

Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Außenstehenden

Von Prof. Dr. Norio Tsujimoto, Osaka (Japan)*

I. Einleitung

Das Strafverfahren zielt auf materielle Wahrheitsfindung ab, anders als der Zivilprozess, in dem die Dispositionsmaxime gilt.¹ Daher muss das Gericht im Wesentlichen von Amts wegen die Wahrheit zu finden suchen, ohne Bindung an die Wünsche der Prozessparteien (§ 244 Abs. 2 StPO). Es gibt allerdings Einschränkungen für die menschlichen Fähigkeiten und für die Mittel, die der Staat der Justiz zur Verfügung stellt. Außerdem kann es dazu kommen, dass die Wahrheitsermittlung mit anderen wichtigen Interessen in Konflikt gerät. Kann in diesem Fall das Gericht mit den Prozessbeteiligten den Stand des Verfahrens erörtern, eine Absprache treffen und so zu einem Urteil gelangen?

Die Verständigung (oder Absprache) ist dem „plea bargaining“ ähnlich, das schon im anglo-amerikanischen Strafprozess stattfindet. Die deutsche Literatur hat es bisher so verstanden, dass im amerikanischen Strafprozess, anders als im deutschen Prozess, der Parteiprozess gilt, und dass erst in einer solchen Prozessstruktur „plea bargaining“ erlaubt ist.² Im Parteiprozess ist das Gericht grundsätzlich an die Behauptungen und die Beweise der Prozessparteien – Staatsanwalt und Angeklagter – gebunden. Deswegen muss das Gericht nur solche Tatsachen als Wahrheit anerkennen, die beide Parteien gemeinsam als Tatsache in den Prozess eingebracht haben, auch wenn sie falsch sein können. Demgegenüber muss das Gericht im Inquisitionsprozess mangels Bindung an die Parteien selbst die Wahrheit suchen, so dass hier die Absprache nicht eingeführt werden kann. In Deutschland ist es zumindest theoretisch so verstanden worden.

Dass es solche Absprachen im deutschen Strafprozess tatsächlich gab, gilt als Selbstverständlichkeit.³ Auch der Bundestag hat am 4.8.2009 die StPO reformiert und die Verständigung eingeführt. Damit ist die Verständigung nicht nur tatsächlich existent, sondern auch rechtlich im Strafprozess gebilligt worden.

Die deutsche Rechtslage, die im Wesentlichen die Inquisitionsmaxime aufrechterhält und doch die Verständigung auf-

nimmt, kann für uns Außenstehende, die das deutsche Recht rechtsvergleichend studieren wollen, sehr interessantes Material bieten.⁴ In Japan gibt es keine Regelung zur Absprache, und auch in der Praxis soll sie nicht stattfinden. Aber kann man sagen, dass es keine Absprache im Strafverfahren gibt oder hat man einige Fälle mit solchen Problemen übersehen?⁵ Niemand spricht darüber und viele bemerken es nicht einmal, obwohl es eine Situation wie früher in Deutschland gibt. In Japan gibt es das Opportunitätsprinzip, das Strafbefehlsverfahren und „Sokketsu-saiban“, so dass der konsensuale Faktor auch schon im japanischen Strafprozess zu finden ist. Außerdem wird dort heute über die gesetzliche Einführung der Absprache heftig diskutiert, indem sie als neue Ermittlungsmethode verstanden wird und an die Stelle der geheim stattfindenden Beschuldigtenvernehmung treten soll.⁶

Man kann aber das ausländische Rechtssystem nicht direkt übernehmen. Man muss die beiden Rechtssysteme genügend vergleichen und um deren Unterschiede wissen; erst sind die gemeinsamen Faktoren und danach die Vor- und Nachteile zu suchen.⁷ In Deutschland ist das Abspracheproblem gesetzlich gelöst worden, aber es stellt sich die Frage, wie das in Zukunft die Strafjustiz beeinflussen wird und welche Probleme eine solche Entwicklung für die japanische Diskussion bedeuten kann.

Dieser Beitrag zielt darauf ab, die deutsche Verständigung aus der Perspektive eines Außenstehenden zu betrachten. Dabei kann es sein, dass etwas in Frage gestellt wird, obwohl es in Deutschland als Selbstverständlichkeit verstanden wird. Ich möchte solche Fragen hier ehrlich aufzeigen und von vielen deutschen Kollegen lernen, inwieweit ich mich geirrt habe.

II. Die deutsche Verständigung

1. Die Entwicklungsgeschichte

Wie oben erwähnt ist die Verständigung in Deutschland erst am 4.8.2009 in die StPO eingeführt worden, war aber in der gerichtlichen Praxis seit längerem schon „Alltag des Gerichts“ gewesen.⁸ Deshalb ist es wertvoll, zunächst die Entwicklungs-

* Der Verf. ist Lehrer des Straf- und Strafprozessrechtes an der Kinki Universität Osaka (Japan) und z.Z. Gastprofessor an der Universität Augsburg. Ich danke insbesondere Herrn Prof. Rosenau, seiner Frau und seinem Lehrstuhlteam, da sie mich in Deutschland sehr nett betreuen.

¹ Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 21; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 1 Rn. 3 ff.

² Weichbrodt, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, 2006, S. 326; Steinhögl, Der strafprozessuale Deal, Perspektiven einer Konsensorientierung im Strafrecht, 1998, S. 141.

³ Vgl. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, S. 354.

⁴ Auch ich bin ein solcher Außenstehender, vgl. Fn. *. Ich bin schon länger am deutschen Abspracheproblem interessiert und habe darüber in Japan folgende Aufsätze geschrieben: Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-2 (2009), 1 (Teil 1); 58-1 (2010), 1 (Teil 2); 59-1 (2011), 1 (Teil 3); ders., Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33; ders., Kinki Uni. L.R. 57-3 (2009), 17.

⁵ S.u. III. 2. a) bb).

⁶ Vgl. Rechtsausschuss des japanischen Justizministeriums: www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html (11.11.2012).

⁷ Rosenau, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1597 (S. 1614 ff.).

⁸ Vgl. Widmaier, NJW 2005, 1985; Terhorst, GA 2002, 600 (605 f.); Müller, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008, S. 46.

geschichte der Verständigung zu überblicken, um das Verfahren gut zu verstehen.

a) Vor der „Grundsatzentscheidung“ des BGH

Der BGH⁹ hat schon 1997 die wichtigste Entscheidung zur Absprache (Verständigung) gefällt, die immer als „Grundsatzentscheidung“¹⁰ bezeichnet wird. Damit hat der BGH die Regelung der Absprache für die Praxis getroffen; bis dahin gab es keine bestimmte Regelung.

Früher hat es keine Methode in Deutschland gegeben, nach der im Strafverfahren die Prozessbeteiligten eine Vereinbarung schließen und damit ein Ergebnis finden konnten. Also sollte der Vergleich oder Deal mit dem deutschen Strafprozess nicht vereinbar sein, welcher als inquisitorisch charakterisiert wurde. Aber auch im deutschen Strafprozess gibt es seit jeher das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO), und als die Opportunitäts-Verfahrenseinstellung in die StPO eingeführt und erweitert wurde, ist die Zustimmung des Beschuldigten damit nach und nach ein wichtiger Faktor geworden, um den Fall zu erledigen.¹¹ Daneben wurden aus wichtigen finanziellen Gründen allmählich immer mehr Absprachen im Strafprozess durchgeführt.

Wann und durch wen eine solche vereinbarte Prozessführung, die im Gesetz keine Grundlage hat, begonnen hat, ist unklar. Aber 1982 hat „*Detlef Deal*“ (aus Mauschelhausen) kritisiert, dass die Absprache in der gerichtlichen Praxis manchmal stattfindet und dass sie „fast jeder kennt [...], fast jeder praktiziert [...], nur keiner [darüber] spricht“,¹² dass sie also im Verborgenen stattfindet. Danach wurde die Absprache sehr rasch in Literatur und Praxis als das wichtigste strafprozessuale Problem heftig diskutiert.

Während damals in der Literatur die kritischen Stimmen, die die Absprache im deutschen Strafprozess für unerlaubt hielten, vorherrschend waren, hat sie in der Praxis immer stattgefunden.¹³

b) Grundsatzentscheidung (1997) und der Beschluss des Großen Senates (2005)

Die chaotische Lage zwischen Literatur und Praxis hat angehalten, bis am 28.8.1997 der 4. Strafsenat des BGH¹⁴ eine wichtige Entscheidung verkündet hat, um das Problem zu lösen und in Zukunft die Praxis zu regeln. Der Senat hat in seinem Urteil gesagt, dass die Absprache „nicht generell unzulässig“ sei und hat ihre Rechtmäßigkeit bestätigt. Zudem hat der Senat im Hinblick auf die Probleme in der Praxis zur

Öffentlichkeit des Prozesses, zur Begrenzung des Absprachegegenstandes und zur grundsätzlichen Bindung der Absprache (und die Voraussetzungen für die Lösung ab hier) Regeln aufgezeigt, um die Absprache im rechtsstaatlichen Strafverfahren angemessen durchzuführen.

Da damit gegenüber den vorherigen richterlichen Usancen bestimmtere Regeln entwickelt wurden, scheint das Abspracheproblem zumindest in der gerichtlichen Praxis gelöst zu sein. Aber in der Tat haben sich nicht alle in der Praxis an diese Regeln gehalten. Dass auch nach der Grundsatzentscheidung immer noch die alte Methode (entgegen den richterlichen Vorgaben) nicht selten stattgefunden hat, ist sicher, weil manchmal die Absprache Grund für eine Revision gewesen ist.¹⁵ Dass in der Praxis manchmal die richterlichen Regelungen umgangen werden konnten, hat seine Ursache darin, dass man nach dem Verzicht auf Rechtsmittel als Voraussetzung für eine Absprache einfach einer nachträglichen Kontrolle in der Revisionsinstanz entgehen konnte. Obwohl sich auch der BGH in der Grundsatzentscheidung dieses Problems bewusst war und den Rechtsmittelverzicht als Voraussetzung für die Absprache verboten hat, gab es doch keine Möglichkeit, die Verletzung gegen die Regeln durch die Justiz zu korrigieren, wenn der Beschuldigte als Anspruchsberechtigter auf Rechtsmittel verzichtet hat und damit die Rechtskraft der erstrichterlichen Entscheidung eingetreten ist. Auch wenn der Rechtsmittelverzicht trotz Verbotes in der Absprache versprochen wurde und der Beschuldigte in der Tat nach einem solchen Versprechen auf Rechtsmittel verzichtete, hätte man daher eine Möglichkeit anerkennen müssen, dass der Fehler in der Revisionsinstanz korrigiert werden kann, um die Rechtmäßigkeit der Absprache zu sichern.

Damit war die Möglichkeit des Rechtsmittels das wichtigste Problem, das die Rechtmäßigkeit der Absprache garantieren konnte. Aber die Auffassung des BGH war in den Senaten unterschiedlich.¹⁶ Daher hat der BGH im Jahr 2005 den Großen Senat für Strafsachen angerufen.¹⁷ Dieser hat über die Frage der Rechtmäßigkeit des Rechtsmittelverzichts auf Grund der Absprache entschieden.¹⁸ Um die Rechtmäßigkeit der Absprache zu sichern, wurde der Rechtsmittelverzicht für nichtig erklärt, wenn er in der Absprache trotz Verbotes vereinbart und daraufhin erklärt wurde. Also ist die später erhobene Revision wirksam. Da aber auch die Rechtssicherheit wichtig ist und der Rechtsmittelverzicht als solcher bei anderen Prozessakten des Beschuldigten außerhalb von Absprachen wirksam bleibt, hat der Große Senat den Verzicht nach einer qualifizierten Belehrung für wirksam gehalten, wenn neben der normalen Belehrung das Gericht den Beschuldigten darüber belehrt hat, dass „er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen“.

⁹ BGHSt 43, 195.

¹⁰ *Ioakimidis*, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, 2001, S. 71; *Bömeke*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, eine rechtsvergleichende Untersuchung der Folgeprobleme strafprozessualer Verständigung, 2001, S. 21.

¹¹ Müller (Fn. 8), S. 20.

¹² *Deal*, StV 1982, 545.

¹³ BGHSt 36, 210; 37, 10; 37, 99; 37, 298; 38, 102; 42, 46; 42, 191.

¹⁴ BGHSt 43, 195.

¹⁵ BGHSt 45, 51; 45, 227; BGH NSStZ 2000, 386; BGH StV 2001, 557; BGH NSStZ-RR 2002, 114; BGH StraFo 2004, 21.

¹⁶ S. BGH NJW 2003, 3426; 2004, 1335; 2004, 1386; BGH NSStZ 2004, 164.

¹⁷ BGH NJW 2004, 2536.

¹⁸ BGHSt 50, 40.

Daneben hat der *Große Strafsenat* erneut die Absprache für grundsätzlich rechtmäßig erklärt und dafür die Voraussetzungen aufgezeigt, wenn auch als obiter dictum. Der *Große Senat für Strafsachen* ist nicht nur im Wesentlichen der Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1997 gefolgt – abgesehen von der Erweiterung der Voraussetzung für den Widerruf von Absprachen – sondern hat auch die restlichen Probleme aufgezeigt. Schließlich hat der *Große Senat* einen gesetzgeberischen Akt gefordert, indem er an den Gesetzgeber appelliert hat, dass „die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln“ sind.

c) *Die Gesetzesnovelle vom 4.8.2009*

Wie oben bereits gesagt, ist der Gesetzgeber vom BGH ausdrücklich zum Handeln aufgefordert worden. Doch hatte man sich schon früher immer wieder mit einer Gesetzesregelung auseinandergesetzt. Die einschlägige Literatur zu diesem Problem hat teilweise Gesetzgebungsvorschläge enthalten¹⁹ und die verschiedenen Verbände einschließlich der Bundesrechtsanwaltskammer haben in diesem Zusammenhang viele Vorschläge de lege ferenda vorgelegt.²⁰

Namentlich die Vorschläge, die von der Bundesregierung mehrmals vorgelegt wurden, waren von wirklich gesetzgeberischer Bedeutung. Der erste Vorschlag der Bundesregierung waren die „Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“ im Jahr 2001.²¹ Er hat auf eine Strafverfahrensreform zur Beschleunigung und Stärkung des Opferschutzes abgezielt; als Mittel dafür wurde die Einführung der Absprache erwähnt. 2004 haben dann das Bundesministerium der Justiz und die damaligen Koalitionsregierungsparteien (die Fraktion der SPD und die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen) gemeinsam einen „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“²² vorgelegt. Dieser hat die Eckpunkte von 2001 übernommen, doch erstmals auch einen konkreten Gesetztext enthalten.

Dann hat nach dem Beschluss des *Großen Senates für Strafsachen* das Bundesministerium der Justiz 2006 den „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“²³ vorgelegt. Wie der Titel zeigt, hat der Entwurf als Hauptziel auf die Einführung der Absprache gezielt. Zwar ist man dem Entwurf von 2004 gefolgt, man hatte aber auch den Beschluss des *Großen Senates* von 2005 im Blick. In demselben Jahr hat auch der Bundesrat einen ersten „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“²⁴ vorgelegt. Dies war ein Entwurf des Landes Niedersachsen, der nach Überprüfung im Rechtsausschuss des Bundesrates teilweise abgeändert worden ist. Dieser Entwurf ist vom Entwurf der Regierung und des Bundesministeriums der Justiz nicht nur förmlich, sondern auch substantiell zu unterscheiden.

Letztlich hat die Bundesregierung 2009 einen „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“²⁵ als letzten Vorschlag abgefasst. Hierzu hat der Bundesrat Stellung genommen. Die Bundesregierung hat mit dieser Stellungnahme dem Bundestag den Gesetzesentwurf vorlegt. Diese Vorlage hat der Bundestag am 28.5.2009 beschlossen. Damit ist das Verständigungsgesetz am 4.8.2009 in Kraft getreten.

2. *Übersicht über die Novelle*

Mit dem „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 29.7.2009 ist die Verständigung erstmals in die StPO eingefügt worden. Die Kernpunkte kann man wie folgt kurz zusammenfassen.

a) *Die formelle Seite*

Erstens sollte als formelle Seite die Öffentlichkeit und Transparenz zum Zustandekommen der Verständigung erwähnt werden. Die Verständigung als solche ist in der öffentlichen Hauptverhandlung (§ 169 GVG) abzuschließen (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO). In der Regel sollte allerdings die Erörterung zwischen den Prozessbeteiligten vor der Verständigung stattfinden und der abzusprechende Inhalt dort bestimmt werden.²⁶ Der Gesetzgeber hat daher einerseits solche Erörterungen nicht nur während (§ 257b StPO), sondern auch vor oder außerhalb der Hauptverhandlung erlaubt (§§ 160b Abs. 1, 202a Abs. 1, 212 StPO), aber andererseits gefordert, den wesentlichen Inhalt dieser Erörterung aktenkundig zu machen (§§ 160b Abs. 2, 202a Abs. 2, 212 StPO) und in der Hauptverhandlung mitzuteilen (§ 243 Abs. 4 StPO). Daneben ist, wenn die Verständigung stattgefunden hat, dies in den Urteilsgründen anzugeben (§ 267 Abs. 3 S. 5 StPO); in das Sitzungsprotokoll ist der wesentliche Inhalt und der Ablauf aufzunehmen (§§ 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a S. 1 StPO). Wenn die Verständigung nicht stattgefunden hat, ist „auch dies“ im Protokoll zu vermerken. Mit dieser Regel soll die Öffentlichkeit und Transparenz gewahrt und die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle gesichert werden.²⁷

Zweitens kommt die Verständigung erst zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwalt dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO). Verständigungssubjekte sind danach Gericht, Staatsanwalt und Angeklagter. In der Regel tritt aber der Strafverteidiger als Vertreter für den Angeklagten in der Erörterung auf. Der Gesetzgeber hat die Zustimmung des Angeklagten als Voraussetzung für das Zustandekommen der Verständigung bestimmt, weil dies im Hin-

24 BR-Drs. 235/06; BT-Drs. 16/4197.
25 BT-Drs. 16/12310.
26 *Altenhain/Haimerl*, GA 2005, 281 (283).
27 BGHSt 43, 195 (206); BT-Drs. 16/12310, S. 12 f.

¹⁹ Insb. Müller (Fn. 8), S. 281 ff.

²⁰ Deutscher Richterbund NJW 1990, 2993; ders., StV 1993, 280; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Thesen zur Strafverteidigung, 1992, S. 66 ff.; ders., ZRP 2005, 235; Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, Gesetzesvorschlag v. 21.8.2006: <http://www.anwaltverein.de/03/05/2006/46-06.pdf>; Vorschlag der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte v. 24.11.2005, abgedruckt in NJW 1-2/2006, XVI.

²¹ Abgedruckt in StV 2001, 314.

²² Abgedruckt in StV 2004, 228.

²³ <http://www.bmj.de/files/-1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

blick auf den Schutz der Verfahrensteilnahme des Beschuldigten sehr wichtig ist. Er spielt die eigentliche Hauptrolle, weil er in seinem Strafverfahren über sein Schicksal entscheiden soll. Auch der Nebenkläger als Verletzter kann in der Erörterung teilnehmen, seine Zustimmung ist aber keine Voraussetzung für das Zustandekommen der Verständigung.²⁸

b) Die materielle Seite

Als materielle Seite der Verständigung hat der Gesetzgeber den abschreibbaren Inhalt im Gesetz deutlich bestimmt (§ 257c Abs. 2 und Abs. 3 StPO). Danach sollte einerseits das Geständnis des Beschuldigten „jederzeit“ Bestandteil der Verständigung sein, andererseits kann das Gericht den Inhalt, die Rechtsfolgen und andere Maßnahmen versprechen. Vor allem die Angabe der im Urteil zu erkennenden konkreten Strafe wäre bei der Entscheidung des Beschuldigten für die Frage, ob er dem Vorschlag des Gerichts zustimmen sollte, sehr wichtig; doch darf das Gericht nur eine „Ober- und Untergrenze“ und nicht die genaue Strafe angeben (§ 257c Abs. 3 StPO). Denn der Inhalt des Urteil ist unter allen Umständen „aus dem Inbegriff der Verhandlung“ zu entscheiden, so dass er im Voraus nicht bestimmt werden darf (vgl. § 261 StPO).²⁹

Im Gegensatz dazu darf Gegenstand der Verständigung nur die Rechtsfolge, nicht aber der Schuldspruch selbst sein. Denn der Schuldspruch als solcher muss sich nach dem Ermittlungsgrundsatz aus der Hauptverhandlung ergeben.³⁰ Damit ist die deutsche Verständigung von dem anglo-amerikanischen „plea bargaining“ zu unterscheiden. Wenn der Beschuldigte wegen der Absprache ein Geständnis anbietet, muss das Gericht die Glaubhaftigkeit des Geständnisses prüfen und sich davon überzeugen, bevor es darauf die Verurteilung stützt.³¹ Außerdem darf auch der Rechtsmittelverzicht nicht Gegenstand der Verständigung sein. Das Verbot ist im letzten Gesetzesentwurf ausdrücklich geregelt, wurde aber im Gesetz gestrichen, weil er überflüssig ist, da parallel nach § 302 Abs. 1 S. 2 StPO der Verzicht ausgeschlossen wurde, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Damit sollte die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle gegenüber der Verständigung eingeführt werden.³² Darüber hinaus sind Maßregeln der Besserung und Sicherung als Gegenstand der Verständigung ausdrücklich verboten.

c) Die Wirkung

Nachdem einmal die Verständigung zustande gekommen ist, sind die Verständigten mit ihrem Versprechen im folgenden Prozess gebunden. Der Beschuldigte ist aber frei, seine Einstellung zu ändern, in der Haupthandlung sein früher angebotenes Geständnis zurückzunehmen und seine Schuld zu leugnen. Denn das Geständnis muss vom Beschuldigten ganz freiwillig angeboten werden; das gilt nicht nur bei dem Verspre-

chen, sondern auch schon bei dem Angebot des Geständnisses.³³

Die Bindungswirkung des Gerichts ist wichtiger. In der Regel sollte das Gericht seine Verpflichtung erfüllen, nachdem der Angeklagte seine Verpflichtung erfüllt, also das Geständnis abgelegt hat, so dass die Stellung des Beschuldigten dann sehr gefährdet wäre, wenn das Gericht willkürlich von der Verständigung abweichen könnte. Kommt die Verständigung einmal zustande und hat der Beschuldigte das Geständnis abgelegt, muss das Gericht daher im Wesentlichen an sein Versprechen gebunden sein.³⁴

Wenn allerdings eine solche Bindungswirkung absolut gälte, dann könnte die Anforderung der Wahrheitsermittlung im Strafprozess unter Umständen gefährdet sein. Der Gesetzgeber hat daher dem Gericht erlaubt, von der Verständigung ausnahmsweise dann abzuweichen, „wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist“ (§ 257c Abs. 4 S. 1 StPO). Dasselbe gilt, wenn der Beschuldigte das in Aussicht gestellte Geständnis nicht anbietet (§ 257c Abs. 4 S. 2 StPO). Dann muss das Gericht ein Abweichen von der Verständigung unverzüglich mitteilen (§ 257c Abs. 4 S. 4 StPO). Die Mitteilung sollte in Beschlussform mit Gründen verkündet werden.³⁵

Wenn das Gericht von der Verständigung abweicht, dann darf es das Geständnis des Beschuldigten nicht als Beweis verwerten (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO). Es hat auf die Gültigkeit der Verständigung und damit auf das in Aussicht gestellte Ergebnis vertraut, so dass die Wirkung des Geständnisses außer Kraft gesetzt werden muss, wenn die Wirkung der Verständigung entfällt.³⁶ Denn es sollte zwischen dem Erfordernis der Wahrheitsermittlung im Prozess und dem Schutz des Vertrauens des Beschuldigten gegenüber der Verständigung Einklang hergestellt werden.

d) Die Möglichkeit der nachträglicher Kontrolle

Nachdem das erstinstanzliche Urteil erlassen worden ist, muss es nachträglich verbessert werden können, wenn das Verfahren oder der Inhalt fehlerhaft sind. Insoweit ist das Rechtsmittel ein wichtiges System dafür, dass ein rechtsstaatliches Strafverfahren sichergestellt wird, auch um zu klären, ob die Verständigung stattgefunden hat oder nicht.³⁷

Über eine Einschränkung des Rechtsmittels wurde bei der Gesetzgebung heftig diskutiert. Beispielsweise hat der Ent-

²⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

²⁹ BGHSt 43, 195 (206).

³⁰ BGHSt 43, 195 (204); 50, 40 (48).

³¹ BGHSt 50, 40 (49).

³² BT-Drs. 16/12310, S. 14.

³³ Hauer, Geständnis und Absprache, 2007, S. 262 ff.

³⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

³⁵ Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Hrsg.), Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, Kommentar, 2010, S. 106; Jahn, StV 2011, 497 (500); dazu s.a. BGH StV 2011, 462.

³⁶ Graumann, Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen, 2006, S. 185 ff.

³⁷ Kleinbauer, Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme des Beschuldigten im Strafprozess, 2006, S. 15.

wurf des Bundesrats von 2006³⁸ vorgeschlagen, dass die Berufung als nachträgliche Kontrolle der Tatsachenfeststellung ganz ausgeschlossen wird und dass die Revision auf Verfahrensfehler bei der Verständigung auf absolute Revisionsgründe eingeschränkt werden sollte, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Auch der Entwurf des Bundesministeriums der Justiz von 2006³⁹ hat dieselbe Einschränkung wie der Entwurf des Bundesrats vorgeschlagen, indes nur bei der Revision. Am Ende wurde aber entschieden, dass es keine Einschränkung bei den Rechtsmitteln gibt.⁴⁰

Was das Problem des Rechtsmittelverzichts angeht, ist man grundsätzlich dem Beschluss des *Großen Senates* von 2005⁴¹ gefolgt. Das Gericht darf sich nicht in der Verständigung vom Beschuldigten den Rechtsmittelverzicht versprechen lassen und hat bei der Urteilsverkündung ihn auch darüber zu belehren, dass „er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen“, wenn dem Urteil die Verständigung vorausgegangen ist; unabhängig davon, ob er einen solchen Verzicht versprochen hat oder nicht (§ 35a S. 3 StPO). Insofern hatte aber der BGH entschieden, dass der Rechtsmittelverzicht des Beschuldigten gültig ist und damit das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwächst, wenn der Beschuldigte erst nach einer qualifizierten Rechtsmittelbelehrung freiwillig verzichtet hat.⁴² Diese Auffassung haben die folgenden Gesetzesentwürfe übernommen, und zwar auch der letzte Entwurf der Bundesregierung von 2009.⁴³ Aber eine solche Regel wurde im Gesetzgebungsverfahren ausgeschlossen. Nach geltendem Gesetz (§ 302 S. 2 StPO) heißt es: „Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen, ist ein Verzicht“ ausgeschlossen.⁴⁴

III. Einzelne Probleme und die Betrachtung aus der Perspektive eines Außenstehenden

1. Im Allgemeinen

a) Der Ermittlungsgrundsatz und das Parteiverfahren

Der Inquisitionsprozess (= Ermittlungsgrundsatz) beschreibt ein Prozess-System, in dem das Gericht von Amts wegen die Wahrheitsermittlung betreibt und an die Geltendmachung von Beweisen durch die Staatsanwaltschaft oder den Beschuldigten nicht gebunden ist.⁴⁵ Demgegenüber ist das Parteiverfahren ein Prozess-System, dass die Prozessführung im Wesent-

lichen den Prozessparteien, also Staatsanwalt und Beschuldigtem, überlässt und bei dem sich das Gericht zurückhalten sollte. Während ersteres für den Kontinent einschließlich für Deutschland typisch ist, ist letzteres für den anglo-amerikanischen Raum charakteristisch.⁴⁶

Bisher hat die Auffassung, die sich gegen die Absprache ausspricht, als Grund dafür angegeben, dass der vom Ermittlungsgrundsatz beherrschte deutsche Strafprozess mit einem Verhandlungs-Prozesstyp nicht vereinbar ist, in dem das Gericht und die Prozesspartei zusammen den Ausgang bestimmen.⁴⁷ Da das Gericht in der Hauptverhandlung zu allen tatsächlichen und rechtlichen Punkten Beweis aufnimmt, um seine Aufgabe zur Wahrheitsermittlung zu erfüllen, soll ein Verfahren, bei dem das Gericht und die Prozessparteien eine Vereinbarung treffen, für den Inquisitionsprozess nicht geeignet sein.

In den letzten Jahren mehrten sich aber die Stimmen, die sich für eine Absprache auch in Deutschland aussprachen. Vor allem *Rosenau* hat behauptet, dass der strukturelle Unterschied zwischen Inquisitionsprozess und Parteiprozess in Bezug auf eine Einführung der Absprache kein wesentliches Problem darstellt, weswegen sie auch unter der Inquisitionsmaxime eingeführt werden kann.⁴⁸ Er führt unter rechtsvergleichenden Aspekten aus, dass erstens das „plea bargaining“ auch dem Wesen des amerikanischen Strafprozesses niemals entsprach und ein relativ neues System sei, und dass zweitens bestätigt wurde, dass die Inquisitionsmaxime der Einführung der Absprache nicht im Wege stehe, wie die europäischen Tendenzen einschließlich in Frankreich, Italien usw. zur Strafjustizreform gezeigt haben.

Dass aber die Reform in den europäischen Ländern eigentlich unter Erhaltung der Inquisitionsmaxime durchgeführt wurde, ist an sich in Frage gestellt worden. Eine Literaturmeinung hat im Hinblick auf die italienische Reform gesagt, dass sich damit der italienische Strafprozess schon zum Parteiprozess verändert hat.⁴⁹ Wenn auch der erwähnte Aspekt den amerikanischen Strafprozess unter geschichtlichen Gesichtspunkten analysiert hat, scheint dieser Schluss vorschnell zu sein. Denn für die Argumentation ist im konkreten Problem nicht die Geschichte, sondern die Übereinstimmung mit der geltenden wesentlichen Prozess-Struktur maßgeblich.

Insofern bezweifle ich die Fragerichtung als solche, ob es richtig ist, dass unter Erhaltung des Inquisitionsgrundsatzes die Absprache eingeführt werden kann. Wenn nämlich die Absprache in die StPO eingeführt wird und sie am besten der Wahrheitsermittlung dient, dann steht sie mit dem Amtsermittlungsprozesssystem im Einklang. Andererseits braucht auch der Parteiprozess eine Bremse, wenn die Vereinbarung der Wahrheitsermittlung deutlich entgegensteht.

⁴⁶ *Rosenau*, in: *Rosenau/Kim* (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog, 2010, S. 45 (S. 53 ff.).

⁴⁷ *Weigend*, in: *Canaris u.a.* (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 1011 (S. 1034 ff.).

⁴⁸ *Rosenau* (Fn. 46), S. 45 (S. 53 ff.); *ders.* (Fn. 7), S. 1614 ff.

⁴⁹ *Pisani*, *ZStW* 94 (1982), 457 (467).

³⁸ BR-Drs. 235/06; BT-Drs. 16/4197.

³⁹ <http://www.bmj.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

⁴⁰ BGBl. I 2009, S. 2353.

⁴¹ BGHSt 50, 40 (62).

⁴² BGHSt 50, 40 (62).

⁴³ BT-Drs. 16/12310, S. 6.

⁴⁴ Auch auf dem 68. DJT in Berlin 2010 ist das qualifizierte Belehrungsproblem besprochen und dabei kritisiert worden, dass „ein Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung wirksam ist“ (*Kato*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* [Hrsg.], *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages*, Bd. II/2, 2011, Teil N S. 117). Insofern gibt es aber schon eine gesetzgeberische Lösung.

⁴⁵ *Beulke* (Fn. 1), Rn. 21; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 1 Rn. 3 ff.

Daher ist zu fragen, was im konkreten Prozess das Gericht und jeder Prozessbeteiligte zu tun hat, unter der Voraussetzung, dass die Absprache in allen Prozesskulturen vorhanden sein kann. Insoweit hat der Gesetzgeber, als er zugleich die Verständigung eingeführt hat, bestimmt: „§ 244 Absatz 2 bleibt unberührt“ (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO). Demnach gelten damit größere Einschränkungen als im Parteiprozess, unter denen die Absprache stattfindet. Also ist das Problem nicht das „Ob“, sondern das „Wie“.

Ich denke, es ist die besondere Eigenschaft der deutschen Verständigung, dass auch nach Zustandekommen der Verständigung das Gericht von ihr abweichen kann und die Voraussetzungen dafür klar bestimmt wurden.

b) Die Abweichung von der Verständigung

Das Gericht ist in der Regel an die einmal zustande gekommene Verständigung gebunden. Aber „wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist“, dann „entfällt“ die Bindung der Verständigung (§ 257c Abs. 4 S. 1 StPO).

Insoweit geht es um die Voraussetzungen, unter denen das Gericht die einmal zustande gekommene Verständigung auflösen kann. Der Beurteilungsmaßstab ist die Überzeugung des Gerichts. Darin zeigt sich, dass der deutsche Inquisitionsprozess nicht nur förmlich (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO), sondern auch substantiell aufrechterhalten wird. Wir dürfen das so verstehen, dass das materielle Schuldprinzip, wonach die Strafe des Täters mit seiner Schuld übereinstimmen⁵⁰ muss, aufrechterhalten wird, weswegen auch in der Praxis die Wahrheitsermittlung und das Schuldprinzip gelten.

Natürlich ist die Frage eines solchen Schuldprinzips und des materiellen Wahrheitsgrundsatzes eine politische Entscheidung, und man dürfte das an sich nicht kritisieren, es sei denn, dass der Nachteil den Vorteil überwiegt. Das heißt, die Fragestellung ist nicht richtig, ob ein solches System mit dem von der Amtsermittlung beherrschten deutschen Prozess übereinstimmt. Wenn der Gesetzgeber die „amtsermittelnde“ Verständigung eingefügt hat, dann muss das an sich als eine Eigentümlichkeit des deutschen Strafprozesses anerkannt werden. Das vorausgesetzt, geht es um die Frage, ob die Friktion oder der Schaden angemessen bleibt, die mit der Einführung eines solchen Systems verursacht werden.

Damit ist das Problem der Vereinbarkeit von Amtsermittlungsprinzip und Verständigung, das seit langem in Deutschland diskutiert wurde, von der Gesetzgebung durch die Verschmelzung oder den Kompromiss zwischen Amtsermittlungsgrundsatz und Verständigung abschließend gelöst worden, so dass in Zukunft die nächsten Fragen erwogen werden sollten.

c) Gültigkeit des Konsensprinzips

Allerdings kann man vor dem Hintergrund der besonderen Problematik danach fragen, ob die Einführung der Verständigung bei Amtsermittlung als politische Entscheidung angemessen ist,⁵¹ ob also die Verständigung auch in Zukunft im deutschen Strafprozess fixiert werden sollte.

Insoweit müssen wir aber sagen, dass auch im deutschen Strafprozess schon das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO) und die Opportunitäts-Verfahrenseinstellung (§§ 153 ff. StPO) die Zustimmung des Beschuldigten voraussetzen und der Besprechung zwischen den Prozessbeteiligten zueinander bedürfen, so dass das Verständigungsprinzip schon einigermaßen den deutschen Strafprozess durchdrungen hatte.⁵²

Auch in Japan gibt es ähnliche Systeme, weswegen es wichtig für zukünftige japanische Fragen ist, den Einfluss dieser Gesetzesreform zu verstehen.

2. Spezielle Problemfelder

a) Geständnis

aa) Geständnis als Gegenstand der Verständigung

Nach § 257c Abs. 2 S. 2 StPO soll ein Geständnis „Bestandteil jeder Verständigung“ sein. Damit ist gezeigt, dass die Verständigung das Mittel zum Erhalt des Geständnisses ist. Es ist nämlich wesentlicher Bestandteil, dass dem Geständnis die Rechtsfolge – normalerweise die mildere Strafe – folgt.

In Japan gibt es die „HOKYO-Rule“ als verfassungsrechtliche Regelung (Art. 38 Abs. 3 jVerf.), wonach der Beschuldigte nicht nur auf Grund des Geständnisses verurteilt werden darf, also andere Beweise neben dem Geständnis für eine Verurteilung notwendig sind. Demgegenüber gibt es in Deutschland keine solche Regelung im Gesetz. Deswegen darf das Gericht nur auf Grund des Geständnisses verurteilen. Wenn daher nach dem Verständigungsgesetz ein Geständnis als wesentlicher Bestandteil für eine mildere Strafe gefordert wird und damit der Beschuldigte leichter als jeher ein Geständnis anbieten kann, dann steigt die Effektivität der gerichtlichen Erledigung von Fällen enorm an, wodurch Justizkosten eingespart werden können.

Aber auch in Japan sollen glaubhafte Geständnisse den nach der HOKYO-Rule geforderten Beweisen genügen,⁵³ so dass unabhängig vom Geständnis ein Sachbeweis nicht immer gefordert wird. Daher gibt es in der Tat keinen Unterschied zwischen Japan und Deutschland – in dem unter dem Amtsermittlungsgrundsatz die richterliche Überzeugung über die Glaubhaftigkeit des Geständnisses entscheidet – bezüglich der Bedeutung des Geständnisses. Damit kann die Behandlung des Geständnisses in Deutschland auch für die japanische Verhandlung belehrend sein.

bb) Zulässigkeit des Geständnisses als Beweismittel

(1) Bei gültiger Verständigung

Wenn die Verständigung gültig ist und damit das Urteil, auf das Geständnis – welches der Beschuldigte nach Absprache gegen eine mildere Strafe abgegeben hat – zurückzuführen ist, dann muss man natürlich nach der Zulässigkeit des Geständnisses als Beweis fragen, weil für den Schuldspruch die

⁵⁰ BGHSt 43, 195 (208 ff.).

⁵¹ Müller (Fn. 8), S. 79 ff.

⁵² Rosenau (Fn. 46), S. 45 (S. 66).

⁵³ Vgl. JOGH, Urt. v. 29.7.1948, j-OGH Str.Rspr. 2, 9, 1012.

Strengbeweisregel gilt. Da der nemo tenetur-Grundsatz nicht verletzt werden darf, darf der Beschuldigte nicht von Strafverfolgungsorganen zu einem Geständnis genötigt werden und muss freiwillig das Geständnis anbieten (vgl. § 136a Abs. 3 StPO).

Was bei Verständigungen für die Erlaubnis des Geständnisses gilt, ist seit jeher schon in § 136a StPO diskutiert worden.⁵⁴ Diese Regelung realisiert den nemo tenetur-Grundsatz.⁵⁵ Das gegen diese Regelung gewonnene Geständnis darf als Beweis für die Verurteilung nicht verwendet werden, auch wenn der Beschuldigte zustimmt (§ 136a Abs. 3 StPO). Diese Regelung zählt die verbotenen Vernehmungsmethoden auf (§ 136a Abs. 1 StPO), insbesondere im Kontext mit der Verständigung „die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme“ und „das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“ (§ 136a Abs. 1 S. 3 StPO).⁵⁶

Zu letzterem fragt man sich, ob das Versprechen einer milderen Strafe das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils darstellt und damit verboten ist. Demgegenüber hat das neue Gesetz geregelt, dass nach § 257c Abs. 2 StPO die Rechtsfolgen – vor allem die mildere Strafe – und das Geständnis der wechselseitige Gegenstand der Absprachen sind. Deswegen wäre das Versprechen des Vorteils nach einer Verständigung bereits gesetzlich geregelt und damit das Problem schon gelöst worden.

Zu ersterem steht in Frage, ob die Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme vorliegt, weil der Beschuldigte nicht mehr frei entscheiden kann, ob er das Geständnis anbieten soll, wenn die in Aussicht gestellte Strafe sehr viel milder ist als die bei einer normaler Hauptverhandlung (Strafrahmenproblem). Insoweit muss das Gericht die in Aussicht gestellte Strafe nicht nur mit einer oberen, sondern auch einer unteren Grenze angeben und dabei „unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen“ über einen solchen Bereich entscheiden. Das neue Gesetz hat allerdings nicht konkret den Maßstab der Strafzumessung bei der Verständigung geregelt, z.B. ob die Strafe einen bestimmten Prozentsatz geringer als bei der normalen Hauptverhandlung sein sollte. Die Folge davon wäre das Problem, wie diese Lösung mit einer freien Würdigung des Gerichts unter die allgemeinen Strafzumessungserwägungen passen könnte. Zwar ist eine gesetzlich allgemeinere Regelung, die noch konkreter ist, unmöglich und schädlich. Das Gericht kann aber eine zu geringe Strafe verhängen. In einem solchen Fall kann der Unterschied zur regulären Strafe nach der Hauptverhandlung „die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme“ sein. Wenn bei normaler Hauptverhandlung die Strafaussetzung zur Bewährung unmöglich ist, jedoch das Gericht dem Beschuldigten die Bewährung gegen ein Geständnis in Aussicht stellt, dann gilt dasselbe.

Demgegenüber ist es in Japan verfassungsrechtlich verboten, das Geständnis als Beweis zu verwenden, wenn der Beschuldigte z.B. durch Folter zum Geständnis gezwungen wurde (Art. 38 Abs. 2 jVerfassung; § 319 Abs. 1 jStPO). Der Sinn

davon ist i.S.d. nemo tenetur-Grundsatzes der Schutz des Schweigerechts des Beschuldigten sowie die materielle Wahrheitsermittlung – das erzwungene Geständnis könnte falsch sein.⁵⁷ Der JOGH hat in einem Fall, in dem dem Beschuldigten gegen ein Geständnis ein Vorteil versprochen wurde, erklärt, dass das Geständnis nicht verwendet werden darf. In diesem Fall hatte die Staatsanwaltschaft dem Verteidiger gesagt, dass sie im Ermittlungsverfahren bei einem Geständnis des Beschuldigten von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen kann.⁵⁸ Auch die herrschende Meinung in der Literatur ist der Rechtsprechung gefolgt, weil so gewonnene Geständnisse wahrscheinlich falsch sind.⁵⁹ Nach dieser h.M. sollte bei einem Geständnis gegen einen Vorteil dieses fast immer einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, so dass die Verständigung (oder plea bargaining) nicht in die jStPO eingeführt werden kann.

Ich habe schon gegen die h.M. eingewandt und aufgezeigt, dass das Geständnis immer noch als Beweis verwendet werden darf, wenn der Inhalt des Vorteils eines Geständnisses im rechtsstaatlichen Strafverfahren erlaubt sein und auch nach einem solchen Austausch der Beschuldigte freiwillig ein Geständnis ablegen kann.⁶⁰ Meiner Meinung nach ist nicht das „Ob“ relevant, sondern „wie“ das Geständnis als Beweis verwertet werden darf. Soweit die Freiwilligkeit des Geständnisses sichergestellt sein sollte, liegt kein Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz vor. Auch dem Bedürfnis, Lügen auszuschließen, ist dann Genüge getan.

Demnach kann man in Japan die Frage der Beweisverwertung des Geständnisses nicht vermeiden, um die Verständigung einzuführen. Dabei sollte beachtet werden, inwieweit bei der deutschen Verständigung das Versprechen eines Vorteils zu Gunsten des Beschuldigten erlaubt ist.

(2) Bei ungültiger Verständigung

Andererseits fragt man sich, ob das vom Beschuldigten vorher angebotene Geständnis dann noch als Beweis verwertet werden kann, wenn die Verständigung einmal zustande gekommen ist und der Beschuldigte danach im Vertrauen auf den Vorteil – die geringere Strafe – in der Haupthandlung das Geständnis angeboten hat, doch das Gericht aus irgendwelchen Gründen von der Verständigung abweicht und dadurch das frühere Versprechen gebrochen wird.

Auch das Problem ist schon früher nicht nur de lege ferenda, sondern auch de lege lata heftig diskutiert worden.⁶¹ Wenn die Forderung der Wahrheitsermittlung für wichtig gehalten wird, dann sollte das Geständnis verwertet werden, weil es sicher ist, dass der Beschuldigte das Geständnis auch abgelegt hat. Da der Beschuldigte im Vertrauen auf das Zustandekommen der Verständigung – um dadurch den Vorteil zu erzielen – das Geständnis gemacht hat, ist es für den strukturell vorher zu erfüllenden Beschuldigten ungünstig, wenn

⁵⁷ Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33.

⁵⁸ Vgl. JOGH, Beschl. v. 1.7.1966 – j-OGH Str.Rspr. 20, 6, 537.

⁵⁹ Mitsui, Hougaku-kyoushitsu 248 (2001), 84.

⁶⁰ Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33 (55 ff.).

⁶¹ Graumann (Fn. 36), S. 33 ff.

⁵⁴ Hauer (Fn. 33), S. 28 ff.

⁵⁵ Hauer (Fn. 33), S. 28.

⁵⁶ BGHSt 43, 195 (198).

trotz abgebrochener Verständigung das Geständnis als Beweis verwertet werden kann. Das Problem des Geständnisses bei Abbrechen der Verständigung ist zu lösen, indem zwischen der materiellen Wahrheitsermittlung und dem Vertrauensschutz des Beschuldigten bei einer Verständigung abgewogen wird.

Der Gesetzgeber hat letztlich einen Weg gewählt, wonach verboten ist, das Geständnis beim Abstandnehmen von der Verständigung zu verwerten (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO). Insofern gibt es dem Vertrauen des Beschuldigten Vorrang vor der materiellen Wahrheitsermittlung. Eine solche Lösung sollte allerdings eine Selbstverständlichkeit sein, wenn das nach der Verständigung herrschende Verfahren und das Konfrontationsverfahren im Wesentlichen unterschieden werden. Der Beschuldigte hat also nur im ersten Verfahren ein Geständnis abgelegt. Wenn die Verständigung aufgelöst wird, wird das Verfahren in das konfrontative Verfahren verschoben. Sofort fängt sachlich ein ganz neues Verfahren an – wenn auch nicht förmlich. Deswegen ist es notwendig, die Beweisaufnahme von neuem zu beginnen. In der Literatur gibt es außerdem die Meinung, dass in diesem Fall das Gericht darüber einen ausdrücklichen Beschluss fassen muss. Es sollte jedenfalls in der Wiederholung der Hauptverhandlung (§ 229 Abs. 4 S. 1 StPO) kein Geständnis geben. Insofern gilt dementsprechend auch dann dasselbe, wenn der Beschuldigte für die Aufkündigung der Verständigung verantwortlich ist. Das neue Gesetz ist zutreffend.

In Japan fragt man sich darüber hinaus, ob das Geständnis als Beweis verwertet werden kann, wenn das Strafverfolgungsorgan dem Beschuldigten einen Vorteil versprochen hat und er danach das Geständnis abgelegt hat, dann aber das Versprechen nicht eingehalten wird.⁶² Dabei dürfte nach der Mehrheitsmeinung das Geständnis wegen eines Beweisverwertungsverbots nicht verwertet werden. Jedenfalls wäre es wünschenswert, dass im Gesetz eine Regelung getroffen wird, um eine klare Lösung zu ermöglichen.

cc) Glaubhaftigkeit des Geständnisses

Schließlich sollte gefragt werden, wie die Glaubhaftigkeit des Geständnisses bei der Verständigung zu beurteilen ist. Wie oben genannt, gibt es in Japan die HOKYO-Rule (Art. 38 Abs. 3 jVerf.; § 319 Abs. 2 jStPO), es bedarf zumindest des Beweises der Glaubhaftigkeit des Geständnisses, damit das Gericht den Beschuldigten verurteilen kann. Demgegenüber gibt es in Deutschland keine solche Regelung im Gesetz. Dennoch gibt es keinen Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen, da nach § 257c Abs. 1 S. 2 StPO der Amtsermittlungsgrundsatz „unberührt bleibt“, so dass das Gericht jedenfalls von der Glaubhaftigkeit des Geständnis überzeugt sein muss.⁶³

Da bei der Verständigung der Beschuldigte ein sogenanntes strategisches Geständnis machen kann, sollte gefragt werden, ob die Glaubhaftigkeit des Geständnisses niedriger als bei einer normalen Hauptverhandlung beurteilt werden sollte.⁶⁴

Im gesetzgeberischen Verlauf war eine Meinung maßgebend, nach der die Glaubhaftigkeit des nach der Verständigung angebotenen Geständnisses niedriger eingeschätzt werden sollte.⁶⁵ Da der Beweis für die Bestätigung der Glaubhaftigkeit des Geständnisses unerlässlich ist, sollte damit eine Beweisregelung wie in der japanischen HOKYO-Rule im Gesetz geregelt werden. Das neue Gesetz bestimmt letztlich keine solche Regelung. Der Gesetzgeber meinte, dass die Glaubhaftigkeit des Geständnisses in jedem Fall ganz unterschiedlich ist und deswegen eine einheitliche Regelung ungeeignet sei.⁶⁶ Er hat es der gerichtlichen Amtsermittlung und der freien Beweiswürdigung überlassen.

Auf diese Weise hat der Gesetzgeber das Glaubhaftigkeitsproblem des Geständnisses an den Amtsermittlungsgrundsatz gebunden und damit die sogenannte prozessual immanente Lösung angestrebt. Darum sollte in Zukunft die gerichtliche Amtsermittlung genügend ausgeübt werden, und zwar wie im normalen Prozess auch. Die Verständigung mit dem integrierten Amtsermittlungsgrundsatz ist eine Eigentümlichkeit der deutschen StPO.

b) Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle

aa) Einschränkung des Rechtsmittels

Das Rechtsmittel dient der nachträglichen Kontrolle der erstinstanzlichen Verfahren und ist daher ein wichtiges System, deren Rechtmäßigkeit zu sichern.⁶⁷ Nur ist die Verständigung ein System, in dem nach Besprechung zwischen den Prozessbeteiligten das Urteil – in Deutschland nur die Rechtsfolgen – gefunden wird, mit dem alle zufrieden sind. Außerdem zielt die Verständigung damit auf die Verringerung der Justizkosten ab. Wenn trotzdem das Rechtsmittel so leicht wie jeher eingelegt werden kann, dann kann es sein, dass insgesamt für das Verfahren eine lange Zeit erforderlich ist und der Vorteil der Verständigung herabgesetzt wird.

Im Laufe der Gesetzesberatung ist darüber diskutiert worden, ob das Rechtsmittel unter bestimmten Bedingungen eingeschränkt werden soll, wenn dem Urteil die Verständigung vorausgegangen ist. Der Entwurf des Bundesrats von 2006⁶⁸ hat vorgeschlagen, dass bei Verständigung die Berufung ganz abgeschafft und auch die Revision nur dann möglich sein soll, wenn es eine Gesetzesverletzung bei der Verständigung oder einen absoluten Revisionsgrund gibt. Auch der Entwurf des Bundesministers der Justiz von 2006⁶⁹ hat vorgeschlagen, dass nur die Revision mit den Einschränkungen wie im Bundesratsentwurf vorgesehen werden soll. Nach den Gründen des BT-Entwurfs gibt es keine Notwendigkeit der nachträglichen Kontrolle auf Tatsachenseite und eingeschränkt auf rechtlicher Seite.⁷⁰

Das Gesetz sieht aber keine solche Einschränkung der Rechtsmittel vor, so dass auch bei der Verständigung sämtli-

⁶⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 18.

⁶⁶ BT-Drs. 16/12310, S. 21.

⁶⁷ Kleinbauer (Fn. 37), S. 15.

⁶⁸ BR-Drs. 235/06; BT-Drs. 16/4197.

⁶⁹ <http://www.bmj.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

⁷⁰ BT-Drs. 16/4197, S. 11.

⁶² Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33 (56).

⁶³ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁶⁴ BGHSt 43, 195 (203 ff.).

che Rechtsmittel wie im normalen Verfahren möglich sind. Den Grund sieht der letzte Entwurf darin, dass die Wahrheitsermittlung als Grundbestandteil des rechtsstaatlichen Strafprozesses nicht aufgegeben werden darf und dass die Kontrolle durch Rechtsmittel für die Rechtmäßigkeit der Verständigung unerlässlich ist.⁷¹

Ich bin der Meinung, dass die Kontrolle des Rechtsmittels unverzichtbar ist, um im rechtsstaatlichen Strafverfahren die Justizförmigkeit zu sichern.⁷² Daher meine ich auch, es ist richtig, dass die Möglichkeit des Rechtsmittels ganz aufrechterhalten wurde.

Es kann allerdings unterschiedlich eingeschätzt werden, ob das Rechtsmittel bei Verständigung wie im normalen Verfahren auch die rein tatsächliche Seite sicherstellen sollte. Wenn z.B. im konkreten Fall alle Prozessbeteiligten sich auch zur tatsächlichen Seite verständigt haben, kann das an sich noch nicht das rechtsstaatliche Strafverfahren verletzen, es sei denn, der Unterschied zur Wahrheit wird ganz deutlich. In Deutschland sollte auch bei der Verständigung auf die Wahrheitsermittlung nicht verzichtet werden, wie es das Gesetz betont hat.⁷³ Man kann darin die Eigentümlichkeit der deutschen Verständigung sehen, der die Amtsermittlung zur Wahrheit zu Grunde liegt.

Das ist auch eine politische Entscheidung, weswegen sie als solche eingeschätzt werden sollte. Nur kann es in der Praxis geschehen, dass aus irgendwelchen Gründen die Prozessbeteiligten versuchen, die Rechtsmittel einzuschränken.

bb) Verbot des Rechtsmittelverzichts und Möglichkeiten zu dessen Umgehung

Wenn das Gericht sein Urteil der Kontrolle durch das Rechtsmittel entziehen möchte, dann kann es den Beschuldigten dazu bringen, auf Rechtsmittel zu verzichten. Der Rechtsmittelverzicht ist bisher als eine solche Methode benutzt worden. Auch wenn es im erstinstanzlichen Verfahren irgendeine Verletzung der Absprachenregelungen gibt, so gibt es keine Möglichkeit zu dessen Korrektur ohne Rechtsmittel. Früher hat das Gericht manchmal dem Beschuldigten das Versprechen abgerungen, auf Rechtsmittel zu verzichten, was auch in der Tat stattfand.

Der BGH hat schon in seiner Grundsatzentscheidung von 1997⁷⁴ dieses Problem deutlich gesehen und das Versprechen des Rechtsmittelverzichts bei Absprachen verboten. In der Praxis hat es aber unter Verletzung dieser Regelung viele Fälle gegeben, bei denen das Gericht mit dem Beschuldigten den Rechtsmittelverzicht abgesprochen hat, weil das für das Gericht sehr vorteilhaft war. Dann hat der BGH in seinem Beschluss des *Großen Senates* von 2005⁷⁵ entschieden, dass sich das Gericht bei Absprachen vom Beschuldigten den Verzicht nicht versprechen lassen darf, aber trotzdem der Verzicht als solcher dann gültig ist, wenn das Gericht den Beschuldigten bei Urteilsverkündung darüber „qualifiziert“

belehrt hat, dass „er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen“, weil der Beschuldigte einen solchen Verzicht freiwillig gemacht hat – die sogenannte „qualifizierte Rechtsmittelbelehrung“. Im Gesetzgebungsverfahren hat auch der Entwurf der Justizminister von 2006⁷⁶ und der letzte Entwurf der Bundesregierung von 2009 eine solche Regelung, wie im Beschluss des *Großen Senates* vorgeschlagen, enthalten.⁷⁷

In der Beratung des Rechtsausschusses des Bundestags ist die Regelung gestrichen worden. Das Gesetz ist letztlich ohne diese vom Parlament verabschiedet worden.⁷⁸ Nach geltendem § 301 Abs. 1 S. 2 StPO „ist ein Verzicht ausgeschlossen“, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Nach der Beschlussempfehlung kann damit der Beschuldigte ohne Druck ruhig entscheiden, ob er Rechtsmittel einlegen sollte. So wurde erreicht, dass das Verbot, den Rechtsmittelverzicht versprechen zu lassen, durchgesetzt wurde.⁷⁹

Im Hinblick auf das Ziel dieser Regelung und die gesetzgeberische Geschichte ist bei der Verständigung der Rechtsmittelverzicht ganz ausgeschlossen worden.⁸⁰ Insofern ist das Problem über den Rechtsmittelverzicht und dessen Rechtsfolgen gesetzgeberisch gelöst worden.⁸¹

Wenn der Verzicht auf Rechtsmittel trotz dessen Verbots versprochen wird und danach der Beschuldigte tatsächlich verzichtet, kann man allerdings die Verletzung nicht kontrollieren. Ich glaube, dass es dabei Möglichkeiten der Umgehung gibt. Ich kann nur meine Zweifel anbringen.

cc) Möglichkeit der Umgehung mit anderen Methoden

Da bisher in der Absprachepraxis der Rechtsmittelverzicht maßgebend war, kann die Gefahr der Umgehung immer bestehen. Ich kann hier auf zwei weitere Probleme hinweisen, die in der Praxis tatsächlich entstehen.

(1) Rechtsmittelrücknahme

Nach § 302 Abs. 1 S. 1 StPO kann der Rechtsmittelberechtigte nicht nur auf Rechtsmittel verzichten, sondern auch die Rücknahme eines Rechtsmittels erklären. Die Rechtsmittelrücknahme kann, anders als der Verzicht, Bestandteil der Verständigung sein, und deswegen ist sie auch bei der Verständigung wirksam. Demzufolge kann künftig das Mittel insofern nützlich werden – oder missbraucht werden –, auch wenn der Rechtsmittelverzicht selbst ganz ausgeschlossen ist.⁸² In der Tat war der BGH mit dem Problem schon konfrontiert und hat entschieden, dass bei der Verständigung die Rechtsmittelrücknahme wirksam ist.⁸³

Wenn der BGH die Rechtsmittelrücknahme bei Verständigung für gültig hält, dann hat er es bisher damit begründet,

⁷¹ BT-Drs. 16/12310, S. 22.

⁷² Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-3 (2009), 17 (31).

⁷³ BT-Drs. 16/12310, S. 8 f.

⁷⁴ BGHSt 43, 195 (204).

⁷⁵ BGHSt 50, 40 (62).

⁷⁶ <http://www.bmj.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

⁷⁷ BT-Drs. 16/12310, S. 6.

⁷⁸ BT-Drs. 582/09, S. 2.

⁷⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 10.

⁸⁰ Niemöller (Fn. 35), S. 145 ff.

⁸¹ S. a.a.O. II. 2. d).

⁸² Jahn, StV 2011, 497 (502 ff.).

⁸³ BGHSt 55, 82.

dass der Beschuldigte hier nach einmaliger Rechtsmittleinlegung in aller Ruhe entscheidet, die Rechtsmittel zurückzunehmen. Er befindet sich nicht wie beim Verzicht in einer dringenden Situation und hat damit die Möglichkeit, autonom zu entscheiden.⁸⁴ Wenn er einmal das Rechtsmittel eingelegt hat und es danach beliebig zurücknehmen kann, dann ist das vom Rechtsmittelverzicht zu unterscheiden; denn hier wird die Kausalität zwischen Verständigung und Rücknahmeakt unterbrochen. Allerdings könnte der Beschuldigte den Verzicht auch innerhalb der Rechtsmittelfrist nach reiflicher Überlegung erklären. Doch muss die gesetzgeberische Entscheidung respektiert werden, die bei Verständigung den Verzicht ganz ausgeschlossen hat.

De lege ferenda ist die diesmalige Gesetzesreform unbefriedigend, weil ihr die Gefahr anhaftet, dass eine Umgehung leicht herbeigeführt werden kann.⁸⁵ De lege lata sollte die Rechtsmittlerücknahme kein Gegenstand der Verständigung sein dürfen⁸⁶, und es ist dann analog zum Rechtsmittelverbot für ungültig zu erklären, wenn der Beschuldigte direkt nach Rechtsmittleinlegung dieses zurücknimmt.⁸⁷

(2) Sitzungsprotokoll

Im Falle einer Verständigung muss im Sitzungsprotokoll deren wesentlicher Ablauf und Inhalt wiedergeben werden (§ 273 Abs. 1a S. 1 StPO). Und wenn keine Verständigung stattfindet, „ist auch dies im Protokoll zu vermerken“ (§ 273 Abs. 1 S. 3 StPO). Damit sollte die Verständigung nicht nur nach ihrem Inhalt, sondern auch nach ihrem Vorhandensein transparent sein, so dass die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle sichergestellt werden sollte.⁸⁸

Nun liegt auch in der Beweiskraft des Sitzungsprotokolls (§ 274 S. 1 StPO) die Ursache für die Umgehung des Rechtsmittelverzichtsverbots. Auch wenn der Rechtsmittelverzicht bei Verständigung ausgeschlossen ist, dann kann trotz Existenz der Verständigung dies im Protokoll fälschlich als keine Verständigung über den Rechtsmittelverzicht dargestellt sein. Dann ist trotz Verstoßes gegen das Verbot des Rechtsmittelverzichts bei Verständigung diese als gültig zu behandeln.⁸⁹

In diesem Fall kann der Beschuldigte nur den Nachweis der Fälschung des Protokolls und so die Ungültigkeit des Rechtsmittelverzichts geltend machen. Nur dürfte hier die Rolle der Prozessbeteiligten, die den Verlauf der Verständigung kennen, also insbesondere des Strafverteidigers, sehr wichtig sein.

3. Ausblick für die Zukunft

a) Verteidigungsrecht des Beschuldigten

Die Verständigung kommt mit Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft zustande (§ 257c Abs. 4 S. 4

StPO). Da in der Tat schon während der Vorbesprechungen eine hohe fachliche Kenntnis und die Erfahrung in Strafsachen gefordert sind, muss allerdings immer der Verteidiger an der Verständigung beteiligt sein.

Nur ist mit dieser Gesetzesreform kein Fall notwendiger Verteidigung bei der Verständigung eingeführt worden, obwohl die Verständigung in sämtlichen Verfahren möglich ist. Daher kann der Beschuldigte den Weg einer Verständigung in der Tat nicht wählen, wenn er aus finanziellen Gründen keinen Verteidiger beauftragen kann, es sei denn, es liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor. Darin kann ein Problem der diskriminierenden Justiz gesehen werden.⁹⁰ In Japan gibt es das „Sokketsu-Saiban Verfahren“, das in leichteren Fällen mit Zustimmung des Beschuldigten sehr schnell verurteilen kann und immer höchstens mit einer Freiheitsstrafe zur Bewährung enden muss, doch hier gibt es die notwendige Verteidigung (§ 350-4 jStPO). Im Hinblick auf die Bedeutung des Strafverteidigers bei der Verständigung sollte daher de lege ferenda die Einführung der notwendigen Verteidigung überlegt werden.

Der Verteidiger nimmt selbstverständlich die Aufgabe für den Schutz der Rechte des Beschuldigten wahr. Zwar gibt es in Deutschland seit jeher einen Meinungsstreit über die Rechtsstellung des Verteidigers,⁹¹ doch muss diese Aufgabe immer gelten. Aber es ist auf das Problem bei der Verständigung hingewiesen worden, dass der Verteidiger selbst einen Vorteil anstrebt und den Beschuldigten „verkaufen“ könnte.⁹² Während die schnelle Behandlung des Falles für den Verteidiger wie auch für das Gericht und die Staatsanwalt ein Vorteil bei der Verständigung ist, hat der Beschuldigte dann einen Nachteil, wenn er der Verständigung widersprechen möchte, so dass es einen Konflikt zwischen Beschuldigtem und Verteidiger geben kann. In solchen Fällen muss der Verteidiger selbstverständlich dem Wunsch des Beschuldigten nachkommen, auch wenn er ihn von einer Verständigung überzeugen könnte. Der Beschuldigte muss immer selbst entscheiden können, ob er der Verständigung zustimmen soll.⁹³

Die Verteidigungsrechte des Beschuldigten müssen ihm substantiell gewährleistet werden. Z.B. darf der Verteidiger bei der Abfassung eines falschen Protokolls nicht teilnehmen. Ferner muss er selbst die Verständigung aufzeichnen, um diese im Rechtsmittelprozess beweisen zu können. Die Regelung und die Diskussion zu dieser Frage bleiben abzuwarten.

b) Beteiligung des Opfers an der Verständigung

Die Verständigung muss in der öffentlichen Hauptverhandlung mit allen Prozessbeteiligten stattfinden. Dazu gehört auch der Nebenkläger, also das Tatopfer.⁹⁴ Auch das Opfer ist berechtigt, eine Erklärung abzugeben, doch ist seine Zustimmung keine Voraussetzung für das Zustandekommen der Verständigung.

⁸⁴ BGHSt 50, 40 (61).

⁸⁵ Jahn, StV 2011, 497 (503).

⁸⁶ BGHSt 55, 82.

⁸⁷ Niemöller, StV 2010, 597 (602); Malek, StraFo 2010, 249 (251); Jahn, StV 2011, 497 (503).

⁸⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 15.

⁸⁹ Jahn, StV 2011, 497 (504).

⁹⁰ Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 4. Aufl. 2011, § 202a Rn. 2 bei Fn. 11.

⁹¹ Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, passim.

⁹² Weichbrodt (Fn. 2), S. 129 ff.; Müller (Fn. 8), S. 64 f.

⁹³ Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 59-1 (2011), 1 (25 f.).

⁹⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 11 f.

digung. Welche Möglichkeiten stehen dem Opfer zu, wenn es der Verständigung nicht zustimmt?⁹⁵

Wenn das Opfer mit dem Schuldspruch unzufrieden ist, dann kann es wegen tatsächlicher Fehler bei amtsgerichtlichen Verfahren Berufung einlegen, und zwar z.B., wenn das angefochtene Urteil auf einem unzutreffenden Geständnis beruht. Das Opfer kann aber hinsichtlich der Strafzumessung kein Rechtsmittel einlegen. Auch wenn kein Opfer als Nebenkläger beteiligt ist, muss der Staatsanwalt als der Zustimmungsrechte bei einer Verständigung den Interessen des Opfers hinreichend Beachtung schenken.

IV. Zum Abschluss

Wie oben gesagt, habe ich als Außenstehender in diesem Beitrag über die deutsche Verständigung auf theoretische Probleme hingewiesen. Natürlich ist ein nationales Rechtssystem eine politische Entscheidung, weswegen man nicht zu vorschnell urteilen, sondern eher dessen Vorteile herausstellen und die in der Praxis günstigeren Leitgedanken hervorheben sollte. Außerdem kann die Überprüfung von einem äußeren Standpunkt aus deshalb zu einem Fehler führen, weil die Kultur falsch verstanden wird. Insoweit muss man in Zukunft die weitere Diskussion abwarten.

⁹⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 19.