich selbstverständlich zu befürwortende Ziel verfolgen, rechtsstaatswidrige Auswüchse informeller Verfahrenserledigung auf der Basis gegenseitiger Drohungen (mit „Konfliktverteidigung“ einerseits, hohen Strafen andererseits) zu verhindern oder einzuschränken, stützen sie sich weitgehend auf bloße gesetzliche Postulate, deren Vereinbarkeit mit der Verfahrenswirklichkeit zu bezweifeln ist.

Schon nach bisherigem Recht waren Absprachen z. B. über Schuldspruch, Rechtsmittelverzicht oder Maßregelnanordnungen unzweifelhaft rechtswidrig. Hieran haben sich Gerichte, Staatsanwaltschaften und Verteidigung seit mindestens 25 Jahren nicht gehalten.

Nachdem der Bundesgerichtshof in einer Vielzahl von Entscheidungen auf die Rechtswidrigkeit solcher Absprachen hingewiesen und Vorgaben für rechtlich unbedenkliche Verständigungen gemacht hatte, wurden diese Entscheidungen in der Praxis als „lebensfremd“ verspottet und in weitem Umfang nicht beachtet. Der Kontrolle des Revisionsgerichts ist die Wirklichkeit der täglichen Verfahrenspraxis der Absprachen inzwischen weitgehend entglitten.

Es ist nicht erkennbar, worauf sich die Hoffnung stützt, dass sich diese Probleme dadurch lösen oder mindern lassen, dass die Anforderungen des Bundesgerichtshofs als gesetzliche Regelungen formuliert werden.

- 6) Die Umsetzung der vorgeschlagenen Regelungen würde im Einzelnen eine Vielzahl neuer, bislang kaum diskutierter und schwer absehbarer Probleme mit sich bringen, namentlich wegen der kaum sinnvoll möglichen Einpassung in das bestehende System des Beweisrechts, des materiellen Rechts und der Kontrolle durch Rechtsmittelgerichte.

- 7) Gegen die vorgeschlagene Regelung bestehen erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Geltung allgemeiner Verfahrensgrundsätze und Verfahrensgrundrechte.
  
- 8) Die Ansicht, zur Lösung der in den Gesetzentwürfen benannten Probleme gebe es keine Erfolg versprechenden Alternativen, erscheint nicht zutreffend.