

OStA b. BGH Dr. Gerwin Moldenhauer, Hamburg/Karlsruhe, und RiBGH Marc Wenske, Karlsruhe\*

## Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zur Verständigung

Der folgende Beitrag bereitet aktuelle, examensrelevante höchstrichterliche Entscheidungen auf. In der gebotenen Kürze sollen hierbei der strafprozessuale Kontext skizziert, eine Lösungsstruktur vorgeschlagen und prüfungsrelevante sowie – namentlich mit Blick auf die mündliche Prüfung – rechtspraktische Anschlussfragen dargestellt werden. Aus Gründen der Übersichtlichkeit beschränkt sich der Beitrag weitgehend auf Nachweise der im Examen zugelassenen Kommentare und einzelne Hinweise auf Vertiefungsmöglichkeiten in der Ausbildungsliteratur.

### A. ABSPRACHEN IM STRAFPROZESS – EIN BLICK ZURÜCK

Seit Jahrzehnten beschäftigen strafprozessuale Absprachen zwischen Gericht, Angeklagten und Staatsanwaltschaft die Rechtspraxis und die Rechtswissenschaft. An die im Jahre 1997 vom 4. Strafsenat des BGH entwickelten grundlegenden verfahrensrechtliche Maßgaben für strafprozessuale Absprachen<sup>1</sup> knüpfte im Jahre 2005 der Große Senat für Strafsachen – mit seiner Entscheidung zur Unzulässigkeit des Rechtsmittelverzichts als Absprachegegenstand – an und hielt zugleich fest, dass hiermit die Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung erreicht seien; es sei nun Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob und nach welchen Regeln Absprachen im deutschen Strafverfahrensrecht zulässig seien.<sup>2</sup> Im Jahre 2009 trat das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ in Kraft („Verständigungsgesetz“); zahlreiche verständigungsspezifische Regelungen wurde neu in die Strafprozessordnung eingeführt (vgl. etwa §§ 257 b und 257 c StPO).<sup>3</sup>

Das Verständigungsgesetz hielt im Jahre 2013 einer Überprüfung durch den für das Strafverfahrensrecht zuständigen Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts stand.<sup>4</sup> Dabei monierte der Senat, dass Gerichte, Staatsanwaltschaften und Rechtsanwälte in einer hohen Zahl von Fällen – so die vom Senat in Auftrag gegebene empirische Untersuchung eines Sachverständigen – die neuen gesetzlichen Vorgaben missachteten; dieser defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führe derzeit aber nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung, da das Gesetz im Wege einer „verfassungsorientierten“ Auslegung eine hinreichende Gewähr für ein am Schuldgrundsatz orientiertes Strafverfahren jedenfalls dann garantiere, wenn in jedem Einzelfall sämtliche schützenden gesetzlichen Vorgaben beachtet würden. Ob die

Tatgerichte dem gerecht werden, hat der Gesetzgeber durch – derzeit bereits laufende – sachverständige Erhebungen aufzuklären und anderenfalls nachzubessern (Produktbeobachtungspflicht).

### II. Verständigungsrecht als Fremdkörper in der StPO

Auch wenn Verständigungen zwischen Verfahrensbeteiligten seit nunmehr zehn Jahren durch ein gesetzliches Fundament getragen werden, werden sie absehbar ihrem Wesen nach stets ein verfahrensrechtlicher Fremdkörper bleiben. Hierzu zwei Beispiele:

#### 1. Amtsaufklärung im Verständigungskontext

Zwar gilt auch im Verständigungsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz (vgl. § 257 I 2, § 244 II StPO).

Der **Amtsermittlungsgrundsatz** besagt, dass das Gericht in der Hauptverhandlung den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und den Beweisstoff zu gewinnen hat, der ihm die Feststellung der Tatsachen im Urteil ermöglicht. Die **Erforschung der materiellen Wahrheit** ist im Hinblick auf das Schuldprinzip das zentrale Anliegen des Strafprozesses und auch verfassungsrechtlich abgesichert.<sup>5</sup> Es kann keine schuldangemessene Strafe ohne staatliche Aufklärung des Sachverhaltes geben.

Der Angeklagte kann aber durch ein umfassendes – glaubhaftes – Geständnis den Umfang der durch § 244 II StPO bestimmten Beweisaufnahme verringern. Als synallagmatische Gegenleistung im Rahmen einer Verständigung – verstanden als einseitig das Gericht bindender Vertrag – kann das Gericht als „Verhandlungsmasse“ allein eine milde Rechtsfolge, die Inhalt des Urteils sein kann (etwa Haupt- oder Nebenstrafen), in Aussicht stellen (vgl. § 257 c II StPO) und sich dieserart durch milde Strafen einen kurzen, ressourcenschonenden Prozess „erkaufen“.

\* Der Verfasser *Moldenhauer* ist Oberstaatsanwalt beim BGH und Lehrbeauftragter der Freien Universität Berlin. Der Verfasser *Wenske* ist Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe.

1 BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86, mAnm *Satzger* JA 1998, 98.

2 BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440; vgl. *Satzger* JA 2005, 684.

3 BGBl. I 2352.

4 BVerfG 133, 168 = NJW 2013, 1058, mAnm von *Heintschel-Heinegg* JA 2013, 474 („BVerfG segnet ‚Handel mit Gerechtigkeit‘ grundsätzlich ab“).

5 Vgl. BVerfGE 57, 250 (275) = NJW 1981, 1719.

## 2. Gefahr unvertretbar niedriger Rechtsfolgen

Der Angeklagte muss als verständigungs-basiertes Prozessverhalten nicht zwingend ein Geständnis anbieten (vgl. § 257 c III StPO). Soll ihm aber tatsächlich eine mildere Strafe allein deshalb in Aussicht gestellt werden, wenn er erklärt, von seinen strafprozessual zulässigen Rechten keinen Gebrauch machen zu wollen, etwa im Rahmen der Verständigung auf Beweis- oder Befangenheitsanträge verzichten zu wollen? Steht dieses Verhalten dann auch noch in dem für die Strafbemessung notwendigen Konnex zur Schuld des Angeklagten?<sup>6</sup>

Dies wäre zwingend, denn die Schuld des Angeklagten ist gem. § 46 I 1 StGB Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Tatschuld ist der erste Faktor der Strafzumessung. Die Persönlichkeit des Angeklagten ist der zweite Faktor der Strafzumessung. Daraus ergibt sich für die Rspr. die Formel, dass Grundlage der Strafzumessung die Schwere der Tat in ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung sowie der Grad der persönlichen Schuld des Angeklagten ist.<sup>7</sup> Auch einem verständigungs-basierten Geständnis kommt eine individuelle Auswirkung auf die Schuld zu, da es Rückschlüsse auf die Einsicht und Reue des Angeklagten ermöglicht.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund lässt das Verständigungsrecht allerdings besorgen, dass in einer Vielzahl an Verfahren zu milde – oder nicht mehr tat- und schuldangemessene – Rechtsfolgen verhängt werden. Es kommt daher auf den Einzelfall an, ob die Gerichte der im Recht über die Verständigung angelegten strukturellen gesetzlichen Versuchung, auf diese Weise einen besonders zügigen Verfahrensabschluss zu erstreben, widerstehen können.

## B. VERSTÄNDIGUNGSRECHT IM STAATSEXAMEN

Die vorstehend skizzierte – in ihrer Bedeutung für den deutschen Strafprozess nicht zu unterschätzende – Rechtsentwicklung wurde von Beginn an auch in der Ausbildungsliteratur begleitet.<sup>9</sup> Nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes war die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zunächst kaum mehr übersehbar; die Prüfungsämter reagierten mit Blick auf die im Fluss befindlichen Entwicklungen daher mit Zurückhaltung und machten Fragen des Verständigungsrechts nur ausnahmsweise zum Gegenstand von Klausuren im Assessorexamen. Dies hat sich geändert. Auf nunmehr höchstrichterlich gesichertem Terrain sind seit etwa einem Jahr regelmäßig in Revisionsklausuren Fragestellungen aus dem Verständigungskontext zu finden. Dieser Beitrag soll das aus der Sicht der Verfasser im Examen unentbehrliche Grundwissen darstellen (I.) und überdies die aktuelle Rechtslage anhand einzelner – besonders klausur- und praxisrelevanter – Entscheidungen skizzieren (II.).

### I. Grundlagen

Als **Basiswissen** ist in diesem Zusammenhang zunächst Folgendes voranzusetzen:

- Der Gesetzgeber hat sich für den Fachterminus „Verständigung“ entschieden (vgl. § 257 c I StPO); in der Praxis hat sich der Begriff „Deal“ für eine rechtswidrige Verständigung etabliert.
- **Zentrale Norm** des Verständigungsgesetzes ist § 257 c StPO (lesen!). Sie regelt die Zulässigkeit der Verständigung. Eine **Verständigung** ist hiernach eine zwischen dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten zumindest einseitig das Gericht bindende Absprache über mit dem Urteil zu verhängende Rechtsfolgen, die unter

Beachtung der hierfür vorgesehenen gesetzlichen Maßgaben erfolgte.<sup>10</sup>

- Die konsensuale Erledigung des Verfahrens im Wege einer Verständigung erweist sich nicht als Sonderverfahren; auch für diese Verfahrensweise gelten sämtliche Verfahrensgrundsätze der Strafprozessordnung (vgl. etwa § 244 II StPO).
- Zum Verständnis des Rechts über die Verständigung unabdingbar ist der Blick über § 257 c StPO hinaus auf das gesamte vom Gesetzgeber gestaltete **gesetzliche Regelungskonzept**. Danach ist – gerade auch aus verfassungsgerichtlicher Sicht – eine Verständigung nur dann mit dem Schuldgrundsatz des Strafrechts vereinbar, wenn neben § 257 c StPO auch sämtliche weiteren verständigungs-spezifischen Vorschriften durch das Gericht beachtet worden sind. Zu nennen sind hier namentlich die verständigungs-spezifischen **Transparenzvorschriften**. Die Beachtung der formellen Maßgaben des Verständigungsverfahrens sind – insbesondere in der Sitzungsniederschrift (vgl. § 273 I 2 und Ia StPO) – **schriftlich zu dokumentieren** (vgl. ferner für Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung §§ 202 a, 212 StPO). Überdies sind den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit verständigungsbezogene Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung mitzuteilen, und zwar **mündlich** in der Hauptverhandlung (§ 243 IV StPO). Schließlich ist nach § 267 III 5 StPO in den schriftlichen Urteilsgründen festzuhalten, dass dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist.
- Ein **Rechtsmittelverzicht** kann nicht Gegenstand einer Verständigung sein; er ist nach einer Verständigung ausgeschlossen (§ 302 I 2 StPO).
- Von der Verständigung sind **Erörterungen** abzugrenzen. Diese sind stets einer Verständigung vorgelagert und können in eine solche münden, müssen dies aber nicht zwingend. Erörterungen können auch Fragen der Strukturierung der Hauptverhandlung betreffen.<sup>11</sup> Sie sind in jedem Verfahrensstadium möglich und entsprechend gesetzlich geregelt (Ermittlungsverfahren: § 160 b StPO; Zwischenverfahren: § 202 a StPO; Hauptverfahren: § 212 StPO; Hauptverhandlung: § 257 b StPO).
- Der Begriff der „Verständigung“ wird im Gesetz nicht legal definiert. Eine Verständigung ist nach aA eine zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Angeklagtem getroffene, synallagmatische, allerdings nur einseitig (das Gericht) bindende Absprache über einen der in § 257 c II 1 StPO aufgeführten Gegenstände.<sup>12</sup>

### II. Verständigungsrecht als Teil der Revisionsklausur

Im Staatsexamen ist vornehmlich in der Revisionsklausur – oder der mündlichen Prüfung – mit Themen des Verständigungsrechts zu rechnen. Dabei kann sich der Bearbeiter nicht darauf verlassen, schon durch den Inhalt der Sitzungsnieder-

6 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 14; KK-StPO/Moldenhauer/Wenske, Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 257 c Rn. 22 f.

7 Vgl. BGH NJW 1987, 2686; BGHSt 20, 264 = NJW 1965, 2016.

8 Vgl. zur Schwierigkeit der dogmatischen Einordnung des verständigungs-basierten Geständnisses Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, StGB, 30. Aufl. 2019, StGB § 46 Rn. 41 cff.

9 Vgl. etwa Hassemer JuS 1989, 890; Momsen/Moldenhauer JA 2002, 415.

10 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 3.

11 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 b Rn. 2; KK-StPO/Wenske, 8. Aufl. 2019, § 257 b Rn. 6.

12 Vgl. nur MüKoStPO/Jahn/Kudlich, Münchener Kommentar zur StPO, 2016, § 257 c Rn. 60; Becker JA 2017, 641.

schrift (§ 273 StPO) auf diese Prüfungspunkte hingewiesen zu werden. Zwar nehmen die verständigungsbezogenen Abläufe der Hauptverhandlung regelmäßig als wesentliche Förmlichkeiten (§ 273 III StPO) an der positiven wie negativen Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls teil (§ 274 StPO). Zu beachten ist aber, dass auch aus dem Fehlen bestimmter Inhalte auf ein rechtsfehlerhaftes Prozedieren des Gerichts geschlossen werden kann (vgl. etwa die unterbliebene Dokumentation einer Mitteilung gem. § 243 IV StPO nach § 273 I a 2 StPO). Zu den klausurrelevanten Fragen aus dem Bereich der **Verfahrensrügen**<sup>13</sup>, deren Beantwortung in der Klausur stets mit wenigen Sätzen möglich ist, beispielhaft im Einzelnen:

**1. Verständigungsgegenstand<sup>14</sup>**

Gegenstand in der Examensklausuren können Fallkonstellationen sein, die an die Frage zulässiger Verständigungsgegenstände anknüpfen.

**a) Fall 1 (Verständigung über den Schuldspruch)**

Die durch die Sitzungsniederschrift dokumentierte Verständigung (§ 257 c StPO) weist aus, dass dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung statt – wie angeklagt – Brandstiftung mit Todesfolge zugesagt wurde. Der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft stimmten dem zu, der Angeklagte legte hierauf ein Geständnis ab und wurde wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe aus dem zugesagten Verständigungsstrafrahmen verurteilt.

aa) Die Strafkammer hat gegen § 257 c II 3 StPO verstoßen. Was Gegenstand einer Verständigung sein kann, regelt § 257 c II StPO. Hiernach kommen als Leistungen des Gerichts nur Rechtsfolgen in Betracht, die Gegenstand des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, und sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrunde liegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten.<sup>15</sup> Der Schuldspruch ist nach § 257 c II 3 StPO kraft Gesetzes jeglicher Disposition entzogen.

bb) Dieser Rechtsfehler wird durch die Sitzungsniederschrift bewiesen. Sie gibt – als wesentliche Förmlichkeit (§ 274 StPO) – den Verständigungsvorschlag des Gerichts und die getroffene Verständigung wieder (§ 273 I a 1 StPO).

cc) Das Urteil beruht auch auf diesem Rechtsfehler (§ 337 StPO). Der Angeklagte hat entsprechend der erfolgten Verständigung ein Geständnis abgelegt und ist wegen der rechtsfehlerhaft durch das Gericht zugesagten Straftat schuldig gesprochen worden.<sup>16</sup>

dd) Folgefragen: Hieran anschließend kann in der Klausur – als eigenständiger Verfahrensfehler – diskutiert werden, ob das Geständnis weiter einem Beweisverwertungsverbot unterfällt. Zwar kann ein solches nicht schon aus § 257 c IV 3 StPO hergeleitet werden; die Vorschrift erfasst ausdrücklich nur die dort geregelte Konstellation einer aufgelösten Verständigung (§ 257 c IV 1 StPO).<sup>17</sup> In Betracht kommt insoweit aber eine Verletzung des § 136 a I 3 StPO durch das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils.<sup>18</sup> Dies kann unter Berücksichtigung der im Sachverhalt angelegten Umstände des Einzelfalls diskutiert werden.

**b) Fall 2 (Zusage einer Punktstrafe<sup>19</sup>)**

Die durch die Sitzungsniederschrift dokumentierte Verständigung (§ 257 c StPO) weist aus, dass dem Angeklagten für

den Fall eines Geständnisses die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten – ausgesetzt zur Bewährung (§ 56 I StGB) – zugesagt wurde. Der Angeklagte legte hierauf ein Geständnis ab und wurde zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt.

aa) Die Strafkammer hat gegen das – aus § 257 II 2 StPO herzuleitende – gesetzliche Gebot verstoßen, bei einer Verständigung eine Strafober- und Untergrenze mitzuteilen und sich nicht auf die Angabe einer „Punktstrafe“ zu beschränken.

bb) Dieser Rechtsfehler wird durch die Sitzungsniederschrift bewiesen. Sie gibt – als wesentliche Förmlichkeit (§ 274 StPO) – den Verständigungsvorschlag des Gerichts wieder (§ 273 I a 1 StPO).

cc) Das Urteil beruht auch auf diesem Rechtsfehler (§ 337 StPO). Der Angeklagte hat entsprechend der erfolgten Verständigung ein Geständnis abgelehnt und ist wegen der rechtsfehlerhaft durch das Gericht zugesagten Straftat schuldig gesprochen worden.<sup>20</sup>

**c) Fall 3 (nicht bekanntgegebene Rechtsfolge verhängt<sup>21</sup>)**

Die durch die Sitzungsniederschrift dokumentierte Verständigung (§ 257 c StPO) weist aus, dass dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten – ausgesetzt zur Bewährung (§ 56 I StGB) – zugesagt wurde. Der Angeklagte legte hierauf ein Geständnis ab und wurde zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt. Überdies verkündete das Gericht einen Beschluss nach § 268 a I StPO; dem Angeklagten wurde hiermit nach § 56 II Nr. 1 StGB auferlegt, den Schaden in Höhe von 5.000 EUR wieder gutzumachen.

Bei der Strafaussetzung zur Bewährung ist grundsätzlich zwischen **Auflagen** (§ 56 b StGB) und **Weisungen** (§ 56 c StGB) zu unterscheiden. Auflagen dienen gem. § 56 b I 1 StGB der Genugtuung für das begangene Unrecht und stellen damit eine strafähnliche Sanktion dar.<sup>22</sup> Weisungen dienen der Hilfestellung des Verurteilten, um keine Straftaten mehr zu begehen. Sie haben keinen strafähnlichen Charakter.

aa) Die Strafkammer hat gegen ihre – aus § 257 c II 2 StPO und dem Gebot fairen Verfahrens (Art. 6 I EMRK) herzuleitende – Pflicht verstoßen, den Angeklagten vor der Verständigung über eine zur Bewährung auszusetzende Freiheitsstrafe auf konkret in Betracht kommende Bewährungsaufgabe hinzuweisen.<sup>23</sup> Nur auf diese Weise wird der Angeklagte vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung informiert und in die Lage versetzt, vor dem Hintergrund der ihm konkret mitgeteilten Rechtsfolgenerwartung auto-

13 Zu den – weniger klausurrelevanten – sachlich-rechtlichen Beanstandungen s. die nachstehenden Ausführungen zur Urteilschlussur (III.).

14 Hierzu im Einzelnen *Becker* JA 2017, 641 (643).

15 Vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 8 ff., 16.

16 Vgl. zur Beruhensprüfung BGH NStZ-RR 2015, 379 (380).

17 Vgl. BGH NJW 2011, 1526.

18 Vgl. zu ähnlichen Konstellationen etwa BGH NZWiSt 2013, 394; NStZ 2018, 419.

19 Vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 11; ferner zu den sachlich-rechtlichen Konsequenzen einer vereinbarten und zudem aus den schriftlichen Urteilsgründen erkennbaren „Punktstrafe“ etwa BGH NStZ-RR 2015, 379 (380); NStZ 2011, 648.

20 Vgl. zur Beruhensprüfung BGH NStZ-RR 2015, 379 (380).

21 Vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 12.

22 BGHSt 59, 172 (174) = NJW 2014, 1831.

23 BGHSt 59, 172 (173) = NJW 2014, 1831.

nom über sein Schweigerecht zu disponieren. Bewährungsauflagen dienen – anders als Bewährungsweisungen (§ 56 c StGB) – der Verwirklichung der Genugtuungsfunktionen des Strafers und sind mithin selbst Bestandteil der Rechtsfolgenabklärung. Dem hat die Strafkammer hier nicht entsprochen.

**bb)** Dieser Rechtsfehler wird durch die Sitzungsniederschrift bewiesen. In ihr ist – als wesentliche Förmlichkeit (§ 274 StPO) – der Verständigungsvorschlag des Gerichts wiedergegeben. Dieser enthält ebenso wenig wie das Hauptverhandlungsprotokoll im Übrigen einen Hinweis auf eine Information des Angeklagten über die beabsichtigte verständigungs-basierte Erteilung einer Bewährungsauflage.

**cc)** Das Urteil beruht auch auf diesem Rechtsfehler (§ 337 StPO). Das Revisionsgericht wird hier nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen können, dass der Angeklagte von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hätte, wenn er vor dem Zustandekommen der Verständigung darauf hingewiesen worden wäre, dass zur Genugtuung für das begangene Unrecht die Erteilung einer Bewährungsauflage in Betracht kommt und dass in diesem Fall das Urteil anders ausgefallen wäre.

## 2. Verständigungsverfahren

Gegenstand von Examensklausuren können ferner Fragen des Verständigungsverfahrens sein, namentlich betreffend § 257 c V StPO sowie § 243 IV StPO. Hierzu drei Beispiele:

### a) Fall 1 (Belehrung<sup>24</sup>)

Der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft stimmen einem gerichtlichen Verständigungsvorschlag zu. Im Anschluss hieran wird der Angeklagte durch den Strafkammervorsitzenden nach § 257 c V StPO belehrt.

**aa)** Die Strafkammer hat damit gegen § 257 c V StPO verstoßen. Der Angeklagte ist hiernach über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Verständigungsergebnis zu belehren.<sup>25</sup> Die Belehrung soll die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten im Verständigungskontext schützen, da dieser sich möglicherweise durch einen milden Verständigungsstrafrahmen einer besonderen „Anreiz- und Verlockungssituation“ ausgesetzt sieht. Um im Zuge eines fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) umfassend informiert über die rechtlichen Konsequenzen einer Zustimmung zu einem gerichtlichen Verständigungsvorschlag entscheiden zu können, ist der Angeklagte schon vor dem Zustandekommen der Verständigung eben auch über deren nur eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht nach § 257 c IV StPO zu belehren.<sup>26</sup> Daran fehlt es hier.

**bb)** Dieser Rechtsfehler wird durch die Sitzungsniederschrift bewiesen. Durch diese wird – als wesentliche Förmlichkeit (§ 274 StPO) – belegt, dass der Angeklagte erst nach Abgabe seiner Zustimmungserklärung belehrt wurde (§ 273 I a 2 StPO).

**cc)** Das Urteil beruht auch auf diesem Rechtsfehler (§ 337 StPO).<sup>27</sup> Das Revisionsgericht wird – eingedenk des verfassungsgerichtlichen Quasi-Beruhenszusammenhangs<sup>28</sup> – das Beruhen nicht ausschließen können. Namentlich liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass dem Angeklagten die rechtlichen Maßgaben des § 257 c IV StPO bekannt waren oder dass er auch bei ordnungsgemäßer Belehrung ein Geständnis abgelegt hätte.<sup>29</sup>

### b) Fall 2 (Mitteilungspflichten 1)

Die StrafrichterIn telefonierte nach Eröffnung des Verfahrens mit dem Verteidiger, um einen Termin für die Hauptverhandlung abzustimmen. Hierbei fragte sie auch danach, ob der Angeklagte ein Geständnis ablegen werde. Das Geständnis sei bekanntermaßen von Bedeutung für die Strafzumessung und für die Frage einer etwaigen Strafaussetzung zur Bewährung. Der Verteidiger stellte hierauf kein Geständnis seines Mandanten in Aussicht. Das Hauptverhandlungsprotokoll schweigt zu der Frage, ob eine Mitteilung nach § 243 IV 1 StPO erfolgt ist.

**aa)** Die Strafkammer könnte gegen § 243 IV 1 StPO verstoßen haben. Hiernach hat der Vorsitzende – nach Verlesung des Anklagesatzes und vor Belehrung des Angeklagten über seine Aussagefreiheit (§ 243 VI StPO)<sup>30</sup> – mitzuteilen, ob Erörterungen nach den §§ 202 a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist (§ 257 c StPO). Hierdurch sollen sämtliche Verfahrensbeteiligte, insbesondere der Angeklagte, frühzeitig von den Verständigungsbemühungen des Gerichts aus dem Zwischenverfahren (vgl. § 202 a StPO) oder aus dem Hauptverfahren vor Beginn der Hauptverhandlung (vgl. § 212 StPO) informiert werden, um auf diesem Wege Wissensgleichstand und Transparenz über Form und Inhalt der angestrebten Verfahrenserledigung herzustellen.<sup>31</sup> Um die gesetzliche Rechtsfolge einer Mitteilungspflicht für den Vorsitzenden des Gerichts auszulösen, bedarf es indes verständigungsbezogener Erörterungen. Maßgeblich ist insoweit ein Austausch zwischen Gericht und jedenfalls einem Verfahrensbeteiligten über einen gesetzlichen Verständigungsgegenstand, etwa die mit dem Urteil zu verhängende Rechtsfolge.<sup>32</sup> Mit Blick auf den diskursiven Charakter von Erörterungen reicht indes die Frage, ob der Angeklagte ein Geständnis ablegen wird, allein noch nicht aus. Die StrafrichterIn musste daher über den Inhalt des Telefonats in der öffentlichen Hauptverhandlung nicht berichten.

**bb)** Die StrafrichterIn könnte allerdings gegen § 243 IV 1 StPO verstoßen haben, indem sie in der Hauptverhandlung nicht mitgeteilt hat, dass es **keine** verständigungsbezogenen Erörterungen vor Beginn der Hauptverhandlung gegeben hat. (1) Anerkannt ist nämlich, dass es auch die Pflicht zu einer sog. „**Negativmitteilung**“ gibt.<sup>33</sup> Hinweise auf eine solche „Negativmitteilung“ sind dem Protokoll hier nicht zu entnehmen.

(2) Allein aus dem Schweigen des Protokolls hierzu wird indes nicht bewiesen, dass es verständigungsbezogene Erörterungen gegeben hat. Dies ist durch das Revisionsgericht – auf einen entsprechenden substantiierten rügebegründenden Vortrag des Beschwerdeführers (§ 344 II 2 StPO) – im Freibeweisverfahren zu klären.<sup>34</sup> In der Klausur werden – etwa in einem Anwaltsschriftsatz – daher im Einzelfall entsprechende

24 Vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 30 ff.

25 BVerfGE 133, 168 (224) Rn. 99 = NJW 2013, 1058.

26 Vgl. jüngst BGH NStZ 2019, 169.

27 Vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 32 c.

28 Vgl. hierzu etwa Becker JA 2017, 641 (646).

29 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 257 c Rn. 32 c mwN; ferner BGH NStZ-RR 2019, 57.

30 Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 243 Rn. 18 e mwN.

31 Vgl. BVerfGE 133, 168 (215) Rn. 82 = NJW 2013, 1058; BVerfGE NStZ 2015, 170 (171).

32 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 243 Rn. 18 a mwN.

33 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 243 Rn. 18 b mwN.

34 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 243 Rn. 18 b.

Hinweise über verständigungsbezogene Gespräche mitgeteilt werden müssen. Weil ein Beruhen des Urteils auf dem rechtsfehlerhaften Unterlassen der Negativmitteilungspflicht nach § 243 IV 1 StPO aber ausgeschlossen werden kann,<sup>35</sup> wenn zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei verständigungsorientierte Gespräche gegeben hat,<sup>36</sup> wird ausnahmsweise ein entsprechender Rügevortrag für die Beruhensprüfung gefordert.<sup>37</sup> Im vorgenannten Beispielsfall gibt es hierfür indes keinen Anhalt, sodass eine entsprechende Rüge auf Verletzung der „Negativmitteilungspflicht“ nicht mit Aussicht auf Erfolg wird erhoben werden können.

**c) Fall 3 (Mitteilungspflichten 2)**

Die Strafkammer unterließ ausweislich der Sitzungsniederschrift eine Mitteilung über – rechtlich auch dieserart zu qualifizierende – verständigungsbezogene Erörterungen mit dem Verteidiger vor Beginn der Hauptverhandlung (§ 202 a S. 1, § 212 StPO). Im Laufe der Hauptverhandlung teilte der Verteidiger mit, dass er den Angeklagten entsprechend informiert habe. Eine Verständigung kommt nicht zustande.

Die Strafkammer unterließ ausweislich der Sitzungsniederschrift eine Mitteilung über – rechtlich auch dieserart zu qualifizierende – verständigungsbezogene Erörterungen mit dem Verteidiger vor Beginn der Hauptverhandlung (§ 202 a S. 1, § 212 StPO). Im Laufe der Hauptverhandlung teilte der Verteidiger mit, dass er den Angeklagten entsprechend informiert habe. Eine Verständigung kommt nicht zustande.

aa) Die Strafkammer hat hier gegen § 243 IV 1 StPO verstoßen (s. oben). Sie hat weder über das Ob noch den Inhalt der vor Beginn der Hauptverhandlung erfolgten verständigungsbezogenen Erörterungen eine Mitteilung gemacht. Dies ist auch im Lichte der Anwesenheit des Verteidigers bei der Erörterung und der Information des Angeklagten durch diesen rechtlich nicht anders zu bewerten. Diese kann die Mitteilung des Vorsitzenden nicht ersetzen. Das Gesetz will die Transparenz der Gespräche, die außerhalb der Hauptverhandlung geführt werden, durch die Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts in der Verhandlung für die Öffentlichkeit und alle Verfahrensbeteiligten, insbesondere aber für den Angeklagten herbeiführen. Insbesondere soll dem Angeklagten eine eigenverantwortliche Entscheidung ermöglicht werden, wie er sein eigenes Verteidigungsverhalten einrichtet. Deshalb dienen die Transparenzvorschriften des Verständigungsgesetzes gerade dem Schutz der Grundrechte des von einer Verständigung betroffenen Angeklagten vor einem „im Geheimen sich vollziehenden ‚Schulterschluss‘ zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung“.<sup>38</sup> Vor diesem Hintergrund kommt der Informationspflicht durch den Vorsitzenden auch die Funktion zu, den Angeklagten vor einer fehlerhaften Beratung durch seinen Verteidiger zu schützen.<sup>39</sup>

bb) Der Verfahrensfehler wird durch das Protokoll bewiesen (§ 273 I a 2, § 274 StPO). Überdies ist dem Angeklagten hier die konkrete Behauptung möglich, dass und mit welchem – in der Klausur näher mitgeteilten – Inhalt die Erörterungen stattgefunden haben.

cc) Die Erhebung eines Zwischenrechtsbehelfs (§ 238 II StPO) zum Rügeerhalt ist nicht erforderlich.<sup>40</sup>

dd) Das Urteil beruht auch auf dem Verfahrensmangel (§ 337 StPO). Zwar hat das Verständigungsgesetz davon abgesehen, den Verstoß gegen § 243 IV 1 StPO den absoluten Revisions-

gründen zuzuordnen. Nur in besonderen Ausnahmefällen ist aber ein Beruhen auszuschließen. Dies gilt selbst dann, wenn – wie hier – im Ergebnis eine Verständigung nicht zustande kommt, weil auch in einem solchen Fall nicht auszuschließen ist, dass das Prozessverhalten des Angekl. durch die vorangegangenen Verständigungsgespräche beeinflusst wurde. Ein solcher das Beruhen ausschließender Ausnahmefall liegt hier jedoch nicht vor. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Verteidiger den Angeklagten über den Ablauf und den Inhalt außerhalb der Hauptverhandlung geführter Gespräche unterrichtet und so ein etwaiges Informationsdefizit seines Mandanten ausgeglichen hat oder ob dies möglich gewesen wäre. Für die Entscheidung des Angeklagten, die meist mit der Frage nach einem Geständnis in der Hauptverhandlung verbunden wird, ist es von besonderer Bedeutung, ob er über die Einzelheiten der in seiner Abwesenheit geführten Gespräche nur zusammenfassend und in nicht dokumentierter Weise von seinem Verteidiger nach dessen Wahrnehmung und Verständnis informiert wird, oder ob ihn das Gericht unter Dokumentation seiner Mitteilungen im Protokoll der Hauptverhandlung unterrichtet.<sup>41</sup>

**III. Verständigungsrecht als Teil der Urteilschlussur**

Für die Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe und damit auch für die sog. Urteilschlussur im Assessorexamen haben die mit dem Recht der Verständigung verbundenen Fragen – nahezu<sup>42</sup> – keine Bedeutung. Es gelten insoweit grundsätzlich keine Besonderheiten. Sofern in den Klausursachverhalten durch die Sitzungsniederschrift eine Verständigung dokumentiert ist und auch dem Urteil zugrunde liegt, bietet sich folgendes Vorgehen an:

**1. Das Positivattest (§ 267 III 5 StPO)**

Eingangs der schriftlichen Urteilsgründe – naheliegend vor dem Abschnitt I – ist nach § 267 III 5 StPO der Hinweis anzubringen: „Dem Urteil ist eine Verständigung vorausgegangen.“

**2. Besonderheiten der Beweiswürdigung**

Im Übrigen dürfte in diesen Klausurkonstellationen nur der Abschnitt über die Beweiswürdigung von den verständigungsspezifischen Fragen betroffen sein.<sup>43</sup> Hier – wie auch sonst bei diesem Klausurtyp<sup>44</sup> – ist weniger relevant, ob hinsichtlich eines Geständnisses ein verständigungsspezifisches Verwertungsverbot bestand. Bedeutsam wird die Tatsache einer Verständigung vielmehr bei der **Würdigung der Glaubhaftigkeit** des verständigungs-basiert abgelegten Geständnisses.<sup>45</sup>

35 Vgl. BVerfG NStZ 2014, 592.  
 36 Vgl. Meyer-Gößner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 243 Rn. 38 b; ferner BVerfGE 133, 168 (238) Rn. 127 = NJW 2013, 1058.  
 37 Vgl. etwa BGH NJW 2013, 3045; NStZ 2014, 419; NJW 2015, 266.  
 38 BVerfG NStZ 2014, 528 (529); BGHSt 59, 252 (258) Rn. 18 = NJW 2014, 2514.  
 39 BGHSt 59, 252 (258) Rn. 18 = NJW 2014, 2514.  
 40 BGHSt 59, 252 (258) Rn. 18 = NJW 2014, 2514.  
 41 BGHSt 59, 252 (259) Rn. 19 = NJW 2014, 2514.  
 42 Vgl. im Einzelnen MüKoStPO/Wenske, 2016, § 267 Rn. 283 ff.  
 43 Die Urteilsfeststellungen zur Sache und damit die Grundlage für den Schuldspruch soll durch die Bearbeiter – als regelmäßiger Schwerpunkt der Klausur – gerade selbstständig gelöst werden.  
 44 Verfahrensfehler sind hier regelmäßig nur relevant, soweit sie bereits im Ermittlungsverfahren der Strafverfolgungsbehörden unterlaufen sind und sich – vermittelt durch § 261 StPO – in der Hauptverhandlung als Beweisverwertungsverbot auswirken, vgl. Bischoff/Braam JuS 2017, 1203 (1206); Bischoff/Kosmeier JuS 2015, 59 (63).  
 45 Vgl. Georgy/Kretschmer/Lorenz JA 2013, 623 (626 f.).

**a) „Schlankes oder qualifiziertes Geständnis“**

Als Klausurproblem kann sich namentlich erweisen, dass der Angeklagte die Tatvorwürfe der Anklageschrift pauschal einräumt, aber keine weiteren Angaben zur Sache macht. Hierfür gilt – auch im Verständigungskontext – Folgendes: Die Anforderungen an den Umfang der im Urteil darzulegenden Beweiswürdigung stehen in unmittelbarer Wechselbeziehung zur Qualität des Geständnisses einerseits und zur Komplexität des Tatvorwurfs andererseits. Liegt die Tat länger zurück und erweist sich das angeklagte Tatgeschehen als komplex, drängt es sich oftmals auf, dass sich ein Angeklagter nicht ohne Weiteres an sämtliche Details erinnern kann. Als Faustformel mag gelten: Je detaillierter ein Geständnis des Angeklagten, desto geringer sind – korrespondierend mit den verfahrensrechtlichen Anforderungen nach § 244 II StPO – die sachlich-rechtlichen Darlegungsanforderungen für die erfolgte Richtigkeitsprüfung in der Hauptverhandlung. Dies gilt insbesondere, wenn der Angeklagte bereit und in der Lage war, gerichtliche Nachfragen zu beantworten. Hingegen verlangt ein abgelegtes Formalgeständnis eines Angeklagten – etwa das bloße „Abnicken“ des Anklagevorwurfs – erheblich mehr an Darlegungsaufwand; ein solches Geständnis ist namentlich vor dem Hintergrund der übrigen bestimmenden Beweistatsachen und Beweiszeichen zu würdigen. Freilich ist das Gericht nicht daran gehindert, auch einem solchen Geständnis Glauben zu schenken und seine Feststellungen darauf zu gründen (§ 261 StPO), denn auch für die Bewertung eines Geständnisses gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Allerdings hat es in den Urteilsgründen in diesen Fällen regelmäßig näher darzulegen, wie sich dieses Geständnis in eine Gesamtwürdigung der übrigen erhobenen Beweisen einfügt.<sup>46</sup>

**b) „Vertrag zulasten Dritter“**

Beruhet die Verurteilung auf der Aussage eines Mitangeklagten oder aber eines Zeugen, dessen Strafverfahren wegen der nämlichen Tatvorwürfe im Wege einer Verständigung been-

det wurde, sind sowohl eine insoweit getroffene gerichtliche Verständigung als auch offen zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung geführte „Verständigungsgespräche“ erkennbar in die tatgerichtliche Beweiswürdigung einzubeziehen.<sup>47</sup> Sodann sind solche belastenden Angaben besonders kritisch auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu überprüfen und ausdrücklich zu erörtern, ob die belastende Aussage durch ein Falschbelastungsmotiv – etwa für ein möglicherweise falsches Geständnis eine möglichst mildere Strafe zu erreichen – geprägt und motiviert ist; dies ist in den Urteilsgründen darzustellen und – gegebenenfalls unter Rückgriff auf weitere Beweismittel – plausibel zu machen.<sup>48</sup>

**C. BEWERTUNG UND AUSBLICK**

Referendare haben auch gegenwärtig im Assessorexamen im Strafrecht gewiss nicht jede dargestellte Verästelung der Verständigungspraxis zu kennen. Die hier exemplarisch aufgezeigten überschaubaren Probleme sind indes strukturiert und mit erkennbarem Problembewusstsein in der Klausur und der mündlichen Prüfung zu diskutieren. Das Recht der strafprozessualen Verständigung wird absehbar in der Ausbildung und der Praxis weiter von Bedeutung sein. Gegenwärtig untersucht ein Forschungsverbund im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) – als Folge der eingangs erwähnten, vom BVerfG begründeten gesetzgeberischen „Produktbeobachtungspflicht“ – die forensische Praxis empirisch. Der Befund wird Grundlage für die Beurteilung sein, ob an der geltenden Rechtslage festgehalten werden kann, ob ein weiteres gesetzgeberisches Handeln erforderlich ist oder ob sich „ein Handeln mit der Gerechtigkeit“ schlicht als nicht regelungsfähig erweist und daher zu verbieten ist.

<sup>46</sup> MüKoStPO/Wenske, 2016, § 267 Rn. 188.

<sup>47</sup> BGH NSStZ 2013, 353 = StV 2012, 649; ferner KK-StPO/Moldenbauer/Wenske, 8. Aufl. 2019, § 257 c Rn. 64 d.

<sup>48</sup> Vgl. MüKoStPO/Wenske, 2016, § 267 Rn. 202.