

Strafbarkeitsrisiken bei der strafprozessualen Verständigung seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.03.2013

„Deal“ wie bisher geht nicht mehr

von Jörg Steinheimer, Rechtsanwalt u. FA für Strafrecht,
LIEB.Rechtsanwälte, Nürnberg*

A. Einleitung

Man kann zur strafprozessualen Verständigung stehen wie man möchte. Ihre Aufnahme in das geschriebene Recht mag der schwerwiegendste Systembruch seit der Schaffung der Strafprozessordnung (StPO) im Jahr 1877 sein.¹ Fakt ist: die Verständigung war schon lange vor ihrer Kodifizierung aus den Gerichtssälen dieser Republik nicht mehr wegzudenken. Spätestens seit den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts mehr oder weniger offen praktiziert, ist sie nach dem „Hilferuf“ nach dem Gesetzgeber des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2005² schließlich im Jahr 2009 mit dem Verständigungsgesetz³ in die Strafprozessordnung integriert geworden.⁴

Nunmehr hatte der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts unter dem Vorsitz des Präsidenten *Voßkuhle* am 19.03.2013 erstmals im Rahmen dreier zur Entscheidung angenommener Verfassungsbeschwerden über die Verfassungsmäßigkeit der neuen Vorschriften zu urteilen:⁵

- Zwei Beschlüsse des Bundesgerichtshofs zu Münchener Urteilen⁶ hat das Bundesverfassungsgericht wegen einer in dem Verstoß gegen § 257 Abs. 5 StPO zu erblickenden Verletzung des Rechts auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren und wegen eines Verstoßes gegen die Selbstbelastungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) aufgehoben und an den BGH zurückverwiesen;
- Einen weiteren Beschluss des Bundesgerichtshofs⁷ hat es einschließlich des zugrunde liegenden Berliner Urteils wegen eines Verstoßes gegen den Schuldgrundsatz und die Selbstbelastungsfreiheit (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an die Tatsacheninstanz zurückverwiesen.

Im Ergebnis hat das Bundesverfassungsgericht die Regelungen zur Verständigung – im Sinne eines pointierten Resümees des Verfassers – als **„derzeit**

* Stand der verwerteten Rechtsprechung und Literatur: 06/2013

¹ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (212), spricht in einer der wenigen bei Abfassung des Manuskripts vorliegenden Entscheidungsbesprechungen vom „schwersten Eingriff in das Gefüge der StPO seit 1877“

² BGHSt 50, 40 = StV 2005, 311 [BGH, Beschl.v. 03.03.2005 – GSSt 1/04], dort Tz. 88

³ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2353)

⁴ Und zwar mit den Regelungen in der Zentralnorm zur Verständigung, § 257c StPO, und weiteren Regelungen in §§ 35a S. 3, 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 267 Abs. 3 S. 5, 273 Abs. 1a, 302 Abs. 1 S. 2 StPO

⁵ BVerfG StraFo 2013, 153 = NJW 2013, 1058 [BVerfG, Urt. .v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 u. 2 BvR 2155/11]

⁶ BGH, Beschl. v. 08.10.2010 – 1 StR 443/10; Beschl. v. 02.11.2010 – 1 StR 469/10

⁷ BGH StV 2012, 5 [BGH, Beschl. v. 29.08.2011 – 5 StR 287/11]

verfassungsgemäß“ gehalten; auch wenn verschiedentlich aufgrund der kritischen Fragen der Mitglieder des 2. Senats unter der in der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2012 Anderes vermutet oder gar erhofft worden war.

Freilich hat das Bundesverfassungsgericht, möglicher Weise unter dem Eindruck der Ergebnisse der rechtstatsächlichen Erhebung von *Altenhain* zu den – gelinde gesprochen – Unsitten bei der Praxis im Umgang mit dem Verständigungsgesetz, mit aller Deutlichkeit und Klarheit ausgesprochen, dass nach der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung „informelle“ Absprachen unzulässig und **intransparente und damit unkontrollierbare „Deals“ von Verfassungen wegen untersagt** sind. Es begründet dies mit dem Wortlaut des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO, der jedwede Form sonstiger informeller Absprachen, Vereinbarungen und „Gentlemen's Agreements“ ausschließt, und argumentiert damit, dass die Vorschriften zur Sicherung der Transparenz und Öffentlichkeit der Verständigung ihre Funktion von vornherein nicht wirksam erfüllen könnten, wenn die Regelung keinen abschließenden Charakter hätte.⁸

Damit hat das Bundesverfassungsgericht endgültig denjenigen Stimmen das Wasser abgegraben, die meinten, es gebe neben der Verständigung i.S.d. StPO weiterhin die Möglichkeit zur „informellen“ Absprache.⁹ Diesen „Mittelweg“ gibt es nicht, entweder erfolgt die Verständigung auf dem Boden der StPO oder aber es handelt sich um eine rechtswidrige Absprache, tertium non datur. Fest steht damit: „Dealen“ wie bisher, als wäre nichts geschehen, geht nicht mehr. Der „Deal“ nach „alter Schule“¹⁰, die informelle Absprache, ist eindeutig contra legem.¹¹ Das sollte nach der Lektüre der Entscheidungsgründe des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 19.03.2013 nun jedem Beteiligten einleuchten.

Gleichwohl zeigen sich einige Stimmen betont skeptisch, v. *Heintschel-Heinegg* äußert beispielsweise:

„Trotz der mahnenden Worte aus Karlsruhe befürchte ich, dass nach kurzer Zeit wieder einige der unter tatsächlichen wie eingebildeten Zwängen stehenden Praktiker in gewohnter Weise „dealen“ wie bisher und dabei grundlegende Prinzipien unseres Strafprozesses negieren.“¹²

Ähnlich *Stuckenberg*:

„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.“¹³

⁸ BVerfG (Fn. 5), Ls. 4, Orientierungssatz 2 f, Tz. 75-77 u. 115

⁹ Zuletzt *Peglau*, jurisPR-StrafR 4/2012, unter lit. C

¹⁰ Diktion gemäß dem Titel des Aufsatzes von *Dießner*, StV 2011, 43 (43)

¹¹ So schon völlig zu Recht im Fazit ihrer ausführlichen Untersuchung *Dießner*, StV 2011, 43 (49)

¹² v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2013, 474 (476)

¹³ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (219)

Diese Skepsis nimmt nicht weiter Wunder, wenn man sich den Befund des vom Bundesverfassungsgericht beauftragten Sachverständigen *Altenhain*¹⁴ vor Augen führt:

| Befragte Richter | Praktische Handhabung |
|------------------|--|
| 58,9 % 26,7 % | Mehr als die Hälfte der Absprachen „informell“ getroffen und durchgeführt Absprachen immer „informell“ getroffen und durchgeführt |
| 33 % | Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung getroffen, keine Offenlegung in der Hauptverhandlung |
| 54,4 % | Keine Erwähnung der nicht erfolgten Verständigung im Protokoll |
| 46,7 % | Kein Hinweis in den Urteilsgründen auf eine dem Urteil vorausgegangene Verständigung |
| 38,3 % | Überprüfung der Glaubhaftigkeit des Geständnisses nicht immer, sondern nur häufig, manchmal, selten oder nie |
| 35,3 % 16 % | Gelegentlich Nennung einer zweiten Strafe für die „streitige“ Entscheidung neben der Strafobergrenze bzw. dem bestimmten Strafmaß für den Kooperationsfall Typischerweise Nennung einer zweiten Strafe für die „streitige“ Entscheidung neben der Strafobergrenze bzw. dem bestimmten Strafmaß für den Kooperationsfall |
| 27,4 % | Entgegen § 302 Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklicher Rechtsmittelverzicht bei Verständigungen gemäß § 257c StPO |
| 14,7 % 56,6 % | Immer Rechtsmittelverzicht bei Absprache Häufig Rechtsmittelverzicht bei Absprache |

Dennoch bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten. Denn werden in Zukunft die gesetzlichen Regelungen über die Verständigung nicht beachtet, steigen – neben den Risiken der Revisibilität – auch die strafrechtlichen Risiken für die Beteiligten signifikant an.

Im Anschluss an den grundlegenden Aufsatz von *Dießner*¹⁵ sollen nachfolgend aus diesem Anlass die strafrechtlichen Risiken für Richter, Staatsanwalt und Verteidiger bei der Teilnahme an einer Absprache „außerhalb der StPO“ re-evaluiert werden.

B. Positionen des Bundesverfassungsgerichts im Einzelnen

Zunächst sind aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts die für vorliegende Untersuchung maßgeblichen Positionen herauszufiltern, um im Lichte dieser Positionen dann unter lit. C die im Prinzip bekannten Strafbarkeitsrisiken erneut zu bestimmen.

I. Zu den Dokumentations-, Mitteilungs-, Hinweis- und Protokollierungspflichten

Breiten Raum in den Entscheidungsgründen nehmen die Darstellungen zu den Pflichten betreffend Dokumentation, Mitteilungen, Hinweisen und Protokollierung ein.

1. Ausgangssituation nach dem Verständigungsgesetz

Bekanntlich hat der Gesetzgeber für jeden Verfahrensabschnitt Sorge dafür getragen, dass Erörterungen mit den Beteiligten aktenkundig gemacht werden;¹⁶ in

¹⁴ Anhand der Ausführungen in BVerfG (Fn. 5), Tz. 48 u. 49 erstellte tabellarische Übersicht d. Verf. unter Weglassung der Ergebnisse der Kontrollgruppe Staatsanwälte und Fachanwälte für Strafrecht; *Altenhain* befragte vom 17.04.2012 bis zum 24.08.2012 190 in Strafsachen tätige Richter Nordrhein-Westfalens (117 Strafrichter bzw. Vorsitzende eines Schöffengerichts, 73 Strafkammer-Vorsitzende).

¹⁵ *Dießner*, StV 2011, 43

der Hauptverhandlung muss der Vorsitzende nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO Mitteilung über diese Erörterungen und ggf. deren Ergebnis machen.

Nach § 257 Abs. 5 StPO muss der Angeklagte vor dem Wirksamwerden der Verständigung über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von der Verständigung belehrt werden.

Die Vorschrift des § 273 Abs. 1a StPO verpflichtet den Vorsitzenden ferner,

- Ablauf, Inhalt und Ergebnis einer Verständigung¹⁷
- die Mitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO (Erörterungen seit dem Zeitpunkt der Anklageerhebung und deren eventuelles Ergebnis), die Mitteilung nach § 257c Abs. 4 S. 4 StPO (falls Abweichung von der Verständigung geplant) sowie die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO (über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung von der Verständigung) und schließlich
- nach § 273 Abs. 1a S. 3 StPO ein sog. Negativattest (falls keine Verständigung stattgefunden hat)

zu protokollieren.

Nach § 35a S. 3 StPO ist der Angeklagte im Falle einer Verständigung schließlich qualifiziert zu belehren, nämlich auch darüber, dass er trotz der Verständigung frei ist, Rechtsmittel gegen das (auf der Verständigung beruhende) Urteil einzulegen.

2. Position des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht unterstreicht die Bedeutung der Transparenz- und Dokumentationspflichten. Unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien¹⁸ stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass der Gesetzgeber einen Schwerpunkt seines Regelungskonzepts in der Herstellung von Transparenz, Öffentlichkeit und einer vollständigen Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens gesehen habe. Diese solle die vom Gesetzgeber als erforderlich bewertete „vollumfängliche“ Rechtsmittelkontrolle wirksam ausgestalten. Das Verlangen nach umfassender Transparenz des Verständigungsgeschehens kennzeichne die gesetzliche Regelung insgesamt. Eine Verständigung müsse sich unter allen Umständen „im Lichte der öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren.“¹⁹

Die Mitteilungspflicht in der Hauptverhandlung des § 243 Abs. 4 StPO fasst das Bundesverfassungsgericht dabei weit. Sie greife ein, sobald bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Im Zweifel werde in der Hauptverhandlung zu informieren sein. Zum mitzuteilenden Inhalt gehöre, welche Standpunkte von den einzelnen Gesprächsteilnehmern vertreten wurden, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und

¹⁶ Im Ermittlungsverfahren § 160b S. 2 StPO, im Zwischenverfahren § 202 a S. 2 StPO, nach Eröffnung der Hauptverhandlung § 212 StPO

¹⁷ Kann nur eine solche nach § 257c StPO sein, andere gibt es, wie nun klargestellt, de lege lata nicht

¹⁸ BT-Drucks. 16/12310, S. 1, 8 f., 12, 15, sowie Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/12310, S. 22

¹⁹ BVerfG (Fn. 5), Tz. 67, unter Verweis auf BGH, NSTZ 2012, 347 (348) [BGH, Urf. v. 29.11.2011 – 1 StR 287/11], Tz. 12; StV 2012, 649 (652) [BGH, Beschl. v. 22.02.2012 – 1 StR 349/11], Tz. 51 f.

ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist.²⁰

Die Transparenz- und Dokumentationspflichten seien nicht nur als bloße Ordnungsvorschriften zu verstehen. Der Gesetzgeber halte eine Verständigung nur bei Wahrung der Transparenz- und Dokumentationspflichten für zulässig. Das gesetzliche Regelungskonzept sei damit als eine **untrennbare Einheit aus Zulassung und inhaltlicher Beschränkung von Verständigungen bei gleichzeitiger Einhegung durch die Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten** zu begreifen. Ziel sei die mit einer urteilsbezogenen Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten verbundenen Risiken für die Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess zu minimieren. Die Vorschriften zur Transparenz des Verständigungsgeschehens in der öffentlichen Hauptverhandlung, zu dessen Dokumentation und zur Ermöglichung einer wirksamen Kontrolle auch durch das Rechtsmittelgericht zählten zum Kern des gesetzlichen Regelungskonzepts.²¹

Die (noch vom Bundesgerichtshof nicht als Aufhebungsgrund angesehene²²) Verletzung der Hinweispflicht nach § 257c Abs. 5 StPO in concreto ist für das Bundesverfassungsgericht übrigens der Anlass dafür, einen „quasi-absoluten“ Revisionsgrund beim Verstoß gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten zu schaffen – was sicher nach Anlass für längere Folgediskussionen in Rechtsprechung und Literatur sein wird:²³

Ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten sei regelmäßig schon deshalb nicht auszuschließen, weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist. Diese Auslegung entspreche der Funktion dieser Vorschriften im Konzept des Verständigungsgesetzes; dass Verstöße gegen die verfahrensrechtlichen Sicherungen der Verständigung nicht den absoluten Revisionsgründen zugeordnet worden sind, stehe einer entsprechenden Auslegung des § 337 Abs. 1 StPO nicht entgegen.

Bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht werde daher im Rahmen der revisionsgerichtlichen Prüfung regelmäßig davon auszugehen sein, dass das Geständnis und damit auch das Urteil auf dem Unterlassen der Belehrung beruhe. Ein Beruhen werde nur dann verneint werden können, wenn sich feststellen lässt, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte. Nur so sei gewährleistet, dass die Schutzfunktion der Belehrungspflicht ihre vorgesehene Wirkung entfaltet.²⁴

²⁰ BVerfG (Fn. 5), Tz. 85, unter Verweis auf BGH StV 2011, 72 [BGH, Beschl. v. 05.10.2010 – 3 StR 287/10]; der 3. Senat des BGH sieht übrigens für den Fall der Nichteinhaltung grundsätzlich die Besorgnis der Befangenheit als berechtigt an

²¹ BVerfG (Fn. 5), Tz. 96

²² BGH, Beschl. v. 08.10.2010 – 1 StR 443/10; Beschl. v. 02.11.2010 – 1 StR 469/10

²³ Nach *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (219) gut gemeint, aber ein tiefer Eingriff in das Revisionsrecht

²⁴ BVerfG (Fn. 5), Tz. 97-99

II. Zu den Verbotsnormen

Auch zu den Verbotsnormen äußert sich das Bundesverfassungsgericht.

1. Ausgangssituation nach dem Verständigungsgesetz

Die Vorschrift des § 257 Abs. 2 S. 3 StPO verbietet sowohl Absprachen über die Schuld als auch über Maßregeln der Besserung und Sicherung. Nach § 302 Abs. 1 S. 2 StPO schließt den Rechtsmittelverzicht aus, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist.

2. Position des Bundesverfassungsgerichts

Sonderstrafrahmen und die Frage der Strafrahmenverschiebung berühren nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts den Schuldspruch.²⁵ Relativ hart geht das Bundesverfassungsgericht daher mit der im Berliner Fall erfolgten Disposition über die Frage des Vorliegens eines minder schweren Falls (§ 250 Abs. 3 StGB) ins Gericht.

Während der BGH noch meinte, das Tatgericht dürfe dem Angeklagten vor Augen halten, dass im Verurteilungsfall nur unter den Voraussetzungen eines Geständnisses der Strafrahmen des § 250 Abs. 3 StGB eröffnet sein könne und hier keine reversible Verletzung des § 257c StPO wegen Drohung mit einer willkürlich bemessenen „Sanktionsschere“ erkennen wollte,²⁶ geißelt das Bundesverfassungsgericht die Verständigung, in der ein Geständnis „im Sinne der Anklage“ an den Verzicht auf die Stellung von Beweisanträgen „zur Schuldfrage“ gekoppelt war, als „ein **vom Grundgesetz untersagter Handel mit der Gerechtigkeit.**“²⁷

Zu § 302 Abs. 1 S. 2 StPO, der bei der Begründetheit der Verfassungsbeschwerden keine direkte Rolle spielte, weist das Bundesverfassungsgericht in der Herleitung seiner Entscheidungen darauf hin, dass das Verständigungsgesetz in bewusster Abkehr von den Entwürfen die Rechtsmittelmöglichkeiten gegen verständigungs-basierte Urteile nicht einschränke, sondern – über die dem Regelungskonzept weitgehend zugrunde liegende Entscheidung des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs hinausgehend – mit § 302 Abs. 1 S. 2 StPO einen Rechtsmittelverzicht nach einer Verständigung generell ausschließe und damit die Ermöglichung einer Rechtsmittelkontrolle durch das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung noch zusätzlich absichere.

Dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, dass es keine „informelle“ Verständigung mehr geben kann (siehe oben unter lit. A), sollte sich die Mehrzahl der Fragen im Zusammenhang mit § 302 Abs. 1 S. 2 StPO erledigt haben. Jedweder Rechtsmittelverzicht nach vorausgegangener Verständigung ist unwirksam. Im Lichte des Urteils des Bundesverfassungsgerichts als Verletzung des Rechts auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) gilt dies sicherlich auch diejenige („Umgehungs-„)Konstellation (am Tag der Urteilsverkündung Revisionseinlegung, eine Stunde später Rücknahme), die der 1. Strafsenat mit Beschluss vom 14.04.2010²⁸ noch gebilligt hat.

²⁵ BVerfG (Fn. 5), Tz. 74

²⁶ BGH StV 2012, 5 [BGH, Beschl. v. 29.08.2011 – 5 StR 287/11]

²⁷ BVerfG (Fn. 5), Tz. 129

²⁸ BGHSt 55, 82 = StV 2010, 474 [BGH, Beschl. v. 14.04.2010 – 1 StR 64/10]

C. Strafrechtliche Risiken bei Fortführung der klassischen Dealpraxis

Der Einführung einer Strafvorschrift des unerlaubten „Deals“ als „ultima ratio“²⁹ bedarf es nicht. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wirft auch so ein neues Licht auf die Frage nach der Strafbarkeit der Beteiligten an einem gesetzeswidrigen „Deal“. Alle Beteiligten können sich den erhöhten Strafbarkeitsrisiken nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.03.2013 weniger denn je verschließen.

I. Für den Richter

1. Rechtsbeugung (§ 339 StGB)

Auch wenn es die Betroffenen nicht werden hören wollen: Der Tatbestand der Rechtsbeugung – zentrales Delikt mit Sperrwirkung für alle weiteren in Betracht kommenden Strafnormen³⁰, ein Verbrechenstatbestand mit „Knock-Out“-Funktion für jedwede weitere Justizkarriere (§ 24 Nr. 1 DRiG) – ist mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.03.2013 deutlich näher gerückt – näher als es den Betroffenen, die dem klassischen „Deal“ hinterher trauern, lieb sein dürfte.

Zunächst ist mit *Dießner*³¹ der maßgebliche Rechtsrahmen anhand der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 24.06.2009³² und vom 07.07.2010³³ aufzuspannen:

- Strafbar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar nur der elementare Verstoß gegen die Rechtspflege; nicht jede unrichtige Rechtsanwendung kann Rechtsbeugung sein. Normativ erfasst werden nur solche Rechtsverstöße, bei denen sich der Täter bewusst und in schwerer Weise von Recht und Gesetz entfernt.
- Rechtsbeugung kann aber auch durch die Verletzung von Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften begangen werden, soweit durch die Verfahrensverletzung die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung zum Vor- oder Nachteil einer Partei begründet wurde, ohne dass freilich ein Vor- oder Nachteil tatsächlich eingetreten sein muss.
- Bei der Beurteilung, ob der Rechtsverstoß gegen eine Verfahrensvorschrift „elementar“ ist, hat der 1. Senat in seiner Entscheidung vom 24.06.2009 ausdrücklich auf die Motive des Gesetzgebers bei der Schaffung der Verfahrensnorm abgestellt (hier: Missachtung der Anhörungspflicht aus § 70c FGG in Betreuungssachen).
- Für die Erfüllung der „konkreten Gefahr“ einer sachfremden Entscheidung kann es nach der Entscheidung des 5. Senats vom 07.07.2010 sprechen, wenn ein Richter eine Entscheidung zum Nachteil einer Partei unter bewusster Begehung eines schwerwiegenden Verfahrensfehlers trifft. Ein

²⁹ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (218), der sich schon Gedanken macht, an welcher Stelle im StGB die Vorschrift platziert werden müsste

³⁰ Grundlegend BGHSt 10, 294 [BGH, Urf. v. 07.12.1956 – 1 StR 56/56], vgl. hierzu auch *Dießner*, StV 2011, 43 (45) m.w.N.

³¹ *Dießner*, StV 2011, 43 (45)

³² BGH NSTZ 2010, 92 [BGH, Beschl. v. 24.06.2009 – 1 StR 201/09]

³³ BGH StV 2011, 463 [BGH, Beschl. v. 07.07.2010 – 5 StR 555/09], jüngst bestätigt mit Urteil in gleicher Sache v. 11.04.2013 – 5 StR 261/12

solcher kann in einer willkürlichen Zuständigkeitsbegründung als Missachtung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzlicher Richter) jedenfalls dann liegen, wenn diese eine Verletzung weiterer wesentlicher grund- oder konventionsrechtlicher Rechtspositionen des Betroffenen bewirkt (hier: Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch Anordnung einer Freiheitsentziehung durch den unzuständigen Richter; diese berühre Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person), ferner sei deren Anordnung zudem durch Art. 104 Abs. 2 GG (Richtervorbehalt) verfahrensrechtlich besonders abgesichert; schließlich verweist der 5. Senat auch auf Art. 5 EMRK).

Wenn der Bundesgerichtshof die Durchführung eines „klassischen Deals“ – den immerhin fast 60 % der von *Altenhain* befragten Richter noch gelegentlich durchführen – unter der neuen, vom Bundesverfassungsgericht verordneten Sehweise durchzudeklinieren hat, wird er bei der an der Rechtsbeugung kaum vorbeikommen.

Das Bundesverfassungsgericht hebt, wie wir gesehen haben, die Transparenz- und Dokumentationspflichten auf den „Altars des Verfassungsrechts“ („Kern des gesetzlichen Regelungskonzepts“, „keine reinen Ordnungsvorschriften“, „untrennbare Einheit aus Zulassung und inhaltlicher Beschränkung von Verständigungen bei gleichzeitiger Einhegung durch die Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten“, siehe oben unter lit. B Ziff. 1.2).

Man wird daher nicht mehr umhinkommen, bereits lediglich einen (Formal-)Verstoß gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten für „elementar“ i.S.d. Rechtsbeugungstatbestands zu halten.

Für Absprachen über die Schuld sowie die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts – also inhaltliche Verstöße bzw. Verstöße gegen Verbotsnormen – wird bereits a maiore ad minus ein „elementarer Verstoß“ anzunehmen sein.

Auch die von der Rechtsprechung geforderte „konkrete Gefahr“ ist gegeben: Durch einen Verstoß potenziell berührt sind das grundrechtlich geschützte Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren und in vielerlei Hinsicht die Selbstbelastungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Die Verfahrensnormen sind nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts von den inhaltlichen Vorgaben zur Verständigung „untrennbar“. Beide dienen der Verwirklichung der verfassungsmäßigen Vorgaben an den Strafprozess.

Bedingter Vorsatz ist beim Rechtsbeugungstatbestand grundsätzlich ausreichend.³⁴

Die Formfehler in den beiden Münchener Fällen sind sicherlich bereits keine Elementarverstöße i.S.d. Rechtsbeugungstatbestands. Anders werden in Zukunft allerdings Fälle des „klassisch“ im Dunklen durchgezogenen „Deals“ (ohne Dokumentation bzw. Erwähnung in der öffentlichen Hauptverhandlung und ohne Protokollvermerk) zu beurteilen sein. Je nach Maß der Missachtung der gesetzlichen Vorgaben wird ein derartiger Rechtsbruch ein Elementarverstoß sein können. Gleiches gilt wohl für die Disposition über den Schuldspruch, wie im Berliner Fall geschehen. Auch für die innere Tatseite und die Motive gibt es bei den beiden

³⁴ Schönke/Schröder/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 339 StGB Rn. 7 m.w.N.

letzteren Fallkonstellationen wenig (Verteidigungs-)Spielraum. Ein bedingter Vorsatz wird anzunehmen sein.

2. Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB)

Eine kleine Sensation hat das Bundesverfassungsgericht durchaus parat: im Zusammenhang mit dem gesetzeswidrigen „Deal“ und einem gleichwohl erfolgten Negativattest nach § 273 Abs. 1a S. 3 StPO erwägt es den Straftatbestand der Falschbeurkundung im Amt:

„Eine solche [scil. gesetzeswidrige] Verständigung unterliegt zudem der Protokollierungspflicht nach § 273 Abs. 1a Satz 1 StPO. Sollte in letzterem Fall ein Negativattest nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO erteilt werden, wäre dieses falsch und könnte den Tatbestand der Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) erfüllen.“³⁵

Einige Stimmen bezweifeln zwar, dass das Hauptverhandlungsprotokoll mangels Beweiskraft erga omnes eine „öffentliche Urkunde“ sei. Es habe nach § 274 StPO nur auf das Verfahren beschränkte Tragweite.³⁶ Indes ergibt sich diese Einschränkung nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift. Auch unterfällt das Hauptverhandlungsprotokoll der Definition, die die Zivilprozessordnung in § 415 ZPO vornimmt; „öffentliche Urkunden“ sind demnach

„Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind.“

Überzeugender (und im Rahmen einer Risikobetrachtung allemal sicherer) ist es mithin, das Hauptverhandlungsprotokoll als „öffentliche Urkunde“ anzusehen.³⁷ Damit wäre der Tatbestand der Falschbeurkundung im Amt, sowie auch vom Bundesverfassungsgericht angenommen, grundsätzlich eröffnet.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass das Bundesverfassungsgericht damit – angesichts der grundsätzlichen Sperrwirkung³⁸ des § 339 StGB – das Delikt der Rechtsbeugung bei dieser Aussage bereits stillschweigend vorausgesetzt hat. Dies ist allerdings nicht der Fall. Es erscheint zweifelhaft, dass sich die Reichweite der Sperrwirkung des § 339 StGB auf § 348 StGB erstreckt. Von der Zielrichtung der Sperrwirkung her betrachtet – Schutzfunktion zugunsten des Richters –, muss keine Rechtsbeugung, § 339 StGB, vorliegen, um wegen § 348 StGB verurteilen zu können.

3. Weitere Delikte

Das Bundesverfassungsgericht verbietet die Nennung einer Zweitstrafe für den Streitfall nicht explizit. Ist die „Sanktionsschere“ allerdings zu groß, kommen unter den von *Dießner* dargestellten Voraussetzungen³⁹ die Tatbestände der Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) und der Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) in Betracht.

³⁵ BVerfG (Fn. 5), Tz. 78

³⁶ KK/*Engelhardt*, StPO, 6. Aufl. 2008, § 274 Rn. 1 f.; zuletzt *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215) m.w.N.

³⁷ So zwar obiter, aber ausdrücklich BGHSt 51, 88 = StV 2006, 627 [BGH, Urf. v. 01.08.2006 – 3 StR 284/05], Tz. 29; *Dießner*, StV 2011, 43 (47)

³⁸ BGHSt 10, 294 [BGH, Urf. v. 07.12.1956 – 1 StR 56/56]

³⁹ *Dießner*, StV 2011, 43 (47)

II. Für den Staatsanwalt

Für den Staatsanwalt kommen Teilnahme am Delikt des Richters, aber auch Mittäterschaft in Betracht, auch an der Rechtsbeugung.⁴⁰ Dies zeigen sehr eindrücklich die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 07.07.2010⁴¹ und vom 11.04.2013⁴², die sich um Rechtsbeugung und Freiheitsberaubung drehten (völlig aus der Luft gegriffene Verhaftung eines Verteidigers in der Sitzung):

Hier erfolgte in der Instanz in 2009 zunächst die mittäterschaftliche Verurteilung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft, die mit der ersten der vorgenannten Entscheidungen aufgehoben wurde. Erst die zweite Entscheidung, rund drei Jahre später, bestätigte nun jüngst den Freispruch des Staatsanwalts.

Für den Staatsanwalt steht der Verlust seiner Beamtenstellung auf dem Spiel (dem § 41 Abs. 1 Nr. 1 BBG entsprechende landesgesetzliche Norm).

III. Für den Verteidiger

Nach den gleichen Kriterien wie der Staatsanwalt in das Fadenkreuz der Mittäterschaft geraten kann, kann dies mit Blick auf den hier in Rede stehenden rechtswidrigen informellen Deal grundsätzlich auch der Verteidiger.

Jedenfalls ist der Verteidiger Teilnehmer (Anstiftung oder Beihilfe). Man denke an dieser Stelle nur an die (nur von einer Mindermeinung bestrittene⁴³) Figur der „psychischen“ Beihilfe, die vornehmlich Steuerberater trifft,⁴⁴ aber ohne Weiteres auf Anwälte, im konkreten Fall Verteidiger, übertragbar sein wird.

Weiterhin in Betracht kommen Strafvereitelung und Parteiverrat. Insoweit ist auf die Ausführungen von *Dießner* zu verweisen.⁴⁵

D. Fazit und Ausblick

Bei einer Verständigung kann das Risiko eines möglichen Interessengleichlaufs von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten – welches das Bundesverfassungsgericht gesehen hat⁴⁶ – nicht so einfach vom Tisch gewischt werden kann. Diesem Risiko kann nur damit begegnet werden, dass die durch das Verständigungsgesetz eingefügten Normen, ein „Mindestprogramm“ zum Schutz der Rechte des Angeklagten, beachtet werden.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.03.2013 war **„last call“ zu rechtstreuem Verhalten**, d.h. sich bei der Verständigung an die Vorgaben des Gesetzgebers zu halten. Meines Erachtens setzt das Urteil damit auch für die strafrechtliche Beurteilung eine Zäsur: ab jetzt ist die strafrechtliche Relevanz des

⁴⁰ *Dießner*, StV 2011, 43 (48) m.w.N.;

⁴¹ BGH StV 2011, 463 [BGH, Beschl. v. 07.07.2010– 5 StR 555/09]

⁴² BGH, Urt. v. 11.04.2013 – 5 StR 261/12

⁴³ Siehe Darstellung bei BeckOK/*Kudlich*, Ed. 22, Stand 08.03.2012, StGB, § 27 Rn. 9.1

⁴⁴ Häufig bei Steuerstraftaten und Insolvenzdelikten, z.B. jüngst psychische Beihilfe eines Steuerberaters beim Bankrott eines GmbH-Geschäftsführers, LG Lübeck, wistra 2012, 281 [LG Lübeck, Urt. v. 30.09.2011 – 1 Ns 28/11]

⁴⁵ *Dießner*, StV 2011, 43 (48/49) m.w.N.

⁴⁶ BVerfG (Fn. 5), Tz. 114

rechtswidrigen Deals nicht nur „dogmatisch eindeutiger“⁴⁷ als die sorglosen Stimmen meinten, sondern mit Händen greifbar. Bistlang mag gegolten haben: wo kein (An-)Kläger, da kein Richter. Wir sollten uns aber nicht darauf verlassen, dass dies weiterhin so bleibt.

Dabei ist es nicht nur die Justiz, die für klassische Deals nach wie vor anfällig ist. Auch wir Verteidiger müssen uns bei Verständigungen kritisch befragen, was denn die Gründe für die Verständigung sind, und ob unser Vorgehen und der Inhalt der geplanten Verständigung mit den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts konform gehen. Wegen der auf der Hand liegenden Strafbarkeitsrisiken sollten wir das schon im Interesse des Eigenschutzes tun. Dem Ansinnen eines rechtswidrigen „Deals“ sollten wir uns entschieden widersetzen – im Zweifel mit dem Mittel der Ablehnung (§ 24 StPO).⁴⁸

⁴⁷ So *Dießner*, StV 2011, 43 (49) in ihrem Fazit

⁴⁸ Instruktiv hierzu *Schmuck*, NJOZ 2013, 193