

Der »Deal« nach »alter Schule« im Lichte des Verständigungsgesetzes – eine strafrechtliche Risikoanalyse

Rechtsanwältin Dr. Annika Dießner, Berlin

A. Einleitung

Obwohl das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren seit mehr als einem Jahr in Kraft ist und von mancher Seite dessen Nichtbeachtung prophezeit wurde,¹ hat sich bislang lediglich *Schlothauer*² näher mit der Frage strafrechtlicher Risiken für die an Verständigungen beteiligten Personen beschäftigt. Im Folgenden werden zunächst Verständigungsformen, die nach nunmehr geltendem Recht rechtswidrig sind, und deren strafprozessuale Folgen dargestellt (unter B.). Davon ausgehend erfolgt eine nähere Beleuchtung der bestehenden strafrechtlichen Risiken rechtswidriger Verständigungen für die daran beteiligten Personen (Richter, StA und Verteidiger) im Hinblick auf die Straftatbestände der Rechtsbeugung (§ 339 StGB), der Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB), der Nötigung (§ 240 StGB), der Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) sowie der Strafvereitelung und des Parteiverrats (§ 356 StGB). Hierbei wird die Einschätzung, die Ausführungen *Schlothauers* muteten »ein wenig als ein Säbelrasseln« an und stellen (mit Blick auf den Straftatbestand der Rechtsbeugung) »verbale(r) Kraftmeierei« dar,³ einer kritischen Überprüfung unterzogen (siehe C.).

B. Fallgruppen rechtswidriger »Deals« und strafprozessuale Folgen

I. Verstoß gegen Mitteilungs- und Protokollierungspflichten

1. Dokumentations- und Mitteilungspflichten

Die Vorschriften der §§ 160b S. 2, 202a S. 2 und 212 StPO verpflichten die StA im Ermittlungsverfahren bzw. das Gericht im Zwischenverfahren und nach Eröffnung des Hauptverfahrens außerhalb der Hauptverhandlung, Erörterungen mit den Verfahrensbeteiligten über den Stand des Verfahrens aktenkundig zu machen. Gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO muss der Vors. in der Hauptverhandlung mitteilen, ob bereits im Ermittlungs- und/oder im Zwischenverfahren Erörterungen, die auf eine Verständigung abzielen, stattgefunden haben oder nicht und bejahendenfalls deren Inhalt. Satz 2 der Norm dehnt diese Pflicht auf Erörterungen nach Eröffnung des Hauptverfahrens aus, die außerhalb der Hauptverhandlung erfolgt sind.

Zum Teil wird vertreten, diese Vorschriften seien systematisch⁴ bzw. teleologisch⁵ dahingehend einschränkend auszulegen, dass sie lediglich Kontaktaufnahmen, die zu einem Ergebnis bzw. zu einem ernsthaften Schritt in Richtung Verständigung geführt haben, erfassen würden. Gegen die behauptete systematische Auslegung spricht neben dem Umstand, dass sie nicht näher ausgeführt wird, der unrichtige Verweis auf eine Kommentarstelle bei *Meyer-Göfner*, der diese Einschränkung gerade nicht vertritt.⁶ Für eine teleologische Reduktion des § 243 Abs. 4 StPO dahingehend, dass nur vorangegangene ernsthafte, auf eine Verständigung abzielende Gespräche eine Pflicht zur Mitteilung auslösen, fehlt es an den Voraussetzungen, nämlich dass der vorrangige Normzweck deren Nichtanwendung gebietet.⁷ Die Be-

stimmung des Normzwecks obliegt im demokratischen Rechtsstaat dem Gesetzgeber.⁸ Dieser hat nun aber gerade erklärtermaßen eine umfassende Mitteilungs- und Verlautbarungspflicht für Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung schaffen wollen.⁹ Zudem würde eine derartige Reduktion die Gerichte nur scheinbar entlasten. In zahlreichen Fällen besteht zwischen den Parteien gerade Uneinigkeit darüber, ob die von der anderen Seite in Aussicht gestellten Verfahrensmöglichkeiten ernsthafter Natur sind bzw. ob die Ablehnung einer bestimmten Verfahrensweise unabhängig feststeht. Eben dieser Klarstellung dient auch die Dokumentation (zunächst) gescheiterter Erörterungen.

2. Protokollierungspflichten in der Hauptverhandlung

§ 273 Abs. 1a S. 2 StPO begründet die Pflicht zur Protokollierung der Mitteilungen über vorangegangene Erörterungen nach § 243 Abs. 4 StPO, § 273 Abs. 1a S. 1 StPO eine solche für Verständigungen i.S.d. § 257c StPO. Hat keine Verständigung stattgefunden, so muss gem. § 273 Abs. 1a S. 3 StPO auch dies protokolliert werden (sog. Negativattest¹⁰). Teilweise wird vertreten, diese Neuregelung sei angesichts der in § 274 StPO generell angeordneten negativen Beweiskraftwirkung überflüssig.¹¹ Überzeugender dürfte jedoch – ausgehend von den Motiven – eine von der

1 Vgl. *Weimar/Mann* StraFo 2010, 12 (16 f.).

2 *Schlothauer* in: *Schlothauer/Niemöller/Weider* (Hrsg.), *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, Kommentar, 2010, Teil D.

3 So *König* StV 2010, 606 (607).

4 So *Bittmann* wistra 2009, 414 u.a. unter Verweis in Fn. 4 auf *Meyer-Göfner*, *Ergänzungsheft* zur 52. Aufl. 2009, § 243 Rn. 1.

5 In diesem Sinne *Kudlich*, *Gutachten C* zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, C 45.

6 So spricht *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 160b Rn. 8 von einem »positiven oder negativen (...) Ergebnis«. Bei § 243 Rn. 1 = *Meyer-Göfner*, 53. Aufl. 2010, § 243 Rn. 18a heißt es noch deutlicher: »Es muss in der Hauptverhandlung durch den Vors. mitgeteilt werden, ob – mündliche oder schriftliche – Erörterungen nach §§ 202a, 212 vor der Hauptverhandlung stattgefunden haben, und zwar auch dann, wenn diese Gespräche ergebnislos geblieben sind.« (Hervorh. nicht i. Orig.).

7 *Schmalz*, *Methodenlehre*, 4. Aufl. 1998, Rn. 402.

8 Dieses Ergebnis ist auch unabhängig von dem in der Methodenlehre vorherrschenden Streit zwischen den subjektiven und den objektiven Auslegungstheorien (dazu näher *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl. 2006, § 10 II): Während die erstgenannten auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers abstellen, gehen letztere zwar weiter; sie führen aber nur dazu, dass die ursprünglichen Motive des Gesetzgebers »weitergedacht« werden, so dass bei einem gerade erst in Kraft getretenen Gesetz kein anderes Ergebnis erzielt werden kann.

9 Vgl. BT-Drucks. 16/12310, S. 1: »Die erforderliche Transparenz und Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens – nicht zuletzt zum Zweck einer Nachprüfung in der Revision – wird durch umfassende Mitteilungs- und Protokollierungspflichten des Gerichtes sichergestellt (§ 243 Abs. 4, § 257c Abs. 4, 5, § 273 Abs. 1a).« (Hervorhebung nicht im Original).

10 BT-Drucks. 16/12310, S. 15.

11 So bereits die Stellungnahme des Bundesrates, abgedruckt auf S. 19 der BT-Drucks. 16/12310; ebenso *Meyer-Göfner*, 53. Aufl. 2010, § 273 Rn. 12c; *Graf-StPO/Peglau*, 2010, § 273 Rn. 21; für eine Ausnahme v. Grundsatz der negativen Beweiskraft hingegen *Brand/Petermann* NJW 2010, 268 (270) sowie *AnwK-StPO/Marris*, 2010, § 273 Rn. 11; diff. *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2630) unter Hinweis auf BRAK-Stellungnahme Nr. 8/2009, S. 6 des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, wonach § 274 StPO lediglich mit Blick auf Verständigungen im Rahmen der Hauptverhandlung gelte, nicht jedoch bezüglich Verständigungen außerhalb der Hauptverhandlung.

Frage der Beweiskraft losgelöste Lesart der Vorschrift sein.¹² § 273 Abs. 1a S. 3 StPO soll nach dem Willen des Gesetzgebers dazu dienen, »mit höchst möglicher Gewissheit und auch in der Revision überprüfbar die Geschehnisse in der Hauptverhandlung zu dokumentieren und auszuschließen, dass »stillschweigend« ohne Beachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten solche Verhaltensweisen stattgefunden haben.«¹³ Der Richter soll also in jedem Hauptverhandlungsprotokoll explizit Stellung beziehen und angeben, ob eine Verständigung stattgefunden hat oder nicht.¹⁴ Der Regelung kommt daher – je nach Sichtweise – Hinweis- bzw. Disziplinierungsfunktion zu.¹⁵ Der eventuellen Annahme einer bloßen Lückenhaftigkeit des Protokolls soll damit vorgebeugt werden. Wenn also das Protokoll ein derartiges Negativattest enthält, obwohl eine Verständigung stattgefunden hat, so ist hiergegen gem. § 274 S. 2 StPO nur der Einwand der Fälschung möglich.¹⁶

Doch was gilt, wenn Angaben im Protokoll nicht zusammenpassen und sich wegen der negativen Beweiskraft widersprechen (z.B. fehlendes Negativattest und Vermerk, dass »die Sach- und Rechtslage (...) erörtert« wurde, ohne den Inhalt der Verständigung wiederzugeben¹⁷)? Die überwiegende Auffassung in der Lit. will dem fehlenden Negativattest keine Beweiswirkung für das Vorliegen einer Verständigung zubilligen.¹⁸ Sofern der Angekl. also z.B. geltend machen wollte, der abgegebene Rechtsmittelverzicht sei wegen einer Verständigung gem. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO unwirksam, wäre nur der Fälschungseinwand möglich. Demgegenüber hat das *OLG Frankfurt a. M.* jüngst entschieden, dass in diesen Fällen das Protokoll wegen des Fehlens einer wesentlichen Förmlichkeit lückenhaft und daher das Freibeweisverfahren eröffnet ist.¹⁹ In jedem Fall trägt damit der Angekl. das Risiko, dass auch im Freibeweisverfahren nicht aufgeklärt werden kann, dass eine Verständigung tatsächlich stattgefunden hat, der Rechtsmittelverzicht also unwirksam ist.²⁰

II. Verstoß gegen Verbotsnormen

Ausdrücklich verboten sind gem. § 257c Abs. 2 S. 3 StPO Absprachen über die Schuld, ebenso solche über Maßregeln der Besserung und Sicherung. Gleiches gilt im Ergebnis für die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts. Zwar ist es nicht ausdrücklich untersagt, sich über einen Rechtsmittelverzicht zu verständigen; § 302 Abs. 1 S. 2 StPO ordnet lediglich an, dass bei einer dem Urteil vorausgegangenen Verständigung ein Verzicht »ausgeschlossen« sei. Jedoch ist der Richter gem. Art. 97 GG an Recht und Gesetz gebunden und darf keine von Rechts wegen unmöglichen Verständigungsinhalte zum Inhalt entsprechender Abreden machen.²¹ Missachten die Verfahrensbeteiligten § 257c Abs. 2 StPO, der den möglichen Inhalt einer Verständigung abschließend regelt, so entfaltet die Abrede keine Rechtswirkung.²² Dies folgt schon aus dem Wortlaut des ersten Satzes des Absatzes 1 des § 257c StPO, der eine Verständigung unter die Beachtung der »Maßgabe der folgenden Absätze« stellt.

Was bedeutet das für die Verfahrensbeteiligten? Das Gericht ist in diesen Fällen an Zusagen zur Strafhöhe nicht gebunden, wie sich aus einem Gegenschluss zu § 257c Abs. 4 StPO ergibt. Fraglich ist, was mit einem in »Vorleistung« abgelegten Geständnis des Angekl. passiert. Teilweise wird vertreten, im Falle inhaltlich rechtswidriger Zusagen sei zum

Schutze des Angekl. § 257c Abs. 4 S. 3 StPO analog anzuwenden.²³ Die Rspr. hat ein solches Beweisverwertungsverbot in entsprechenden Konstellationen bislang nicht thematisiert.²⁴ Für ein Verwertungsverbot könnte das verletzte Vertrauen des Angekl. sprechen, der höchstwahrscheinlich von der Wirksamkeit der Verständigung ausgegangen ist. Ob dieses Vertrauen auch bei einem anwaltlich vertretenen Angekl. schützenswert ist, erscheint allerdings fraglich. Selbst wenn man ein Beweisverwertungsverbot bejaht, so würde dieses nach der herrschenden höchstrichterlichen Rspr. keine Fernwirkung entfalten.²⁵ Ob die Rspr. für Konstellationen, in denen das Beweisverwertungsverbot auf einem Fehler des Gerichts beruht, ausnahmsweise eine von der Lit. geforderte²⁶ Fernwirkung annehmen wird, ist derzeit nicht abzusehen, angesichts der bisherigen Rspr. wohl eher nicht zu erwarten.

Bislang nicht geklärt ist auch, was in Fällen gilt, in denen entgegen § 302 Abs. 1 S. 2 StPO ein Rechtsmittelverzicht vereinbart wird. Vor dem Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes hatte der *BGH* im Jahr 2008 entschieden, dass dieser Umstand nicht die Unwirksamkeit der Verständigung im Übrigen zur Folge hat.²⁷ Für die Fortgeltung dieser Rspr. spricht, dass ein Gericht, das rechtswidrig agiert, nicht dahingehend schutzwürdig ist, dass die Bindungswirkung der Verständigung nicht eingreift. Andererseits wäre aber auch

12 In diesem Sinne *Nistler* JuS 2009, 916 (918).

13 BT-Drucks. 16/12310, S. 15.

14 A.A. *Meyer-Göfner* (Fn. 11), § 273 Rn. 12c; *Bittmann* wistra 2009, 414 (416).

15 So auch *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 395d; *Niemöller* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil B, § 273 Rn. 31, der zudem meint, das Negativattest könne für das Revisionsgericht ein »weiterführender Hinweis von informatorischem Nutzen sein«. Zur Bedeutung des Negativattests für die Frage der Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung im Amt siehe unter **C.I.2**.

16 *BGH* StV 2010, 346; *Meyer-Göfner* (Fn. 11), § 273 Rn. 12c.

17 So der dem Beschluss des OLG Frankfurt zugrundeliegende Fall in NStZ-RR 2010, 213.

18 *Meyer-Göfner* (Fn. 11), § 273 Rn. 12c; *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2630); *Nistler* JuS 2009, 916 (918).

19 OLG Frankfurt NStZ-RR 2010, 213 (214); ebenso *Brand/Petermann* NJW 2010, 268 (271).

20 So das Ergebnis im Urteil des OLG Frankfurt (Fn. 19).

21 Im Gesetzentwurf der damaligen Bundesregierung war das Verbot i.Ü. noch in § 257c Abs. 2 S. 3 StPO verortet gewesen, vgl. BT-Drucks. 16/12310, S. 5.

22 *BGH* StV 2010, 673; *Meyer-Göfner* (Fn. 11), § 257c Rn. 4; *Niemöller* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil B, § 257c Rn. 14; *Schlothauer* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil D, Rn. 51.

23 So *Meyer-Göfner* (Fn. 11), § 257c Rn. 31; SK-StPO/*Velten*, 64. Lfg. 2009, § 257c Rn. 32.

24 In der Entscheidung BGHSt 48, 161 (167) = StV 2003, 264 hat das Gericht offen gelassen, ob die Verständigung gegen die höchstrichterlichen Vorgaben, die an die Rechtmäßigkeit derartiger Abreden zu stellen waren, beachtet worden sind, und hat die Verwertung des Geständnisses eines Mitangekl. in dieser Konstellation nicht problematisiert. Eine Problematisierung dieser Frage fehlt auch in der Entscheidung BGHSt 49, 84 (88 f.) = StV 2004, 314, in der der Verstoß der Verständigung gegen die von der Rspr. geforderte Konnexität der zugesagten Leistungen (hier: Zahlung von Steuerschulden in einer anderen Sache) mit dem der Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren explizit festgestellt wurde.

25 BGHSt 35, 32 (34) = StV 1987, 469; 51, 1 (8) = StV 2006, 225.

26 AnwK-StPO/*Püschel* (Fn. 11), § 257c Rn. 28; *Beulke* (Fn. 15), Rn. 396c; *Murmann* ZIS 2009, 526 (538); *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2629); *Kudlich* (Fn. 5), C 54; *Schlothauer/Weider* StV 2009, 600 (605); wohl auch *Meyer-Göfner* NStZ 2007, 425 (428); *Weider* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil C, Rn. 61; SK-StPO/*Velten* (Fn. 23), § 257c Rn. 51; a.A. *Bittmann* wistra 2009, 414 (416); *Niemöller* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil B, § 257c, Rn. 150.

27 BGHSt 52, 165 (170 f.) = StV 2008, 281. Vgl. auch SK-StPO/*Velten* (Fn. 23), § 257c Rn. 32: »geltungserhaltene Umdeutung unter Berücksichtigung der in der Verständigung zum Ausdruck gekommenen Ziele der Parteien«.

eine Anwendung des § 139 BGB analog denkbar, die zur Nichtigkeit der gesamten Verständigung führen könnte.²⁸ Grundsätzlich gilt, dass »Umgehungsstrategien« nichts am Makel der Rechtswidrigkeit ändern.²⁹ Daher ist die Entscheidung des *I. Strafsenats* v. 14.4.2010³⁰ abzulehnen. Der *Senat* führt zwar zutreffend aus, dass die Vereinbarung, ein Rechtsmittel zunächst formal einzulegen, um es anschließend wieder zurückzunehmen, der Abrede eines Rechtsmittelverzichts gleichkomme, weshalb die Rechtsmittelrücknahme unzulässig sei. Doch hat er diese Konsequenz leider auf die Mitwirkung des Gerichts reduziert und eine nur v. Verteidiger von Anfang an geplante Einlegung und anschließende Rücknahme der Revision für zulässig erachtet. Der Begriff »Verzicht« in § 302 Abs. 1 S. 1 StPO lässt diese Einschränkung jedoch nicht zu. Auch setzt sich der *Senat* mit der Differenzierung zwischen Rücknahme und Verzicht zu seiner bisherigen Rspr. in Widerspruch, die beide Prozesshandlungen im Ergebnis gleich behandelt.³¹

C. Strafrechtliche Risiken für die Beteiligten eines rechtswidrigen »Deals«

I. Risiken für den Richter

1. Rechtsbeugung (§ 339 StGB)

Zunächst ist mit Blick auf den an einer rechtswidrigen Verständigung beteiligten Richter³² der Tatbestand der Rechtsbeugung zu prüfen – zum einen deshalb, weil es sich hierbei um das mit der höchsten Strafe bewehrte in Betracht kommende Delikt handelt, und zum anderen, weil die Ablehnung des Tatbestandes eine Sperrwirkung gegenüber anderen in Betracht kommenden Strafnormen begründet.³³

a) Zu den Voraussetzungen der Rechtsbeugung allgemein

Der Anwendungsbereich der Rechtsbeugung ist nach einheitlicher Rspr. nicht auf die Verletzung des materiellen Rechts beschränkt, sondern umfasst auch das Prozessrecht.³⁴ Ausreichend für die Tathandlung der »Beugung« ist nach der Rspr. jedoch nicht bereits der Rechtsverstoß als solcher; vorausgesetzt wird vielmehr ein in objektiver Hinsicht elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege, bei dem sich der Amtsträger subjektiv bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt.³⁵ Ob ein Verstoß »elementar« ist, beurteilt die Rspr. im Einzelfall. In einer jüngeren Entscheidung hat der *I. Senat* zur Beantwortung dieser Frage auf Erwägungen des Gesetzgebers abgestellt.³⁶

Notwendig ist weiterhin, dass ein Taterfolg eintritt, was sich aus der Formulierung des Gesetzes ergibt, die Rechtsbeugung müsse »zugunsten oder zum Nachteil einer Partei« begangen werden.³⁷ Im Falle des Verstoßes gegen Verfahrensrecht bedeutet dies nach Auffassung der Rspr., dass durch den Verstoß nicht nur die abstrakte, sondern die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung verursacht werden muss.³⁸ Hierunter ist die hohe Wahrscheinlichkeit zu verstehen, dass im weiteren Verlauf der Rechtssache eine fehlerhafte Entscheidung getroffen werden wird.³⁹ Dass die letztlich getroffene Entscheidung auch in materieller Hinsicht falsch ist, soll nicht notwendig sein. Jüngst hat der *5. Strafsenat* des *BGH* ausgeführt, dass diese Gefahr insbes. dann bestehen könne, wenn durch die verfahrensfehlerhafte Entscheidung wesentliche Grundrechtspositionen des Betroffenen beeinträchtigt werden.⁴⁰

b) Anwendung dieser Grundsätze auf die Neuregelungen

Wendet man diese Grundsätze auf Verletzungen der gesetzlichen Verständigungsvorschriften an, so ergibt sich Folgendes:

aa) Verstoß gegen Mitteilungs- und Protokollierungspflichten

Im Hinblick auf die neu geschaffenen Mitteilungs- und Protokollierungsvorschriften ist bei der Beurteilung des Schweregrads des Verstoßes zunächst zu beachten, dass der Gesetzgeber diesen Regelungen eine große Bedeutung beigemessen hat. Wörtlich heißt es dazu in den Motiven:

»Eine Verständigung kann außerhalb der Hauptverhandlung zwischen den Verfahrensbeteiligten vorbereitet werden. Unverzichtbar ist aber, darüber Transparenz in der Hauptverhandlung herzustellen. Der neue Abs. 4 von § 243 regelt entsprechende Mitteilungspflichten des Vorsitzenden. Von erheblicher Bedeutung für den – auch in der Revision nachvollziehbaren – Gang zu und Inhalt von Verständigungen ist es, entsprechende Protokollierungspflichten aufzustellen. Dem dient die Neufassung von § 273.«⁴¹

Wegen dieser klaren Äußerungen ist der Verstoß gegen die der Transparenz der Absprache dienenden Normen als elementarer Verstoß gegen die neu geschaffene »Verständigungsverfahrenordnung«⁴² anzusehen. Zudem sind auf Seiten des Richters keine Motive denkbar, die nicht als sachfremd eingestuft werden müssten: Vor allem die Ersparnis des Protokollierungsaufwandes wäre nicht zu seinen Gunsten heranzuziehen.⁴³ Auch die mit Verständigungen

28 Hierzu näher *Lindemann* JR 2009, 82 (83 f.), der jedoch wegen der Schutzwürdigkeit des Angekl. § 139 BGB analog nicht für anwendbar hält.

29 *Beulle* (Fn. 15), Rn. 395e; *Niemöller* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil B, § 302 Rn. 16 f.

30 *BGH* StV 2010, 346 m. abl. Anm. *Niemöller* StV 2010, 474 (»geradezu klassischer Fall einer Gesetzesumgehung«) = *StraFo* 2010, 249 m. abl. Anm. *Malek*; vgl. dazu auch *Staudinger* HRRS 2010, 347; *Jahn* JuS 2010, 742 sowie *Meyer-Gofner* und *Niemöller* StV 2010, 53 ff. (in diesem Heft).

31 Instrukтив dazu *Niemöller* StV 2010, 597 (598) m.w.N.

32 Zu Strafbarkeitsrisiken im Falle von Kollegialgerichten allg. *NK-StGB/Kublen*, 3. Aufl. 2010, § 339 Rn. 83. Zur Frage, ob in diesen Fällen das Beratungsgeheimnis einer Beweiserhebung entgegensteht: *SSW-StGB/Kudlich*, 2009, § 339 Rn. 36. Vgl. dazu auch *FA-Strafrecht/Satzger*, 4. Aufl. 2009, Rn. 66 ff.

33 *OLG Karlsruhe* NJW 2004, 1469 (1470); *OLG Koblenz* NSZ-RR 2006, 77 (78).

34 *BGHSt* 32, 357; 34, 146; 38, 381; 42, 343 (344) = *StV* 1997, 418; 44, 258; 47, 105 (109) = *StV* 2002, 303; *BGH* NJW 1997, 1455; *NSZ-RR* 2001, 243 (244); *NSZ-RR* 2010, 310; *BGH*, *Beschl.* v. 07.07.2010, 5 StR 555/09, Rn. 29 (nicht abgedr. in *NSZ* 2010, 3045). Überblick über die Rspr. bei *Kern*, Die Rechtsbeugung durch Verletzung formellen Rechts, 2010, S. 4 ff.

35 *BGHSt* 42, 343 (345) = *StV* 1997, 418 m. zahlr. Nachw.; *BGH* *NSZ-RR* 2010, 310. Zu den in der Lit. vertretenen Rechtsbeugungstheorien umfassend *MüKo-StGB/Uebele*, 2006, § 339 Rn. 26 ff.; *Kern* (Fn. 34), S. 68 ff.

36 *BGH* *NSZ* 2010, 92.

37 *Kern* (Fn. 34), S. 75 m.w.N.

38 *BGHSt* 42, 343 (351 f.) = *StV* 1997, 418; *BGH* *NSZ* 2010, 92 spricht von »der konkreten Gefahr eines Nachteils«, bezieht sich aber ausdrücklich auf *BGHSt* 42, 343 = *StV* 1997, 418. *BGH*, *Beschl.* v. 07.07.2010, 5 StR 555/09, Rn. 30 spricht von »der konkreten Gefahr einer sachfremden Entscheidung«.

39 *Kern* (Fn. 34), S. 88 f.

40 *BGH* NJW 2010, 3045, Rn. 30.

41 *BT-Drucks.* 16/12310, S. 9.

42 Begriff von *Schlothauer* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil D, Rn. 51.

43 Vgl. in diesem Zusammenhang *BGH* *NSZ* 2010, 92: In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein Richter, der für Betreuungssachen zuständig war, systematisch darauf verzichtet, vor der Genehmigung von freiheitsentziehenden Maßnahmen die hiervon betroffenen Personen anzuhören, um die Verfahren schneller entscheiden zu können und sich Arbeit zu ersparen. Der *BGH* hielt diese Motivation für sachfremd und verwarf die Revision des Angekl..

generell angestrebte Schonung der knappen Ressourcen der Justiz⁴⁴ legitimiert nicht die Verletzung von Verfahrensrecht. Was den erforderlichen Taterfolg anbelangt, so gilt im Falle des Verstoßes gegen Mitteilungs- und Protokollierungspflichten bei Absprachen Folgendes: Die unterlassene Protokollierung des Inhalts einer Verständigung – vor allem, aber nicht nur im Zusammenhang mit einem heimlich verabredeten Rechtsmittelverzicht – bewirkt, dass sie in der Rechtsmittelinstanz nicht oder nur sehr schwer auf ihre Wirksamkeit überprüft werden kann.⁴⁵ Da das heimliche Vorgehen regelmäßig nur den Sinn haben wird, inhaltlich unzulässige Absprachen zu verschleiern, geht hiermit unmittelbar die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung einher.⁴⁶ Keine konkrete Gefahr in diesem Sinne erzeugen hingegen Erörterungen gem. §§ 202a, 212 StPO, die zu keinem »Leistungsaustausch« führen.

bb) Absprache über die Schuld/über Maßnahmen der Besse- rung und Sicherung

Verständigen sich die Verfahrensbeteiligten (heimlich) darüber, was der Angekl. in der Hauptverhandlung gestehen und wegen welcher Delikte der Angekl. infolgedessen verurteilt werden soll, so handelt es sich, gemessen an der bisherigen Rspr. der BGH, aus folgenden Gründen um eine Rechtsbeugung: Zum einen handelt der Richter dem in § 257c Abs. 2 S. 3 StPO ausdrücklich normierten Verbot der Absprache über die Schuld zuwider. Dies stellt einen Verfassungsverstoß⁴⁷ und damit einen gravierenden Verfahrensverstoß dar. Außerdem schafft er bei einer zu milden Beurteilung die konkrete Gefahr einer inhaltlich falschen Entscheidung. Zum anderen beugt der Richter im Zuge einer manipulierten Verurteilung das Verfahrensrecht deshalb, weil er den nach § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklich auch im Rahmen von Verständigungen geltenden Aufklärungsgrundsatz verletzt, wenn er naheliegende weitergehende Ermittlungen unterlässt und dadurch die konkrete Gefahr einer inhaltlich falschen Entscheidung schafft.⁴⁸ Sofern er den Inhalt des v. Angekl. in der Hauptverhandlung abzulegenden Geständnisses auf bestimmte Straftatbestände abstimmt, verfälscht er den Sachverhalt,⁴⁹ womit er das materielle Recht beugt und auf diese Weise die konkrete Gefahr einer inhaltlich falschen Entscheidung begründet.

cc) Rechtsmittelverzicht

Mit Blick auf die nach § 302 Abs. 1 S. 2 StPO unzulässige Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer Verständigung gilt im Ergebnis das Gleiche: Der Gesetzgeber wollte mit der Norm sicherstellen, dass sich der Angekl. bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist überlegen kann, ob er das auf der Grundlage der Verständigung zustande gekommene Urteil akzeptiert oder nicht. Wörtlich heißt es in der dieser Norm zugrunde liegenden Beschlussempfehlung des Bundestags-Rechtsausschusses:

»Mit der Änderung von § 302 Abs. 1 S. 2 wird die Möglichkeit, auf die Einlegung von Rechtsmitteln zu verzichten, ausgeschlossen, wenn dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO-E) vorausgegangen ist. Damit wird verhindert, dass die Rechtsmittelberechtigten nach einer Verständigung aufgrund tatsächlicher oder vermeintlicher Erwartungshaltungen vorschnell auf Rechtsmittel verzichten. In der Praxis sind wiederholt Fälle bekannt geworden, in denen sich der Angekl. nach einer Verständigung Situationen ausgesetzt sah, in denen sein Rechtsmittelverzicht erwartet

wurde. Durch den Ausschluss des Rechtsmittelverzichts wird sichergestellt, dass sich die Berechtigten in Ruhe und ohne Druck überlegen können, ob sie Rechtsmittel einlegen wollen oder nicht.«⁵⁰

Der Gesetzgeber hat also ein besonderes Augenmerk auf das Verbot des Rechtsmittelverzichts gelegt. Missachtet der Richter diese ausdrücklich zum Schutz der Willensfreiheit des Angekl. geschaffene Regelung, ist ein elementarer Rechtsverstoß zu bejahen. Auch begründet die Vereinbarung des Rechtsmittelverzichts die konkrete Gefahr einer inhaltlich falschen Entscheidung. Zwar ist der Rechtsmittelverzicht nach vorangegangener Verständigung nach § 302 Abs. 1 S. 2 StPO unwirksam. Die Rechtsmittelfrist beginnt gleichwohl zu laufen, und zwar selbst dann, wenn der Angekl. entgegen § 35a S. 3 StPO nicht darüber belehrt wurde, dass er in jedem Fall in seiner Entscheidung frei sei, ein Rechtsmittel einzulegen. Zwar ist im letztgenannten Fall eine Wiedereinsetzung in die Rechtsmittelfrist denkbar. Insofern ist aber Folgendes zu beachten: Zum einen verweist § 44 S. 2 StPO, der Fallgruppen enthält, in denen von Gesetzes wegen vermutet wird, dass es an einem Verschulden fehlt, nicht auf § 35a S. 3 StPO und ist wohl auch nicht analog anzuwenden; zum anderen ist – vor allem im Hinblick darauf, dass der Angekl. bei Verständigungen regelmäßig anwaltlich vertreten ist – nur »schwer vorstellbar«⁵¹, dass der Angekl. glaubhaft machen kann, er sei irrig davon ausgegangen, dass er kein Rechtsmittel einlegen dürfe.⁵²

2. Falschbeurkundung im Amt (§ 348 Abs. 1 StGB)

Für den Richter, der bewusst unwahr im Hauptverhandlungsprotokoll das sog. Negativattest gem. § 273 Abs. 1a S. 3 StPO abgibt oder eine Erörterung außerhalb der Hauptverhandlung entgegen §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a S. 2 StPO weder mitteilt noch protokolliert, kommt zudem das echte Amtsdelikt der Falschbeurkundung im Amt in Betracht. Gerichtliche Protokolle, zu denen das Hauptverhandlungsprotokoll im Strafprozess (§ 271 StPO) gehört, stellen nach überzeugender überwiegender Ansicht öffentliche Urkunden i.S.d. § 415 ZPO dar.⁵³ Fraglich ist nur, ob die Angabe, dass keine Verständigung stattgefunden hat,

44 BT-Drucks. 16/12310, S. 7.

45 Vgl. dazu oben **B.I.2.** sowie – noch zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes – BGH StraFo 2009, 158 m. abl. Anm. *Bockemühl*: Nachdem der Angekl. mit der Revision geltend gemacht hatte, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt worden sei, weil ihm zu Beginn der Hauptverhandlung v. Vors. Richter und dem Berichterstatter bei Geständnis wegen 26 Taten eine Gesamtfreiheitsstrafe von 4 J. und 6. M. in Aussicht gestellt worden sei, er aber wegen 7 nachgewiesener Taten ohne Geständnis zu acht Jahren und sechs Monaten verurteilt und in den restlichen 19 Fällen freigesprochen worden war, gaben der Vors. Richter und der Berichterstatter eine dienstliche Stellungnahme ab, wonach keine derartige Zusage erteilt worden sei. Der Beschluss endet mit den Worten: »Aufgrund dieser von der Revision nicht widersprochenen Erklärung muss der Senat nun auch noch mit Befremden zur Kenntnis nehmen, dass er mit unwahrem Vorbringen konfrontiert wurde.«

46 So i.E. auch *Kudlich* (Fn. 5), C 45.

47 BVerfG NStZ 1987, 419.

48 Zu dieser Norm krit. u.a. *Meyer-Göfner* (Fn. 11), § 257c Rn. 3 (»wenig mehr als ein Lippenbekenntnis«).

49 *Fischer*, 57. Aufl. 2010, § 339 Rn. 10.

50 BT-Drucks. 16/13095, S. 10.

51 *Meyer-Göfner* (Fn. 11), § 44 Rn. 23a.

52 BGH StV 2010, 475.

53 RGSt 72, 226 (227) (zu einem protokollierten Vergleich im Zivilprozess); BGHSt 51, 88 (97 f.) = StV 2006, 627 (zur sog. bewusst unwahren Verfahrensritze); LK-StGB/*Zieschang*, 12. Aufl. 2009, § 271 Rn. 45; *Schlöthauer/Weider* StV 2009, 600 (609); a.A. OLG Hamm NJW 1977, 592 (593).

den für die §§ 271, 348 StGB erforderlichen öffentlichen Glauben genießt. Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Das *OLG Hamm* hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1977 den erforderlichen öffentlichen Glauben mit dem Argument verneint, die Beweiskraft des Protokolls beschränke sich darauf, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt werde, nachzuprüfen, ob bestimmte Verfahrensvorschriften eingehalten wurden. Dieser Zweck genüge nicht den Anforderungen der §§ 271, 348 StGB.⁵⁴

Demgegenüber hat der *3. Strafsenat des BGH* in seiner Entscheidung zur Unzulässigkeit der sog. bewusst unwahren Protokollrüge im Jahr 2006 beiläufig bemerkt, das Hauptverhandlungsprotokoll stelle »zumindest im Hinblick auf die für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten« ein taugliches Tatobjekt i.S.d. § 348 StGB dar.⁵⁵ Für diese Sichtweise und gegen die des *OLG Hamm* sprechen die in § 274 StPO enthaltenen Beweisregeln, die dem Sitzungsprotokoll hinsichtlich der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten eine ausschließliche Beweiskraft zuweisen.

Wesentliche Förmlichkeiten sind *Kahlo* zufolge

»diejenigen gesetzlich vorgeschriebenen Verlaufsstrukturen der Hauptverhandlung eines Strafprozesses, die deren Fortgang eine den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens entsprechende Form geben und es dem Angekl. so ermöglichen, diesem Gang bei verständiger Beurteilung zuzustimmen.«⁵⁶

Hierzu ist aus den oben genannten Gründen die Wahrung der in § 243 Abs. 4 StPO enthaltenen Pflicht zur Mitteilung von Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung zu rechnen, ebenso der Umstand, dass es zu keiner Verständigung gekommen ist.⁵⁷ Attestiert der Richter also wahrheitswidrig i.S.d. § 273 Abs. 1a S. 3 StPO, dass keine Verständigung stattgefunden habe, so verfälscht er das Hauptverhandlungsprotokoll in strafbarer Weise. Von der Beweiskraft ausgenommen ist dagegen der konkrete Inhalt einer Verständigung. Beurkundet der Richter beispielsweise, er habe dem Angekl. für den Fall eines glaubhaften Geständnisses mindestens 3 und höchstens 4 ½ Jahre in Aussicht gestellt während er tatsächlich in der Hauptverhandlung 2 ½ Jahre als Strafuntergrenze genannt hatte, so begründet diese Lüge nicht das Risiko, wegen Falschbeurkundung im Amt verfolgt zu werden. Freilich werden in diesem Fall sowohl die Verteidigung als auch die StA auf eine Protokollberichtigung hinwirken.

3. Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB)

Der Vorwurf einer Nötigung in Form der Drohung mit einem empfindlichen Übel kommt theoretisch immer dann in Betracht, wenn der Richter im Rahmen von Verständigungsgesprächen die berühmt-berüchtigte »Sanktionsschere« aufzeigt und den Angekl. hierdurch zu einer Kooperation bewegt.⁵⁸ Unter einer »Sanktionsschere« ist eine Situation zu verstehen, in der das Gericht dem Angekl. bzw. seinem Verteidiger die Differenz zwischen einer auf einer Absprache beruhenden Strafe und derjenigen auf der Basis »streitigen« Verhandeln aufzeigt, die so groß ist, dass sie strafzumessungsrechtlich unvertretbar und nicht mehr mit der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses erklärbar ist.⁵⁹ In dieser Konstellation stellt das Gericht dem Angekl. mit einer unangemessen hohen Strafe für den Fall der unterbliebenen

Kooperation ein empfindliches Übel in Aussicht, auf das es Einfluss zu haben vorgibt. Allerdings sind solche Konstellationen dogmatisch schwer zu fassen. Was im Einzelfall konkret als »unangemessen« anzusehen ist, lässt sich nicht abstrakt definieren.⁶⁰ *Meyer-Göfner* vertritt die Auffassung, die bei fehlendem Geständnis in Aussicht gestellte Strafe dürfe »regelmäßig nicht mehr als ein zusätzliches Drittel der nach einem Geständnis zu verhängenden Strafe betragen.«⁶¹ Laut *Eschelbach* werden in der Praxis »Strafrabatte« von 20 bis 50 % diskutiert,⁶² und *Putzke/Scheinfeld* zufolge soll das Geständnis zu einem Strafnachlass von nicht mehr als 15 % führen.⁶³ Es ist daher nur möglich, Extremfälle⁶⁴ eines empfindlichen Übels abstrakt zu bestimmen.⁶⁵ Gegen ein reales Strafbarkeitsrisiko in Bezug auf § 240 StGB spricht ferner, dass § 257c Abs. 3 S. 2 StPO lediglich die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht für das Gericht vorsieht, im Rahmen der Verständigung den Umfang des möglichen »Strafrabatts« aufzuzeigen, auch wenn dieser regelmäßig von großem Interesse für den Angekl. sein wird. Gibt das Gericht ihn an, so ist dieser Inhalt als maßgebender Bestandteil der Verständigung gem. § 273 Abs. 1a StPO zu protokollieren und damit – auch strafrechtlich – revisibel.

4. Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB)

Sofern das Verhalten des Richters als Rechtsbeugung einzuordnen ist, kommt überdies eine Bestrafung wegen Strafvereitelung im Amt in Betracht. Das ist der Fall, wenn der Richter den Angekl. besser stellt, als er bei richtiger Anwendung des geltenden materiellen und prozessualen Rechts stünde, indem er zumindest teil- bzw. zeitweise die Verhängung der durch die Tatbegehung verwirkten Strafe verhindert. Unzulässig ist es, eine (nach § 257c Abs. 2 S. 3 StPO unzulässige) Verständigung über die Schuld zu treffen (Bsp.: Grundtatbestand statt Qualifikation, Vergehen statt Verbrechen). Diese Maßgabe steht freilich in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Sinn und Zweck der Verständigung, die im »Prototyp«⁶⁶ die Zusage einer Strafmilderung gegen ein (verfahrenverkürzendes) Geständnis erfasst. Gelöst werden kann dieses wie bei der Nötigung mit dem Begriff der Angemessenheit: Eine Verständigung ist nur dann zulässig, wenn der »Rabatt« auf die Strafe nicht unangemessen hoch

54 *OLG Hamm* NJW 1977, 592 (593); zust. LK-StGB/*Zieschang* (Fn. 53), § 348 Rn. 19.

55 BGHSt 51, 88 (98) = NJW 1977, 592.

56 *Kahlo* FS Meyer-Göfner, 2001, S. 447 (466).

57 BGH StV 2010, 346; a.A. wohl *Schlothauer/Weider* StV 2009, 600 (606).

58 Zu einer weiteren Fallgruppe – der Androhung von »Erzwingungshaft« – *Schlothauer* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil D, Rn. 45.

59 BGHSt 50, 40 (50) = StV 2005, 311.

60 *Schlothauer* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil D, Rn. 44.

61 *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 257c Rn. 19 unter Verweis auf *Altenhain/Hagemeyer/Häimerl* NStZ 2007, 71 (78) (in der 53. Aufl. 2010 vertritt er, ein Strafnachlass sei »idR zwischen 20 und 30 %« angemessen); zust. *Bittmann* wistra 2009, 414 (415, Fn. 15); i.E. ebenso *Sommer* AnwBl. 2010, 197 (199).

62 Graf-StPO/*Eschelbach* (Fn. 11), § 257c Rn. 14; ähnlich *Fahl* ZStW 117 (2005), 605 (607) zum Fall *Max Strauß*. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH StV 2007, 619 – in dem Beschluss bejahte der BGH eine »Sanktionsschere« und damit einen Befangenheitsgrund – hier wurde für den Fall eines Geständnisses eine Strafe von 3 ½ Jahren und andernfalls von 7 bis 8 Jahren in Aussicht gestellt.

63 *Putzke/Scheinfeld*, StPO, 2. Aufl. 2009, Rn. 576.

64 Vgl. BGH StV 2004, 470: In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall betrug die Differenz zwischen zwei Jahren Freiheitsstrafe mit Aussetzung zur Bewährung und sechs Jahren Freiheitsstrafe.

65 So i.E. auch *Schlothauer* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil D, Rn. 63.

66 *Niemöller* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil B, § 257c Rn. 85, 89.

ist.⁶⁷ Diese Beurteilung setzt logischerweise die vorangegangene Aufklärung des Sachverhalts voraus.⁶⁸ Dass der Richter hiervon auch im Rahmen einer Verständigung nicht entbunden sein soll, belegt § 257c Abs. 1 S. 2 StPO, der auf den in § 244 Abs. 2 StPO enthaltenen Aufklärungsgrundsatz verweist. Diese wohl am häufigsten und stärksten kritisierte Vorschrift des Verständigungsgesetzes⁶⁹ soll nach dem Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, dass zum einen das Gericht für den Fall eines glaubhaften Geständnisses bzw. einer sonstigen Tatsachengrundlage, die ihm die Überzeugung (§ 261 StPO) von der Schuld des Angekl. vermittelt, eine schuldangemessene Rechtsfolge anbieten darf und dass es zum anderen dem Angekl. trotz Verständigung unbenommen bleibt, durch weitere Beweisanträge Folgeermittlungen zu initiieren.⁷⁰

Der subjektive Tatbestand des § 258a StGB setzt zunächst direkten Vorsatz, also das sichere Wissen voraus, den Angekl. im Falle einer bestimmten »Gegenleistung« (insbes. eines Geständnisses) besserzustellen.⁷¹ Das ist bei einer Verständigung regelmäßig der Fall. Allerdings muss der Richter zudem wissen, dass er den Angekl. entgegen seiner Pflicht zur Aufklärung der gesetzlichen Strafe rechtswidrig entzieht.⁷² Dieser Nachweis wird nur selten möglich sein.⁷³

5. Dienstaufsichtsrechtliche Maßnahmen

Wird ein Richter wegen Rechtsbeugung rechtskräftig verurteilt, so endet sein Dienstverhältnis wegen des Verbrechenscharakters dieses Tatbestandes kraft Gesetzes (§ 24 Nr. 1 DRiG). Wenn aus Rechtsgründen die Strafverfolgung des Richters ausscheidet, weil z.B. die Protokollierung eines tatsächlich abgegebenen Verständigungsangebotes nicht gänzlich unterbleibt, sondern »nur« unzutreffend erfolgt und somit nicht den Tatbestand des § 348 StGB erfüllt, kommt eine dienstaufsichtsrechtliche Maßnahme i.S.d. § 26 Abs. 2 DRiG in Betracht.

II. Risiken für den StA

Was den an einer rechtswidrigen Verständigung beteiligten Vertreter der StA anbelangt, so ist im Hinblick auf die Rechtsbeugung als Sonderdelikt⁷⁴ fraglich, ob ein täterschaftliches Handeln denkbar ist. Hierfür müsste der Vertreter der StA als Amtsträger bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache anzusehen sein. Gem. § 257c Abs. 3 S. 4 StPO setzt eine Verständigung neben der Zustimmung des Angekl. diejenige der StA zu dem Vorschlag des Gerichts voraus. Da der Sitzungsvertreter damit den Geschehensverlauf wesentlich mitbestimmt,⁷⁵ wird man sagen müssen, dass der Prozessverlauf von ihm abhängig und damit Mittäterschaft denkbar ist.⁷⁶ Im Übrigen gelten die Ausführungen zum Strafbarkeitsrisiko für Richter entsprechend.

Dem Vertreter der StA droht somit neben einer strafrechtlichen Verfolgung im Falle der Verurteilung der Verlust der Beamtenrechte gem. § 41 Abs. 1 Nr. 1 BBG.

III. Risiken für den Verteidiger

Schließlich zu den Risiken für den Verteidiger. *Beulke/Ruhmannseder* weisen zu Recht darauf hin, es sei zwar einerseits »höchst unwahrscheinlich«, dass gerade er als einziger Verfahrensbeteiligter wegen der Mitwirkung an einer Verständigung strafrechtlich belangt werde, andererseits dürfe er sich aber weder allzu sehr auf die »Subsidiarität«, noch auf die »Solidarität« der sonstigen an der Verständigung beteiligten

Personen verlassen. Das Strafbarkeitsrisiko des Verteidigers im Bereich der Verständigung sei bislang nicht abzuschätzen.⁷⁷ Beteiligt sich ein Verteidiger an einer für einen Richter und/oder StA strafbaren Verständigung, so beteiligt er sich an deren Straftaten. Seine (anzunehmende) Absicht, zu einer für den Beschuldigten günstigen Rechtsfolge beizutragen, lässt dieses Strafbarkeitsrisiko nicht entfallen. Startet der Verteidiger einen Versuch, eine für Richter und Staatsanwälte als Rechtsbeugung zu würdigende Absprache zu treffen, so kann er sich, wenn diese sein Ansinnen ablehnen, wegen versuchter Anstiftung zum Verbrechenstatbestand der Rechtsbeugung schuldig machen. Gehen die anderen Verfahrensbeteiligten zunächst darauf ein, kommt die rechtswidrige Verständigung dann aber im Ergebnis doch nicht zustande, kommt eine Anstiftung zum Versuch in Betracht.⁷⁸ Welche weiteren (Strafbarkeits-)risiken existieren?

1. Strafvereitelung (§ 258 StGB)

Ob zudem eine Strafvereitelung in Betracht kommt, hängt zunächst davon ab, welche Rolle man dem Verteidiger im Strafverfahren zuweist.⁷⁹ Sieht man ihn mit der höchstrichterlichen Rspr. als Beistand des Beschuldigten und Organ der Rechtspflege an,⁸⁰ so folgt hieraus, dass der Verteidiger nicht dazu befugt ist, eine Verständigung zu initiieren, die – etwa durch ein falsches Geständnis – auf eine aktive Verdunkelung und Verzerrung des Sachverhalts abzielt.⁸¹ Nicht verpflichtet – und wegen der ihm obliegenden Schweigepflicht nicht einmal berechtigt⁸² – ist er jedoch, das Gericht und die StA darauf hinzuweisen, dass ein bestimmtes Rechtsfolgenangebot von deren Seite dem Unrecht seines Mandanten nicht Genüge tun würde.⁸³

2. Parteiverrat (§ 356 StGB)

Bei *Eschelbach* heißt es: »Verteidiger im Abspracheverfahren sind »Doppelagenten.«⁸⁴ Damit ist wohl gemeint, dass Verteidiger bei einer Verständigung sowohl dem Interesse des Beschuldigten an einer gemilderten Strafe als auch dem Interesse der Rechtspflege an einem beschleunigten Verfahren dienen. Laufen sie deshalb bei einer für den Angekl. nach-

67 *Murmann* ZIS 2009, 526 (534 f.), steht der Möglichkeit, einen »Strafabbatt« mit dem Grundsatz schuldangemessenen Strafens begründen zu können, generell ablehnend gegenüber.

68 Insoweit ist auch – entgegen bspw. *Meyer-Gofßner* (Fn. 11), § 257c Rn. 1 – der Standort der Norm nicht zu kritisieren.

69 Vgl. *Meyer-Gofßner* (Fn. 11), § 257c Rn. 3; *Fischer* StraFo 2009, 177 (181, 183); *Murmann* ZIS 2009, 526 (534) (»schlicht eine die Wirklichkeit verfehlende Heuchelei«); dagegen *Niemöller* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil B, § 257c Rn. 72 ff.

70 So BT-Drucks. 16/12310, S. 13.

71 *Fischer* (Fn. 49), § 258 Rn. 33 m.w.N.

72 *Fischer* (Fn. 49), § 258a Rn. 6.

73 So auch die Einschätzung von FA-Strafrecht/*Satzger* (Fn. 32), Rn. 67.

74 *Fischer* (Fn. 49), § 339 Rn. 5.

75 Vgl. in AnwK-StPO/*Püschel* (Fn. 11), § 257c Rn. 24, der von einer »entscheidende(n) Rolle« der StA spricht.

76 So auch *Fischer* (Fn. 49), § 339 Rn. 7.

77 *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 123 f.

78 Hierzu näher *Schlothauer* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil D, Rn. 55.

79 Zu den einzelnen Theorien näher *Beulke/Ruhmannseder* (Fn. 77), Rn. 10 ff.

80 *Beulke/Ruhmannseder* (Fn. 77), Rn. 11 m.w.N. in Fn. 26.

81 BGHSt 38, 345 (348) = StV 1992, 575; *Fischer* (Fn. 49), § 258 Rn. 19.

82 FA-Strafrecht/*Satzger* (Rn. 32), Rn. 76 weist in diesem Zusammenhang auf § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB hin und erblickt darin »eine echte Gefahr der Strafbarkeit«.

83 *Beulke/Ruhmannseder* (Rn. 77), Rn. 123a.

84 *Graf-StPO/Eschelbach* (Fn. 11), § 257c Rn. 59 unter Rekurs auf *Terhorst*, Diskussionsbeitrag 58. DJT 1990, Bd. II, L 82, 84 und GA 2002, 600 (607).

teiligen Verständigung Gefahr, wegen Parteiverrats, dem »Hausdelikt der Anwaltschaft«,⁸⁵ belangt zu werden? In Betracht kommt insoweit ein Dienen sowohl dem Angekl. als auch der StA. Hierfür müsste die letztgenannte zunächst als Partei i.S.d. § 356 StGB anzusehen sein. Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet.⁸⁶ Auch wenn mit *Kuhlen* entscheidend gegen die Annahme eines die Parteieigenschaft begründenden Interesses der StA die Vorschrift des § 160 Abs. 2 StPO spricht,⁸⁷ kann die Frage dahinstehen, denn eine Strafbarkeit wird regelmäßig daran scheitern, dass der Verteidiger der StA zumindest subjektiv nicht wird dienen wollen.⁸⁸ Freilich sind Ausnahmefälle denkbar, z.B. wenn der RA seinen Mandanten nach einer Absprache wissentlich falsch dahingehend informiert, dass das Urteil wegen Rechtsmittelverzichts nicht mehr anzugreifen sei, um sich der StA oder dem Gericht für kommende Verfahren zu empfehlen, oder wenn er aus diesem Motiv heraus den Angekl. zu einem falschen Geständnis bewegt.⁸⁹ Der objektiv nachteilige Charakter der Abrede begründet jedoch die Strafbarkeit für sich genommen noch nicht.

3. Zivilrechtliche Risiken

Selbst wenn das Risiko, wegen Parteiverrats belangt zu werden, für den Strafverteidiger in praxi wohl eher gering einzuschätzen ist, besteht dessen ungeachtet die Möglichkeit, ihn wegen einer für den Mandanten nachteiligen Absprache zivilrechtlich zu belangen. Doch in welchen Fällen kommt speziell mit Blick auf eine Verständigung⁹⁰ ein justitierbarer Kunstfehler in Betracht? Zunächst ist darauf zu achten, dass die Verständigung die Arbeit für den Verteidiger nicht zwingend verringert, denn er bleibt dazu verpflichtet, vorab die Tatsachen sorgfältig anhand der Akten und der Angaben des Mandanten zu ermitteln.⁹¹ Sodann hat er den auf diese Weise ermittelten Sachverhalt rechtlich umfassend zu prüfen und eine Verteidigungsstrategie zu entwickeln.⁹² Dies ist deswegen nötig, weil eine Verständigung, die mit einem Geständnis verbunden wird, nicht mit einer auf einen Freispruch abzielenden Verteidigung vereinbar ist.⁹³ Kommt es zu einer Verständigung, so hat der Verteidiger bereits aus eigenem Interesse, vor allem aber, um für seinen Mandanten deren mögliche Revisibilität sicherzustellen, auf eine detaillierte Protokollierung der »Angebote« hinzuwirken, um auf diese Weise einen für den Mandanten schädlichen Dissens zu vermeiden.⁹⁴ Zudem muss er vorsichtig agieren und den Vorwurf der (versuchten) Strafvereitelung von vornherein zu vermeiden suchen, weil er damit nicht nur einen Ausschließungsgrund für sich selbst begründen (s. § 138 Abs. 1 Nr. 3 StPO), sondern im Falle der Anstiftung des Richters bzw. des StA auch einen Wiederaufnahmegrund zu Ungunsten des eigenen Mandanten schaffen (vgl. § 362 Nr. 3 StPO) würde.⁹⁵

IV. Risiken für den Angeklagten

Zwar setzt § 257c Abs. 2 S. 4 StPO für das Zustandekommen der Verständigung auch die Zustimmung des Angekl. voraus. Dessen Strafbarkeit bzw. Strafverfolgung wegen der Beteiligung an einer Rechtsbeugung erscheint bereits angesichts seiner Interessenlage und des Rechtsgedankens des § 258 Abs. 5 StPO, der die Beteiligung an der Vereitelung der eigenen Strafe von vornherein ausschließt, fernliegend.⁹⁶ Die verbleibenden außerstrafrechtlichen Risiken für den Angekl. wurden bereits angedeutet: Sie bestehen vor allem in einer »Vorleistung« in Form eines Geständnisses, dem auf Seiten des Gerichts keine Bindung an den zugesagten Straf-

rahmen gegenübersteht. Zudem besteht die Gefahr, dass – selbst bei Annahme eines Beweisverwertungsverbots gem. § 257c Abs. 4 S. 3 StPO analog – diesem keine Fernwirkung zuerkannt wird.

Dass der Angekl. in dieser Konstellation – möglicherweise – seinen Verteidiger zivilrechtlich in Regress nehmen kann (s.o.), wird in diesem Zusammenhang nur einen schwachen Trost darstellen. Selbst wenn ein auf einem rechtswidrigen »Deal« fußendes Urteil für den Angekl. auf den ersten Blick günstig erscheinen mag, so birgt es doch wegen der bereits erwähnten möglichen Wiederaufnahme erhebliche Risiken für ihn.

D. Fazit

Ob die »Dealzone« infolge des Verständigungsgesetzes generell ausgeweitet worden ist,⁹⁷ wird sich erst noch zeigen. Das strafrechtliche Risiko beim »Dealen« ist durch die v. Gesetzgeber eingebauten Kontrollmechanismen in Form von Mitteilungs- und Protokollierungspflichten zumindest theoretisch in jedem Fall größer geworden, denn es gibt seit Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes keine Verständigungen praeter legem mehr, sondern nur noch solche contra legem.⁹⁸ Aus diesem Grund dürfte die Strategie, sich auf einen Tatbestands- bzw. Verbotsirrtum zu berufen,⁹⁹ zukünftig nicht (mehr) aufgehen. Ob die neu geschaffenen Kontrollmechanismen auch tatsächlich zu Ermittlungsverfahren gegen die an einer rechtswidrigen Verständigung professionell Beteiligten führen werden, ist noch nicht abzuschätzen.¹⁰⁰

Die strafrechtliche Relevanz derartiger Verletzungen formellen Rechts ist jedenfalls dogmatisch eindeutiger als die eingangs zitierten zweifelnden Einschätzungen nahe legen.

85 So *Dabs* NStZ 1991, 561.

86 So bejahend *Beulke/Ruhmannseder* (Fn. 77), Rn. 232; verneinend NK-StGB/*Kuhlen* (Fn. 32), § 356 Rn. 27; *Dabs* NStZ 1991, 561 (562) sowie FA-Strafrecht/*Satzger* (Fn. 32), Rn. 75.

87 NK-StGB/*Kuhlen* (Fn. 32), § 356 Rn. 27; ebenso FA-Strafrecht/*Satzger* (Fn. 32), Rn. 75.

88 In diesem Sinne auch LK-StGB/*Gillmeister* (Fn. 53), § 356 Rn. 43 (m.w.N. in Fn. 192).

89 *Beulke/Ruhmannseder* (Fn. 77), Rn. 232; LK-StGB/*Gillmeister* (Fn. 53), § 356 Rn. 43; *Widmaier-MAHS/Ignor/Matt/Weider*, 2006, § 13 Rn. 27 mit Hinweis auf These 41 der »Thesen zur Strafverteidigung« des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer.

90 Zu den allg. Pflichten umfassend *Krause* NStZ 2000, 225; zur geltenden Rechtslage *Graf-StPO/Eschelbach* (Fn. 11), § 257c Rn. 59 ff.

91 *Graf-StPO/Eschelbach* (Fn. 11), § 257c Rn. 61.

92 *Püschel* (AnwK-StPO [Fn. 11], § 257b Rn. 9) spricht in diesem Zusammenhang von einer »konsensuale(n) Zieldefinition« zwischen Verteidiger und Mandant.

93 So AnwK-StPO/*Püschel* (Fn. 11), § 257b Rn. 10 (»Schuldindiz«) im Anschluss an *Widmaier-MAHS/Ignor/Matt/Weider* (Fn. 89), § 13 Rn. 41, 63; *Schünemann* NJW 1989, 1895 (1899).

94 Vgl. in diesem Zusammenhang *Weider* StraFo 2003, 406 (411 f.), der die Mitwirkung an einem heimlichen Deal bereits nach alter Rechtslage für einen schweren Kunstfehler hielt. Zur neuen Rechtslage AnwK-StPO/*Püschel* (Fn. 11), § 257c Rn. 33.

95 Der Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 3 StPO zugunsten des Verurteilten würde – selbst bei erwiesener Rechtsbeugung des Richters – wohl daran scheitern, dass die Rechtsverletzung durch die nach § 257c Abs. 3 S. 4 StPO erforderliche Zustimmung von diesem selbst veranlasst wäre (a.A. wohl *Kirsch* StraFo 2010, 96 [101]).

96 So auch *Schlothauer* in: N/Sch/W (Fn. 2), Teil D, Rn. 33, 39, 55.

97 So eine Formulierung bei *Sommer* AnwBl. 2010, 197 (199).

98 Anderer Ansicht offenbar *Bittmann* wistra 2009, 414 (416) sowie *Kudlich* (Fn. 5), C 45, der von Verständigungen »im untechnischen Sinn« spricht.

99 Auf diese Möglichkeit ging – vor dem Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes – FA-Strafrecht/*Satzger* (Fn. 32), Rn. 66 m.w.N. ein.

100 Skeptisch *Altenhain/Haimerl* JZ 2010, 327 (336).