

Entscheidungsbesprechung

Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren

1. Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.

2. Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung, die dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze zusagen und eine Strafuntergrenze ankündigen, tragen das Risiko in sich, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden. Gleichwohl ist es dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen. Er muss jedoch zugleich durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmechanismen hat der Gesetzgeber fortwährend zu überprüfen. Ergibt sich, dass sie unvollständig oder ungeeignet sind, hat er insoweit nachzubessern und erforderlichenfalls seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren.

3. Das Verständigungsgesetz sichert die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in ausreichender Weise. Der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung.

4. Mit den Vorschriften des Verständigungsgesetzes hat die Zulassung von Verständigungen im Strafverfahren eine abschließende Regelung erfahren. Außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende sogenannte informelle Absprachen sind unzulässig. (Leitsätze des Gerichts)

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3
StPO § 257c

*BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11*¹

I. Einführung

Das zunächst im Halbdunkel der Praxis entstandene Phänomen der Urteilsabsprachen, vulgo „Deals“, im Strafprozess bricht mit der Strafprozesskonzeption der StPO und wird daher seit den 1980er Jahren heftig diskutiert. Manche sehen darin

einen begrüßenswerten Fortschritt hin zu einem konsensbasierten und deshalb humaneren Strafverfahren, andere den Vorboten des Untergangs der deutschen Rechtskultur. Die Literatur zum Thema ist inzwischen kaum noch überschaubar.² Es handelt sich im Übrigen nicht um eine spezifisch deutsche Erscheinung, sondern um einen internationalen Trend,³ zum Zweck der Verfahrensvereinfachung auch inquisitorisch geprägte Prozessrechte um systemfremde guilty plea-Derivate anzureichern, dem sich nur wenige⁴ verweigern, zumal der Europarat⁵ dies sogar empfiehlt.

Der Bundesgerichtshof hat in zwei Leitentscheidungen, zum einen des *4. Strafsenats* aus dem Jahr 1997⁶ und zum anderen des *Großen Senats* für Strafsachen von 2005,⁷ den Wünschen der Praxis, die nach verbreiteter Meinung ohne Absprachen ihre Arbeit nicht mehr bewältigen kann, nachgegeben und zugleich versucht, Schranken zu errichten, die von den Tatgerichten allerdings oft ignoriert wurden. Berichte über Fälle haarsträubenden Missbrauchs finden sich bis heute immer wieder.⁸ Der *Große Senat* sah zugleich die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung als erreicht an und erbat vom Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung, da die Urteilsabsprachen sich zunehmend vom Leitbild der materiellen Wahrheit entfernten. Der Gesetzgeber schuf daraufhin erstaunlich rasch und mit einer beschämend sachblinden Begründung, die nicht einmal ein ansatzweises Bewusstsein für die Tragweite der Änderung, die den schwersten Eingriff in das Gefüge der StPO seit 1877 darstellt, erkennen lässt und statt dessen den unerklärlichen Irrtum enthält, dass die wissenschaftliche Literatur Absprachen mehrheitlich befürwortet⁹ – als ob sich kein an der Gesetzgebung Beteiligter mit der Materie näher befasst hätte –, das am 4.8.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Rege-

² Siehe nur die Zusammenstellungen bei *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 257b-257c ff., und *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c.

³ Vgl. die Beiträge in ZStW 116 (2004), 113 ff.; zuz. *Kreß*, ZStW 116 (2004), 172.

⁴ Wie der österreichische OGH, nach dessen Ansicht Absprachen wegen „eklatanten Widerspruches zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechtes, namentlich jenem zur – ein Kontrahieren des Gerichtes mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden – Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen“ sind, OGH, Beschl. v. 24.8.2004 – 11 Os 77/04 = ÖJZ 2005, 275 (276) = JBl. 2005, 127; dazu *Birklbauer*, ZIS 2009, 101 (103); *Schmoller*, GA 2009, 505 (528 m.w.N.).

⁵ Empfehlung Nr. R (87) 18 des Ministerkomitees zur Vereinfachung der Strafjustiz v. 17.9.1987, sub III.7. ff., allerdings unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit nationalen Verfassungstraditionen.

⁶ BGHSt 43, 195.

⁷ BGHSt 50, 40.

⁸ Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 3 Fn. 55.

⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 7.

¹ Urteil im Volltext abrufbar unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html.

lung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009,¹⁰ das die bisherige Judikatur des BGH in der zentralen Vorschrift des § 257c StPO und den flankierenden Normen der §§ 35a, 160b, 202a, 212, 257b StPO nebst Änderungen der §§ 243, 267, 273 und 302 StPO mit nur wenigen Abweichungen positiviert.

Das BVerfG hatte sich bisher nur in einer Kammerentscheidung¹¹ aus dem Jahr 1987 mit einem untypischen Fall einer Absprache befasst und dabei eine „Verständigung über Stand und Aussichten des Verfahrens“ für zulässig gehalten, aber zugleich in Übereinstimmung mit der bisherigen Judikatur zu den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips an das Strafverfahren betont, dass die Erforschung der materiellen Wahrheit zwecks Verwirklichung des Schuldprinzips von Verfassungen wegen unverzichtbar sei, was eine Disposition über den staatlichen Strafanspruch im Zuge eines Vergleichs und erst recht einen „Handel mit der Gerechtigkeit“ ausschließe. Angesichts dieser klaren Aussagen, die in der Diskussion der folgenden 25 Jahre erstaunlich wenig Beachtung fanden, erscheint die Verfassungsmäßigkeit der Absprachenpraxis bis 2009 als auch der gesetzlichen Regelung alles andere als unproblematisch.

Dementsprechend groß waren die Erwartungen an das hier zu besprechende Urteil des 2. *Senats* des BVerfG, zumal kritische Fragen von der Richterbank während der mündlichen Verhandlung im November 2012 sowie das verheerende Ergebnis der vom *Senat* in Auftrag gegebenen empirischen Studie von *Altenhain*, die weitverbreitete Nichtbeachtung des Gesetzes von 2009 durch nordrhein-westfälische Gerichte dokumentiert, erwarten ließen, dass das BVerfG sich – anders als der Gesetzgeber – mit den neuralgischen Punkten verfahrensbeendender Absprachen inhaltlich auseinandersetzen werde.

In der Tat findet das Urteil ungewöhnlich deutliche Worte zur gegenwärtigen Absprachenpraxis, die vielfach nicht nur gegen einfaches Recht, sondern auch gegen die Verfassung verstößt. Das Gesetz vom 29.7.2009 beanstandet der *Senat* in seiner einstimmigen Entscheidung „derzeit“ jedoch nicht, legt dem Gesetzgeber aber eine Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht auf, die auch die Revision der Entscheidung für die Zulässigkeit von Absprachen umfasst. Wer sich eine grundsätzliche Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Urteilsabsprachen erhofft hatte, wurde – ungeachtet des erhofften Ergebnisses – enttäuscht, denn dieser Prüfung weicht das Gericht aus und stimmt der Ansicht des Gesetzgebers – dem solches Glück nicht oft widerfährt –, seine Rege-

lung sei mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar, ohne eigene Argumentation zu. Überhaupt fällt auf, dass sich das Gericht kaum aus dem reichhaltigen Reservoir der Argumente aus der bisherigen Diskussion, sei es nun pro oder contra, bedient. Das ganze Urteil steht vielmehr im Bann der desaströsen Praxis, die das Gericht als das eigentliche Problem zu empfinden scheint und mit Mahnungen zur Rechtstreue (in Leitsatz 4!) und der Erfindung neuer quasi-absoluter Revisionsgründe zu bekämpfen helfen will. Dabei handelt es sich freilich nicht um eine kausale Therapie, sondern um bloße Behandlung der Symptome, denn dass die Praxis ihre Ursache auch im Verständigungsgesetz haben könnte – womit wiederum die Grundsatzfrage aufgeworfen würde, ob es eine verfassungskonforme Absprachenpraxis überhaupt geben kann –, verneint das Gericht erstaunlicherweise begründungslos und riskiert selbst in den Leitsätzen Formulierungen, die hart an die Grenze des logischen Widerspruchs gehen. Immerhin handelt es sich nur um eine vorläufige Beurteilung, wie schon der sechsmalige Gebrauch des Wortes „derzeit“ bekräftigt; man darf also noch hoffen. Im Einzelnen:

II. Zum Sachverhalt

Das Urteil entscheidet über drei verbundene Urteilsverfassungsbeschwerden. Die Beschwerdeführer zu I. und II. wurden vom LG München II jeweils aufgrund einer Verständigung wegen zahlreicher Betrugstaten zu Freiheitsstrafen zwischen drei und sechs Jahren verurteilt. Die nach § 257c Abs. 5 StPO vorgeschriebene Belehrung über die Folgen des Scheiterns der Verständigung unterblieb jeweils. Die dagegen gerichteten Revisionen verwarf der BGH als unbegründet, weil die Verständigungen gerade nicht gescheitert waren, die Strafkammer sich vielmehr an die zugesicherte Strafe gehalten habe. Der Beschwerdeführer zu III. wurde vom LG Berlin aufgrund einer Absprache u.a. wegen schweren Raubes zu einer Bewährungsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die Strafkammer hatte dem die Tatvorwürfe leugnenden Angekl., einem früheren Polizisten, eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren „bei streitiger Beweisaufnahme“ in Aussicht gestellt, zumal ein minder schwerer Fall des Raubes kaum in Betracht komme, während bei einem Geständnis, das eine Beweisaufnahme überflüssig machte, eine Bewährungsstrafe möglich sei. Nachdem der Vorsitzende zur Eile mahnte und der Verteidiger bei Nichtkooperation vor einer „Saalverhaftung“ warnte, räumte der Angekl. den Anklagevorwurf in Form eines schlichten Formalgeständnisses ein. Die Revisionsrügen der Verletzung von §§ 244, 136a StPO nebst Sachrüge verwarf der BGH mit knappster Begründung als unzulässig bzw. unbegründet, weil unbewiesen; auch eine unzulässige „Sanktionsschere“ liege nicht vor.

Alle Verfassungsbeschwerden haben insoweit Erfolg, als das BVerfG feststellt, dass die angegriffenen Urteile die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzen. Die Urteile des BGH gegen die Beschwerdeführer zu I. und II. werden wegen Verstoßes gegen das Recht auf ein faires Verfahren und die Selbstbelastungsfreiheit aufgehoben und an den BGH zurückverwiesen, die Urteile des LG Berlin und des BGH gegen den Beschwerdeführer zu III. werden ebenfalls aufgehoben.

¹⁰ BGBl. I 2009, S. 2353.

¹¹ BVerfG NJW 1987, 2662 f.; hier regte der Angeklagte nach Abschluss der Beweisaufnahme am Ende einer langen Hauptverhandlung selbst eine Urteilsabsprache an, so dass sich das Problem der Ersetzung oder Abkürzung der Beweisaufnahme aufgrund der Absprache nicht stellte. Im Fall BVerfG StV 2000, 3, erging keine Sachentscheidung wegen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. BVerfG NJW 2012, 1136 f. m. Anm. *Niemöller*, StV 2012, 387, und *Bauer*, StV 2012, 648, ließ die Vereinbarkeit der Verständigung mit der Verfassung ausdrücklich offen.

ben wegen Verstoßes gegen den Schuldgrundsatz, die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie die Selbstbelastungsfreiheit und die Sache an das LG Berlin zurückverwiesen. Im Übrigen, d.h. soweit darüber hinaus die Verfassungsmäßigkeit von § 257c StPO angegriffen wurde, werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

III. Zu den Gründen

1. In der einleitenden Prozessgeschichte identifiziert das BVerfG in Rn. 3 der Urteilsgründe eine heterogene Reihe durchaus kritisch akzentuierter Ursachen für die hohe praktische Bedeutung der Absprachen: So trage zu der an Überlastung heranreichenden stetig wachsenden Arbeitsbelastung der Strafjustiz neben zunehmender Komplexität der Lebensverhältnisse auch der Bundesgesetzgeber bei, der die Regelungsdichte des materiellen Strafrechts laufend erhöhe, vor allem im Wirtschafts- und im Nebenstrafrecht. Hinzu komme die zunehmende Differenzierung und Komplizierung des Strafprozessrechts, die sich etwa daran ersehen lasse, dass die Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverbieten für die tatrichterliche Praxis kaum noch überschaubar sei. Genannt wird ferner die Möglichkeit des Missbrauchs von Verfahrensrechten wie Ablehnungsgesuchen und Beweisanträgen, die Bewertung richterlicher Arbeit nach quantitativen Kriterien sowie die unzureichende personelle und sachliche Ausstattung der Justiz. Unausgesprochen bleibt, dass der Siegeszug der Absprachen seine Hauptursache in der Verheißung hat, allen Beteiligten das Leben angenehmer zu machen; bei dieser Verfolgung persönlicher immaterieller Interessen des Justizpersonals (Arbeiterleichterung) und materieller Interessen der Verteidiger (mehr Mandate in derselben Zeit) handelt es sich der Sache nach um ein Korruptionsphänomen. Dass dem *Senat* dieser Aspekt gleichwohl deutlich vor Augen stand, belegen die späteren Passagen, die das Risiko eines „möglichen Interessengleichlaufs von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten“ sowie die Gefahr einer „Motivationsverschiebung“ des Gerichts behandeln (Rn. 114), die Neutralitätspflicht betonen und dem Gericht die Verfolgung eigener Interessen, die nicht mit den sachlichen Verfahrenszielen übereinstimmen, untersagen (Rn. 102, 105).

Es verwundert allerdings, dass nirgends angedeutet wird, dass es sich bei Absprachen und dem Verständigungsgesetz um eines der umstrittensten Themen des deutschen Strafprozessrechts der letzten 30 Jahre handelt. In Rn. 24 wird lediglich mit ein paar kargen Aufsätzen ohne jeglichen Hinweis auf grundlegende Beiträge zum Meinungsstreit oder auch nur weiterführende Literaturstellen belegt, dass das Gesetz sowohl Zustimmung als auch Kritik erfahren habe, was freilich der Regelfall ist und den Eindruck erweckt, es handele sich um ein gewöhnliches juristisches Problem und nicht um die zentrale Strukturfrage des Strafverfahrens überhaupt. Dass die Urteilsgründe die Bedeutung des Verfahrensgegenstands nicht reflektieren, erscheint als handwerkliches Manko.

2. Das vom *Senat* bei *Altenhain* in Auftrag gegebene Gutachten zur Praxis der Verständigung ist nicht nur für das Verfahren, sondern auch für die wissenschaftliche Diskussion wertvoll. Die Ergebnisse der bisher nicht publizierten Studie

sind in Rn. 49 der Urteilsgründe zusammengefasst und zeigen, dass die Gerichte in erheblichem Umfang das tun, was ihnen praktikabel erscheint, selbst wenn das Gesetz es verbietet. In den Einzelheiten ist dies weder neu noch überraschend und bestätigt langgehegte Befürchtungen der Absprachenkritiker umfassend. Schwarz auf weiß zu lesen, dass etwas mehr als die Hälfte der Richter angab, dass in mehr als der Hälfte aller Verfahren mit Absprachen die gesetzlichen Vorschriften zur Verständigung verletzt würden, dass also an Recht und Gesetz gebundene (Art. 20 Abs. 3 GG) Träger der rechtsprechenden Gewalt, die bei ihrer Ernennung die Wahrung von Gesetz und Verfassung eidlich zugesichert haben, sich in Scharen über das Verfahrensgesetz hinwegsetzen, wenn es ihnen lästig ist, ist dennoch etwas, was man eher in Staaten vermutet hätte, denen man wegen fehlender rechtsstaatlicher Kultur den EU-Beitritt verweigert. Der von *Altenhain* erhobene Befund kann nicht anders als als rechtsstaatlicher Teilbankrott bezeichnet werden. Die Tage des Stolzes auf die Rechtsstaatlichkeit der deutschen Strafjustiz sind jedenfalls erst einmal vorüber.

3. a) Die Entscheidungsgründe rekapitulieren zunächst die bisherige Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Strafrecht und Strafprozessrecht (Rn. 53-63) wie Schuldgrundsatz, Rechtsstaatsprinzip, die Pflicht zur Erforschung des wahren Sachverhaltes, die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, Subjektstellung des Beschuldigten, Recht auf ein faires Verfahren, Aussagefreiheit, Unschuldsvermutung, Unabhängigkeit der Richter und Recht auf Verteidigung. Nach diesen etwas unverbunden aufgereihten Maßstäben könne „zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren nicht festgestellt werden“ (Rn. 64). Das ist ungewöhnlich und wirft methodische Fragen auf, denn wenn die gesetzliche Regelung jetzt verfassungskonform ist, was sollte denn passieren können, dass der unveränderte Text verfassungswidrig wird? Ändern könnten sich nur tatsächliche Vorkommnisse, also die Umsetzung des Verständigungsgesetzes, namentlich seine Untauglichkeit zur Herstellung einer verfassungskonformen Praxis. Damit solche Umsetzungsdefizite nicht den verpflichteten Subjekten, sondern der Norm selbst anzulasten wären, müsste sie ein erhebliches strukturelles Defizit aufweisen – das sei aber nicht der Fall, was gegen Ende des Urteils ausgeführt wird (Rn. 116 ff.).

b) Wer nun erwartet hätte, dass zur Bestätigung der Verfassungsgemäßheit der Verständigungsregelung als solcher eine Substanz unter die zuvor abstrakt ausgebreiteten Verfassungssätze erfolgt, der irrt. Der *Senat* verwendet nämlich die Hälfte der gesamten Ausführungen zur Begründetheit (Rn. 65-99) darauf, ausführlich darzulegen, was der Gesetzgeber beabsichtigte, namentlich, dass er kein neues konsensuales Verfahrensmodell schaffen, sondern die Verständigung in das geltende Verfahrensrecht integrieren wollte, ohne dessen Grundsätze anzutasten, wobei ihm bewusst war, dass die Verständigung mit diesen Grundsätzen, namentlich der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit, nicht „ohne weiteres“ in Einklang zu bringen sei. Dies hoffte er dennoch zu vollbringen durch die Anordnung in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO, dass die Pflicht zur Aufklärung der materiellen Wahr-

heit unberührt bliebe, sowie durch ein Regelungskonzept umfassender Transparenz und Dokumentation. Das Gericht verdeutlicht dabei erfreulicherweise, dass ein „schlankes Formalgeständnis“, also das bloße Anerkenntnis des Anklagevorwurfs, und die gegen § 261 StPO verstoßende bloße Überprüfung des Geständnisses am Akteninhalt unzureichend sind (Rn. 70 f., 129).

§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO enge den Raum für Verständigungen „spürbar ein“, was aber „nicht etwa Ausdruck einer unauflösbaren inneren Widersprüchlichkeit der Norm“ sei (Rn. 72), sondern aus dem Ziel resultiere, die Verständigung mit dem Grundsatz der Amtsaufklärung in Einklang zu bringen. Die sich aufdrängende nächste Frage, welchen Sinn denn eine Verständigung noch haben sollte, nachdem das Gericht seiner Pflicht aus § 244 Abs. 2 StPO genügt hat, ob also das gesetzgeberische Ziel sich als frommer Wunsch und zerplatzter Traum erweist, stellt der *Senat* nicht. Zwar besteht zwischen Verständigung und Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit kein logischer Widerspruch, wohl aber ein teleologischer, der im Schrifttum vielfach dargetan wurde:¹² Eine Verständigung ist sinn- und zwecklos, wenn die Wahrheitssuche nicht verkürzt wird. Mit § 257c StPO stellt der Gesetzgeber ein Handlungsmuster zur Verfügung, das nur funktioniert, wenn man sich über das Gesetz, nämlich § 257c Abs. 1 S. 2 StPO, hinwegsetzt. Das wäre nur unschädlich, wenn solch rechtswidriges Verhalten marginal bliebe, was angesichts der Vorgeschichte des Deals nicht zu erwarten war, weshalb § 257 Abs. 1 S. 2 StPO von niemandem ernst genommen wurde. Ob eine solche Selbstdemontage des Gesetzes seine Verfassungswidrigkeit begründen könnte, ist eine interessante Frage, die der *Senat* später in abstracto bejaht (Rn. 118), aber in casu gegen alle Plausibilität hartnäckig verneint.

Statt dessen werden Einzelheiten der gesetzlichen Regelung ausgebreitet wie das Verbot der Verständigung über den Schuldspruch (Rn. 73 f.) und dass die Regelung abschließend sei, also nicht gesetzeskonforme Verständigungen verbiete (Rn. 75-77), dass alle Verständigungen zu protokollieren seien – wobei die Annahme des *Senats*, dass ein falsches Negativattest eine Strafbarkeit nach § 348 StGB auslösen könnte (Rn. 78), zweifelhaft ist, weil das Sitzungsprotokoll keine öffentliche Urkunde ist mangels Beweiskraft für und gegen jedermann, denn § 274 StPO gilt nur für das Rechtsmittelverfahren¹³ – und dass die Einstellung anderer Verfah-

ren nach § 154 StPO nicht nach § 257c StPO einbezogen werden könnte (Rn. 79).

Anschließend werden die das Regelungskonzept „prägenden Schutzmechanismen“ Transparenz und Öffentlichkeit erschöpfend dargestellt (Rn. 80-90) sowie die ebenfalls als wirksame Kontrolle gedachte Einbindung der Staatsanwaltschaft (Rn. 91-93).

Als letzter „Schutzmechanismus“ wird die Kontrolle durch das Rechtsmittelgericht vorgestellt (Rn. 94-99). Hier belässt es der *Senat* nicht bei der getreulichen Nachzeichnung der gesetzgeberischen Hoffnungen, sondern erklärt die Transparenz- und Dokumentationspflichten kurzerhand zu quasi-absoluten Revisionsgründen (Rn. 96-99). Wegen ihrer Wichtigkeit im gesetzgeberischen Konzept dürften die Transparenz- und Dokumentationspflichten nicht als bloße Ordnungsvorschriften verstanden werden. Wenn ein Gericht gegen diese Pflichten verstoße und sich sodann an eine solche gesetzwidrige Verständigung halte, „wird ein Beruhen des Urteils auf diesem Gesetzesverstoß regelmäßig schon deshalb nicht auszuschließen sein, weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist“ (Rn. 97) – das ist jedoch eine schiere *petitio principii*, denn es ist ja gerade die Frage, ob der Fehler der Verständigung sich auf den Inhalt des Urteils auswirkt, was der BGH in den Ausgangsfallen zu Recht verneint hatte. Folgt man der Argumentation des *Senats*, dann dürfte für keinen Verfahrensfehler jemals ein Beruhen auszuschließen sein, weil das Urteil stets auf einem Verfahren beruht, das mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist, so dass die gesetzliche Unterscheidung der §§ 337, 338 StPO in relative und absolute Revisionsgründe zusammenbräche. Hier wird der einfachrechtliche Begriff des „Beruhens“ entweder missverstanden oder verfassungsrechtlich in problematischer Weise überspielt.

Diese Auslegung, wonach ein Beruhen wie bei einem Verstoß gegen § 258 Abs. 2 und 3 StPO nur „in besonderen Ausnahmefällen“ auszuschließen sei, entspreche der Funktion dieser Vorschriften im Konzept des Verständigungsgesetzes (Rn. 97). Gleiches gelte für das Unterlassen der Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO und des Negativtestats des § 273 Abs. 1a S. 3 StPO (Rn. 98). Für § 257c Abs. 5 StPO schiebt der *Senat* in Rn. 99 noch die Begründung nach, dass der Angeklagte sich „durch die Aussicht, mit der Verständigung eine das Gericht bindende Zusage einer Strafobergrenze zu erreichen und so Einfluss auf den Verfahrensausgang zu nehmen, einer besonderen Anreiz- und Verlockungssituation ausgesetzt“ sehe, in der eine Gefährdung der Selbstbelastungsfreiheit liege – diese klare Feststellung ist erfreulich –, der durch die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO Rechnung getragen werden solle. Bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht sei daher im Rahmen der revisionsgerichtlichen Prüfung regelmäßig davon auszugehen, dass das Geständnis und damit das Urteil auf dem Unterlassen der Belehrung beruhe. Verneint werden könne das Beruhen nur dann, wenn sich feststellen lasse, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte – dieser Nachweis dürfte selten gelingen. Nur so sei gewährleistet, dass die Schutzfunktion der Belehrungspflicht ihre vorgesehene Wirkung entfalte.

¹² Nachw. bei Stuckenberg (Fn. 2), § 257c Rn. 12, 23 Fn. 207.

¹³ Ablehnend daher RGSt 58, 378 (379); 59, 13 (19); OLG Freiburg HEST 1, 272 (274); OLG Hamm NJW 1977, 592; Meyer-Gofßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 274 Rn. 7; Engelhardt, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 274 Rn. 1; Stuckenberg (Fn. 2), § 274 Rn. 3 m.w.N.; Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 11. Aufl. 2004, § 348 Rn. 19; bejahend aber RGSt 46, 112 (113); 58, 58 (60); BGHSt 51, 88 (98, obiter, mit fehlgehendem Verweis auf Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 271 Rn. 45, und ders. [a.a.O.], § 348 Rn. 18); Dießner, StV 2011, 43 (47).

Diese Auslegung wird zur Aufhebung der Revisionsurteile gegen die Beschwerdeführer zu I. und II. führen (Rn. 123 ff.), doch stellt sich die Frage nach ihrem Status und ihrer Berechtigung. Der *Senat* bezieht sich immer wieder auf den gesetzgeberischen Willen und den Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts und erweckt so den Anschein, als handle es sich um die einzig richtige genetische und teleologische Auslegung der – einfachrechtlichen – Vorschriften des Verständigungsgesetzes. Die Auslegung des einfachen Rechts gehört bekanntlich nicht zu den Aufgaben des BVerfG und ein bloßer Auslegungsfehler des BGH könnte eine Aufhebung der angegriffenen Urteile nach § 95 Abs. 2 BVerfGG nicht rechtfertigen; die dargelegte Auslegung müsste also verfassungsrechtlich geboten sein, doch sagt der *Senat* dazu leider nichts – eine verfassungskonforme Reduktion des § 257c StPO wird später sogar ausdrücklich verneint (Rn. 122). Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen diese Auslegung erzwingen ist an dieser Stelle der Gründe, in der es an sich nur um die Exposition des Prüfungsgegenstandes geht, auch nicht offensichtlich, weil die behauptete Verfassungsmäßigkeit der Norm noch gar nicht behandelt wurde. In der Begründung der Urteilsaufhebungen (Rn. 123-127) wird schließlich angenommen, eine ohne Belehrung getroffene Verständigung verletze den Angeklagten in seinem Grundrecht auf ein faires Verfahren und seiner Selbstbelastungsfreiheit (Rn. 124, 127). Diese Begründung ist dürftig und mag bei § 257c Abs. 5 StPO noch angehen, aber welches Grundrecht sollte das Fehlen des Negativtestats im Protokoll verletzen? Nach bisheriger Rspr. von RG und BGH konnte ein Mangel des Protokolls nie die Revision begründen, weil das – vor Fertigstellung des Protokolls erlassene! – Urteil nicht darauf beruhen kann.¹⁴ Eine verfassungsrechtliche Protokollrüge als absoluter Revisionsgrund (vergleichbar § 338 Nr. 7 StPO) ist daher eine ebenso bahnbrechende wie problematische Novität, die einer näheren Begründung wert gewesen wäre.

c) Die Ausführungen zur Vereinbarkeit der Verständigung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Strafverfahren fallen kurz aus (Rn. 100-115). Der *Senat* erkennt an, dass Verständigungen diese Anforderungen „berühren“ (Rn. 101), dennoch sei der Gesetzgeber nicht gehindert, „Verständigungen mit den zur Sicherung der Verfassungsmäßigkeit gebotenen Vorkehrungen zuzulassen“ (Rn. 101, 107).

Der *Senat* wiederholt, dass der Strafprozess das Schuldprinzip zu verwirklichen habe und sich vom Ziel der bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit und der Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch ein unabhängiges und neutrales Gericht nicht entfernen dürfe und betont erfreulicherweise auch die Notwendigkeit, dass das Gericht kein nicht an den sachlichen Verfahrenszielen orientiertes eigenes Interesse am Verfahrensausgang haben dürfe (Rn. 102) – womit alle egoistischen richterlichen Interessen an Verfahrensverkürzung, weniger Arbeit oder früherer Mittagspause als illegitim gebrandmarkt sind.

Weder das Schuldprinzip noch die Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit stünden zur Disposition des Gesetzgebers, was Möglichkeiten des Absehens von Strafverfolgung im Bereich geringfügiger Kriminalität wie §§ 153 ff. StPO bzw. vereinfachter Verfahren für einfache Sachverhalte wie das Strafbefehlsverfahren nicht ausschließen (Rn. 103 f.). Schuldprinzip und Wahrheitserforschungspflicht, Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, Unschuldsvermutung und Neutralitätspflicht des Gerichts (!) schließen es folglich auch aus, „die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung in der Hauptverhandlung, [...], zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen“ (Rn. 105), womit allen Formen konstitutiv konsensualer Erledigung ein verfassungsrechtlicher Riegel vorgeschoben wird. Ausdrücklich wird die Kammerentscheidung von 1987 bekräftigt, dass es keinen Vergleich, keinen Handel mit der Gerechtigkeit geben dürfe und keine Rechtsanwendungspraxis, „die auf solche vertragsähnliche Erledigungsformen hinausläuft“ (Rn. 105). Zulässig bleiben unverbindliche Erörterungen der Sach- und Rechtslage sowie eine offene, kommunikative Verhandlungsführung (Rn. 106).

Nun endlich sollte die Frage behandelt werden, warum § 257c StPO den verfassungsrechtlichen Vorgaben doch entspricht. Der *Senat* widmet ihr einen einzigen Absatz (Rn. 107) und beantwortet die Frage nicht: Er stellt, nach den ganzen vorherigen Ausführungen erwartbar, fest, dass Verständigungen „das Risiko in sich [tragen], dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden“. – Worin diese Risiken genau bestehen und weshalb das Verständigungsgesetz sie fördert, bleibt leider ungesagt. – Gleichwohl sei es dem Gesetzgeber aufgrund seiner Gestaltungsmacht von Verfassungen wegen „nicht schlechthin verwehrt“, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen, sofern er durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellt, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der Schutzmechanismen habe der Gesetzgeber – wie bei der Zulassung von Kampfhunden (der *Senat* verweist auf BVerfGE 110, 141 [158]) – fortwährend zu überprüfen. Wenn sie sich als unvollständig oder ungeeignet erweisen, habe er nachzubessern und ggf. seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren, also Absprachen zu verbieten.

Die Frage nach dem legitimen Ziel des § 257c StPO beantwortet der *Senat* implizit mit der Verfahrensvereinfachung. Ob die Regelung dazu überhaupt geeignet ist, ohne die verfassungsrechtlichen Anforderungen zu verletzen, fragt er nicht. Wenn am Ende nochmals beteuert wird, dass das „Normgefüge des Verständigungsgesetzes [...] nach der hier zugrunde gelegten Auslegung des einfachen Rechts keine Verfahrensweise im Strafprozess [gestattet], die den verfassungsrechtlichen Vorgaben widerspräche“ (Rn. 122), dann wäre sowohl dem Gesetzgeber als auch dem Justizpraktiker geholfen gewesen, wenn der *Senat* wenigstens einmal angedeutet hätte, wie denn so eine verfassungskonforme Verständigung aussieht und warum man sie überhaupt – nach Erfüllung der Pflicht aus § 244 Abs. 2 StPO – noch treffen sollte.

¹⁴ RGSt 12, 119; 42, 170; 47, 237; 48, 288 (289); 58, 143; 64, 215; 68, 273; BGHSt 7, 162 (163); BGH NStZ-RR 2007, 52 (53); w. Nachw. bei Stuckenberg (Fn. 2), § 271 Rn. 76.

Ebensowenig wird gefragt, ob das Risiko der Schaffung verfassungswidriger Zustände durch irgendwelche legitimen Vorteile gerechtfertigt werden könnte – falls das überhaupt denkbar ist: Wieviel Rechtsstaatlichkeit dürfte der Gesetzgeber zu opfern riskieren und wofür? Sofern ein Weg der Verfahrensvereinfachung nur funktioniert, wenn gegen die vom *Senat* mit begrüßenswerter Deutlichkeit betonten verfassungsrechtlichen Vorgaben verstoßen wird, ist dem Gesetzgeber die Beschreitung dieses Weges verwehrt. Hierin liegt der grundlegende Irrtum des *Senats*, dass er das Risiko verfassungswidriger Zustände für bloß akzidentell, durch widrige Umstände veranlasst und prinzipiell beherrschbar hält, wohingegen es substantiell, nämlich durch die Struktur der Norm bedingt ist und daher solange bestehen wird wie die Norm selbst. Es ist dann gleichgültig, ob man die Büchse der Pandora nur einen Spalt oder weit öffnet.

Dass das Verständigungsgesetz die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben „in ausreichender Weise“ sichere, begründet der *Senat* damit (Rn. 108-115), dass nach den Vorschriften der StPO weder der Schuldspruch noch die Aufklärungspflicht zur Disposition stünden und die Selbstbelastungsfreiheit garantiert sei (§§ 136, 136a StPO). Diese Feststellung verblüfft angesichts der *Altenhainschen* Studie und die Begründung enthält einen Kategorienfehler: „die Einhaltung garantieren“ klingt nach Vorkehrungen, deren Wirksamkeit empirisch belegt ist, wohingegen der *Senat* auf den normativen Gehalt des Gesetzes verweist, mithin die Sphären von Sein und Sollen vermengt. Die Beteiligung der Staatsanwaltschaft wirke als Sicherung vor der „mit der Möglichkeit der Verfahrensverkürzung durch eine Verständigung einhergehenden Gefahr einer Motivationsverschiebung bei dem erkennenden Gericht“ sowie einem „möglichen Interessengleichlauf von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten“ (Rn. 114); letzteres verwundert, denn wenn die Staatsanwaltschaft die Interessen von Gericht und Verteidigung teilt, wieso ist sie dann zur Kontrolle besonders geeignet? Schließlich heißt es: „Die verfahrensrechtlichen Sicherungen lassen jedenfalls in ihrem Zusammenwirken erwarten, dass die mit Verständigungen verbundenen rechtsstaatlichen Risiken beherrscht werden.“ (Rn. 114). Worauf das Gericht diese kontrafaktische Erwartung gründet, bleibt sein Geheimnis, denn die gegenwärtige Praxis legt gerade das Gegenteil nahe. Wenn zur „ausreichende Sicherung“ genügt, dass das Gesetz in 50 % der Fälle missachtet wird, so fragt sich, was eigentlich passieren muss, damit eine Sicherung als unzureichend angesehen wird?

d) Im vorletzten Teil der Gründe (Rn. 116-122) bemüht sich der *Senat* aufzuzeigen, warum der „in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes [...] derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung“ führt. Als Prämisse wird definiert, dass „eine gesetzliche Regelung, gegen die in der Rechtsanwendungspraxis in verfassungswidriger Weise verstoßen wird, [...] nur dann auch selbst das Grundgesetz [verletzt], wenn die verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift selbst zurückzuführen, mithin Ausdruck eines strukturbedingt zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits ist.“ (Rn. 118). Dies sei hier nicht der Fall, weil der Gesetzgeber ja Schutzmechanismen

eingebaut habe. Verfassungswidrig wäre die Regelung dann nur, „wenn die vorgesehenen Schutzmechanismen in einer Weise lückenhaft oder sonst unzureichend wären, die eine gegen das Grundgesetz verstoßende „informelle“ Absprachepraxis fördert, das Vollzugsdefizit also durch die Struktur der Norm determiniert wäre.“ (Rn. 118). Ein solches strukturelles Regelungsdefizit könne aber „gegenwärtig“ nicht festgestellt werden, weil die Gründe für den Normungehorsam „vielschichtig“ seien (Rn. 119). Da das Gesetz erst kurze Zeit – drei Jahre! – gelte, seien die Schutzmechanismen von der Praxis „noch nicht vollständig verinnerlicht worden“, außerdem sei nicht allen klar gewesen, dass informelle Absprachen nun verboten seien, zumal man die Normierung für praxisuntauglich gehalten habe. Zu dieser Anmaßung findet das Gericht lobenswert deutliche Worte (Rn. 119 a.E.): „Dies erkennt, dass im Rechtsstaat des Grundgesetzes das Recht die Praxis bestimmt und nicht die Praxis das Recht.“ Das Gericht erkennt genau, dass es gerade diese Schutzmechanismen sind, die als praxisuntauglich gelten, wiederholt aber dennoch gleich mehrfach, dass dies kein Strukturdefizit belege, sondern auf „interessengeleitete Missverständnisse und Bestrebungen, die gesetzliche Regelung wegen ihrer – als unpraktisch empfundenen – Schutzmechanismen zu umgehen“ zurückzuführen sei (Rn. 120).

Die Analyse des Gerichts überzeugt nicht: Strukturdefizite von Normen pflegen nicht temporal variabel zu sein; ihre Entdeckung setzt jedoch die Untersuchung der Normstruktur voraus, die das Gericht unverständlicherweise unterlässt. Und wenn es gerade die „Schutzmechanismen“ sind, die gezielt umgangen werden, dann deutet das doch wohl auf deren Untauglichkeit und folglich ein Strukturdefizit hin. Die Alternativerklärung des *Senats* ist wenig plausibel, denn nur eine kleine Mindermeinung (vgl. die Nachw. in Rn. 119) hält informelle Absprachen ernstlich für erlaubt, zudem sollte man an sich annehmen dürfen, dass Juristen in der Lage wären, ein relativ unkompliziertes Gesetz, das zentrale Aspekte ihrer Berufsausübung betrifft, in weniger als drei Jahren zu begreifen und zu „verinnerlichen“ – falls sie es denn wollten.

Auch wenn „derzeit“ kein Strukturdefizit bestehe, müsse der Gesetzgeber die weitere Entwicklung sorgfältig beobachten und nötigenfalls der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken, weil sonst ein verfassungswidriger Zustand einträte (Rn. 121). Dies wirft eine Reihe von Fragen auf: Zuvor wurde befunden, das Verständigungsgesetz garantiere die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben „in ausreichender Weise“ (Rn. 108) – wieso muss dennoch beobachtet werden? Da offenbar der gegenwärtige „erheblich defizitäre Vollzug“ – bei einer Quote von ca. 50 % illegalen Absprachen in NRW – noch nicht zu Maßnahmen nötigt, wann träte dieser Fall denn ein? Bei einer Illegalitätsquote von 75 % oder mehr? Oder genügt das gegenwärtige Ausmaß – die Formulierung „Sollte sich die gerichtliche Praxis weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzen [...]“ in Rn. 121 deutet das an –, wenn sich in weiteren drei oder zehn oder zwanzig Jahren das „Bewusstsein, dass es Verständigungen ohne die Einhaltung der Anforderungen des Verständigungsgesetzes nicht geben darf“ immer noch nicht eingestellt hat?

Angenommen, die wie auch immer zu bestimmende Interventionsschwelle sei erreicht: Welche Maßnahmen könnte der Gesetzgeber dann ergreifen? Dass das Gericht dies völlig offen lässt, dürfte nicht allein dem Respekt vor dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers geschuldet sein, sondern auch der Ratlosigkeit, was man überhaupt noch tun könnte, denn die normative Lage ist ja eindeutig. Einen Absatz 6 an § 257c StPO anhängen, der besagt, dass Verständigungen, die nicht nach diesem Gesetz erlaubt sind, verboten sind, wäre ebenso lächerlich wie nutzlos. Durch weiter erhöhte sonstige Formalisierung und „Transparenz“ ist der teleologische Widerspruch des § 257c StPO ebensowenig zu kurieren.¹⁵ Eine Strafvorschrift des unerlaubten Deals einzuführen¹⁶ – wobei sich fragt, ob sie besser nach § 339 StGB oder bei §§ 331 ff. StGB einzusortieren wäre –, wie manchmal zu hören ist, wäre angesichts der pervasiven Rechtsuntreue vermutlich ineffektiv, obschon es womöglich gerade deshalb eines drastischen Symbols und Rückgriffs auf die ultima ratio bedürfte. Auch der österreichische OGH hat es am Hinweis auf die mögliche disziplinarische und strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Deal Beteiligten nicht fehlen lassen.¹⁷ Zumindest wäre dann endlich zu klären, wie ein nach § 257c StPO erlaubter Deal genau aussieht. Gleichwohl wird das alles nichts helfen: Das Verständigungsgesetz enthält nicht nur den psychologischen Fehler, die Normadressaten in große Versuchung zu führen, indem es eine Handlungsalternative eröffnet, die bei Einhaltung der gesetzlichen Bedingungen unattraktiv, bei illegaler Abwandlung aber höchst attraktiv ist, sondern verleitet fast zwangsläufig zum Normbruch, weil der Daseinszweck der Absprache in der Beschränkung der Wahrheitserforschung liegt. Wie stark der Anreiz der verbotenen Frucht ist, wird durch das von *Altenhain* festgestellte epidemische Ausmaß des justiziellen Rechtsbruchs belegt. Dies lässt sich auch durch symptomatische Therapien in Form normativer „Schutzmechanismen“ nicht heilen – wer dem illegalen Deal verfallen ist, scheint normativ kaum noch ansprechbar zu sein –, sondern allenfalls durch kausalen Heilversuch per Exzision nebst Entziehungskur, mithin Streichung und umfassendes Verbot.¹⁸

Bis dahin wäre noch eine Maßnahme erwägenswert, die nicht der Gesetzgeber, sondern die Exekutive ergreifen könnte in Gestalt verbindlicher Weisungen der Justizminister an die Staatsanwälte (vgl. Rn. 93), Verständigungen entweder gar nicht – so hatte der Attorney-General in Alaska 18 Jahre lang jegliche plea bargains unterbunden¹⁹ – oder nur bei völlig zweifelsfreier Legalität zuzustimmen.

¹⁵ Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 11 Fn. 120.

¹⁶ Zu den strafrechtlichen Risiken de lege lata s. *Dießner*, StV 2011, 43.

¹⁷ OGH, Beschl. v. 24.8.2004 – 11 Os 77/04 = ÖJZ 2005, 275 (276) = JBl. 2005, 127.

¹⁸ Damit allein wäre jedoch nur wenig gewonnen, da die Absprachen nur ein Symptom für eine Reihe von Ermüdungsercheinungen der StPO sind, so dass umfassender Reformbedarf besteht, vgl. *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 19.

¹⁹ Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 2 Fn. 43.

IV. Fazit und Ausblick

1. Ein Urteil zu einer Kontroverse solchen Ausmaßes kann es naturgemäß nicht allen recht machen. Insgesamt fällt die Beurteilung der Entscheidung gemischt, aber mit leichtem positivem Vorzeichen aus. Ruft man andere höchstrichterliche Stellungnahmen in Erinnerung, vom zynisch-desinteressierten U.S. Supreme Court²⁰ bis zum klaren Mut des österreichischen Obersten Gerichtshofs,²¹ der allerdings nur eine extralegale Praxis und kein Gesetz zu beurteilen hatte, so verdient das BVerfG durchaus Beifall, auch wenn man meint, dass es noch weiter hätte gehen müssen.

2. Zu begrüßen ist insbesondere:

a) dass das Gericht zur Sachaufklärung beitragen hat, indem es die empirische Studie in Auftrag gab, deren Ergebnis leider niederschmetternd ist;

b) dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Strafverfahren in aller Deutlichkeit herausgestellt wurden und allen Formen konsensualer Erledigung jenseits des Bagatellbereichs eine Absage erteilt wurde, auch wenn das Gericht diese Anforderungen eher postuliert als begründend herleitet;

c) dass es die Perspektive eröffnet hat, dass ein gesetzliches Verbot von Absprachen von Verfassungen wegen geboten sein kann;

d) dass klargestellt wird, dass Formalgeständnisse im Stile eines prozessualen Anerkenntnisses sowie deren bloße „Überprüfung“ am Akteninhalt unzulässig sind;

e) dass das Gericht die Risiken, die eine Absprache mit sich bringt, insbesondere die Beeinträchtigung der Aussagefreiheit (Rn. 99, 112 f., 124, 127, 130) und die Verleitung zu falschen Geständnissen (Rn. 110, 114), deutlich erkennt und benennt,

f) womit einhergeht, dass es rhetorischem Blendwerk wie angeblicher Stärkung der Subjektstellung des Angeklagten, Modernität offener, kommunikativer, konsensualer Verfahrensformen usw., das manche Stellungnahmen durchgeistert (Rn. 36 ff.), widersteht,

g) und insbesondere, dass das BVerfG im Gegensatz zu BGH und U.S. Supreme Court²² von dem gleichermaßen beliebten wie normativ irrelevanten Totschlagsargument, ohne Absprachen bräche die Strafrechtspflege zusammen, und seinem dreisten Zwilling, Deals ließen sich gar nicht mehr verbieten, so wenig beeindruckt ist, dass es beide nicht einmal einer Erörterung für würdig befand,

h) und dass es die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Aufhebung der angegriffenen Urteile auch durchgesetzt hat, obschon die Erwägungen zur Revisibilität insgesamt kaum überzeugen (s.u. 3. h).

3. Zu bemängeln ist jedoch,

a) dass eine Prüfung der Verständigung an den Maßstäben der Verfassung, somit der eigentlichen Kernfrage, gänzlich fehlt,

²⁰ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (753); 90 S.Ct. 1463 (1471); 25 L.Ed.2d 747 (1970); dazu jüngst *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 (752 ff.).

²¹ OGH, Beschl. v. 24.8.2004 – 11 Os 77/04 = ÖJZ 2005, 275 (276) = JBl. 2005, 127.

²² Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 2 Fn. 38 ff.

b) und ersetzt wird durch permanente Anrufung des gesetzgeberischen Regelungsziels, das natürlich auf verfassungskonforme Zustände gerichtet war – ob diese Hoffnung erfüllbar ist und erfüllt wurde oder ob der Gesetzgeber Unmögliches gewollt hat, hat das Gericht zu prüfen und nicht zu glauben; dieser seiner originären Aufgabe ist es nicht nachgekommen; Respekt vor dem Gestaltungsspielraum des demokratischen Gesetzgebers darf aber nicht zu Kontrollverzicht führen;

c) dass folglich unerkannt bleibt, dass es eine verfassungskonforme und dennoch praktisch sinnhafte Form der Verständigung nicht geben kann, sondern § 257c StPO vielmehr teleologisch perplex ist; der *Senat* ahnt die „unauflösbare innere Widersprüchlichkeit“ der Norm (Rn. 72), leugnet sie aber, weil der Gesetzgeber keinen Widerspruch wollte, so dass nicht sein kann, was nicht sein soll;

d) weshalb die kausale Analyse des defizitären Gesetzesvollzugs fehlt, indem nicht der Strukturfehler der Norm, mit der der Staat sein eigenes Justizpersonal korrumpiert, sondern Missverständnisse und schlechte Gewohnheiten als Ursache des Desasters angesehen werden;

e) dass die Annahme, das Verständigungsgesetz garantiere die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen in „ausreichender Weise“, angesichts der Ergebnisse der Studie, die auf die Unbeherrschbarkeit des illegalen Dealens durch gesetzliche Vorschriften hindeutet, nicht nachvollziehbar ist und entweder auf einer erneuten Verwechslung von Sein und Sollen oder auf willful blindness beruht;

f) dass folglich der Gesetzgeber nicht schon jetzt zum Handeln aufgerufen wurde;

g) dass es schließlich keine Maßnahmen geben dürfte, die der Gesetzgeber ergreifen kann, um dem desaströsen Zustand abzuhelpfen außer dem totalen Verbot der Verständigung;

h) dass die pauschale Beförderung der Verletzung aller Transparenz- und Dokumentationspflichten des Verständigungsgesetzes zu quasi-absoluten und absoluten Revisionsgründen zwar gut gemeint ist, aber einen tiefen Eingriff in das Revisionsrecht darstellt, dessen verfassungsrechtliche Ableitung zu dürftig ausfällt.

4. Ob nach dem Urteil Änderungen der Praxis eintreten werden, ist noch völlig offen. Schlimmstenfalls erleidet das Judikat dasselbe Schicksal wie die BGH-Grundsatzentscheidungen und wird von den Tatgerichten ignoriert. Ob die neuen Revisionsgründe etwas bewirken, ist ungewiss, da die meisten Verständigungen nie zu einem Revisionsgericht gelangen. Vielleicht treten moderate Verbesserungen ein und man gewöhnt sich an einen Zustand, der gerade noch als ausreichend rechtsstaatlich durchgeht und wegen seiner allseitigen Bequemlichkeit änderungsresistent wird. Die Vorlesung Strafprozessrecht ist dann schon in den rechtshistorischen Schwerpunktbereich verschoben worden. Vielleicht aber folgen diesem Urteil noch weitere nach („Derzeit II“ usw.), bis sich Gesetzgeber oder BVerfG selbst erbarmen und dem unwürdigen Treiben in und neben deutschen Gerichtssälen ein Ende machen. Die Hoffnung bleibt.

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn