

CHRISTOPH HENCKEL

Faires
Verständigungsverfahren
durch Transparenz

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht
22*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 22



Christoph Henckel

Faires Verständigungsverfahren durch Transparenz

Mitteilungs- und Dokumentationspflichten
im Rahmen der strafprozessualen Verständigung

Mohr Siebeck

Christoph Henckel, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School, Hamburg und am Georgetown University Law Center, Washington DC; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht der Bucerius Law School, Hamburg; 2018 Promotion; seit 2016 Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht.

ISBN 978-3-16-156092-7 / eISBN 978-3-16-156093-4

DOI 10.1628/978-3-16-156093-4

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaften im Herbsttrimester 2017 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 19. Januar 2018 statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Stand von Januar 2017 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Karsten Gaede, der die Erstellung dieser Arbeit mit viel Engagement begleitet hat und stets ein offenes Ohr für meine Anliegen hatte, bin ich zu großem Dank verbunden. Die spannende und erkenntnisreiche Zeit an seinem Lehrstuhl wird mir in bester Erinnerung bleiben.

Herrn Professor Dr. Thomas Rönnau danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Dass diese Arbeit den Roxin-Preis der Bucerius Law School für die beste wirtschaftsstrafrechtliche Dissertation 2018 verliehen bekommen hat, ist mir eine besondere Ehre. Für die damit verbundene Wertschätzung bedanke ich mich herzlich bei Herrn Dr. Oliver Sahan und der Kanzlei Roxin LLP. Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung bin ich für die freundliche Gewährung des Druckkostenzuschusses dankbar.

Gedankt sei zudem meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl Strafrecht II der Bucerius Law School. Die gemeinsame Zeit mit ihnen hat diese Arbeit und mein Leben vielfältig bereichert. Bei Britta bedanke ich mich für die Durchsicht des Manuskripts sowie zahlreiche hilfreiche Anmerkungen.

Meiner Freundin Katja danke ich ganz besonders für ihren stetigen Rückhalt und die nötige Ablenkung.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, die mir auf meinem Weg stets liebevoll und vorbehaltlos zur Seite gestanden haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Mai 2018

Christoph Henckel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
1. Kapitel: Einleitung	1
<i>A. Transparenz – Voraussetzung für die Zulässigkeit von Absprachen?</i>	1
<i>B. Vom Hinterzimmer-Deal zum einheitlichen Schutzkonzept: Transparenz in der historischen Entwicklung der Absprache</i>	3
I. Die fehlende Öffentlichkeit der unregelmäßig abgeleiteten Verfahrensabsprache und Lösungsansätze der früheren Rechtsprechung	3
II. Die Öffentlichkeit der Verständigung nach dem Verständigungsgesetz	5
III. Die Idee eines einheitlichen Schutzkonzepts der Transparenz	6
<i>C. Vorüberlegungen</i>	8
I. Notwendige Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes	8
II. Verständigung und Absprache	9
III. Der Begriff der Transparenz	10
<i>D. Gang der Untersuchung</i>	11
2. Kapitel: Die Mitteilungspflichten nach § 243 Abs. 4 StPO	13
<i>A. Transparenz als Öffentlichkeit des Verfahrens?</i>	13
I. Die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts	14
II. Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens	15
III. Öffentlichkeit und Verständigungsgespräche	17
1. Öffentliche Kontrolle des Verfahrens	17
2. Die sonstigen Schutzzwecke des Öffentlichkeitsgrundsatzes	20
3. Ergebnis	20
IV. Schutz der Öffentlichkeit des Verfahrens durch § 243 Abs. 4 StPO?	22

1. Schaffung nur mittelbarer Öffentlichkeit	22
2. Weitere Grenzen einer Auslegung als Vorschrift zum Schutz der Öffentlichkeit	23
a) Ungleichbehandlung von Verständigungs- und sonstigen Vorgesprächen	24
b) Grenzen der Revisibilität	25
<i>B. Transparenz zum Schutz des Angeklagten als informiertes und eigenverantwortliches Verfahrenssubjekt</i>	<i>27</i>
I. Entwicklung einer individuellen Schutzrichtung durch den BGH	27
II. Vergleich mit Transparenzvorschriften in anderen Rechtsordnungen	28
1. Länderauswahl	28
2. USA	30
3. England und Wales	32
4. Ergebnisse	35
III. Vergleich mit Transparenz- und Informationsvorschriften in der StPO und anderen Verfahrensordnungen	37
1. Kriterien für eine Transparenz- oder Informationspflicht	37
2. Transparenz- und Informationspflichten im Strafverfahren	38
a) § 265 StPO und vergleichbare Hinweispflichten bei Veränderungen während der Hauptverhandlung	38
b) § 247 Satz 4 StPO, § 231a Abs. 2 StPO und § 51 Abs. 1 Satz 2 JGG	41
3. Transparenz- und Informationspflichten in anderen Verfahrensordnungen	43
a) Im Zivilverfahren: §§ 139, 279 Abs. 3 ZPO	43
b) Im Verwaltungsgerichtsverfahren: § 86 Abs. 3 VwGO	46
c) Im Verwaltungsverfahren: § 25 VwVfG	47
4. Ergebnisse	49
IV. Transparenz als Bestandteil des Rechts auf ein faires (Verständigungs-)Verfahren	52
1. Die Herleitung eines Rechts auf ein faires Verfahren aus Grundgesetz und EMRK	53
2. Die informierte Teilhabe des Angeklagten als Grundvoraussetzung eines fairen Verfahrens	55
a) Anforderungen an die Verfahrensstellung des Angeklagten	56
b) Wissen als Grundlage effektiver Teilhabe	56
c) Staatliche Handlungspflichten	59
3. Faires Verfahren und Absprachegespräche	62
a) Der Ausschluss des Angeklagten als Eingriff in seine Teilhaberechte	62
aa) Absprachegesprächen als Grundlage des Verfahrensergebnisses	63
bb) Absprachegespräche als Grundlage des Abspracheangebots	65

cc) Die Auswirkungen von Absprachegesprächen für den weiteren Verlauf der Hauptverhandlung	69
b) Staatliche Transparenzpflichten als Schutz der autonomen Entscheidung des Angeklagten	70
aa) § 243 Abs. 4 StPO als Transparenzpflicht	70
bb) Alternativer Lösungsweg der Verteidigerinformation?	72
cc) Kein Schutz des Anspruchs auf rechtliches Gehör	76
4. Zwischenergebnis	77
V. Verhältnis zum Schutz des Öffentlichkeitsgrundsatzes	78
<i>C. Erste Überlegungen zur Transparenz als Garant einer fairen Verständigung</i>	80
I. Absprache als Verzicht auf Verfahrensrechte	81
1. Die Absprache in der Rechtsprechung des EGMR	81
2. Voraussetzungen eines wirksamen Verzichts auf Verfahrensrechte	83
II. § 243 Abs. 4 StPO als Schutzmechanismus	87
<i>D. Ergebnis</i>	89
3. Kapitel: Die Protokollierungspflichten nach § 273 StPO	91
<i>A. Verbesserte Überprüfbarkeit durch verstärkte Protokollierung</i>	92
I. Umfang der verbesserten Überprüfbarkeit	92
1. Die Bedeutung des Protokolls für die Überprüfung von Urteilen und seine Grenzen im Verfahren ohne Verständigung	92
2. Urteilskontrolle anhand des Protokolls im Falle einer Verständigung	94
II. Die Verfahrensfairness als Grund für eine verbesserte Überprüfbarkeit	98
1. Die richterliche Kontrolle von Absprachen als Garant für die Freiwilligkeit in ausländischen Abspracheordnungen	98
2. Richterliche Kontrolle von Absprachen in der Rechtsprechung des EGMR als Teil eines fairen Abspracheverfahrens	102
3. Die Erforderlichkeit einer effektiven Kontrolle durch das Revisionsgericht für die Verständigung nach deutschem Recht	106
4. Ergebnis	109
<i>B. Unmittelbarer Schutz des Angeklagten durch Dokumentation?</i>	109
I. Verfahrensdokumentation zur Disziplinierung der Verfahrensleitung	110
II. § 273 Abs. 1a StPO als Schutz gegen informelle Absprachen?	113
<i>C. Ergebnis</i>	116

4. Kapitel: Transparenz als verfassungsrechtliches Schutzkonzept	119
<i>A. Dogmatische Anknüpfungsmöglichkeiten für ein Schutzkonzept der Transparenz</i>	
I. Ansatz des Bundesverfassungsgerichts	120
1. Der Wille des Gesetzgebers als verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt	120
2. Die Regelungskonzeption des Gesetzgebers als Begründung für einen notwendigen Schutz durch Transparenz?	124
II. Anknüpfung an das Recht auf ein faires Verfahren	127
<i>B. Überzeugender Schutz durch ganzheitlichen Regelungskomplex?</i>	131
I. Schutz der freiwilligen Verzichtentscheidung des Angeklagten	132
1. Transparenz zum Schutz der informierten Entscheidung des Angeklagten	133
a) Kenntnis des gesamten Verfahrens als Grundlage der informierten Verzichtentscheidung	133
b) Die Mitteilungspflicht als ausreichender Ersatz der Anwesenheit	134
2. Transparenz als Schutz des Angeklagten vor äußerem Zwang	140
a) Ausreichende Faktengrundlage für eine Verfahrenskontrolle durch §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1, 1a StPO	141
aa) Problematische Mittlerstellung des Richters	141
bb) Einschränkung der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten durch den nemo-tenetur-Grundsatz?	144
cc) Rechtliche Grenzen der umfassenden Rekonstruktion von Verständigungsgesprächen im Revisionsverfahren	145
b) Verfahrenskontrolle als ausreichender Schutz vor äußerem Zwang	146
aa) Systematische Grenzen der revisionsrechtlichen Kontrolle	146
bb) Effektivitätsgrenzen öffentlicher Kontrolle	151
II. Unzureichender Schutz aufgrund eines strukturellen Vollzugsdefizits?	152
1. Defizitärer Gesetzesvollzug als Problem eines effektiven Schutzmechanismus	152
2. Ausreichende Schutz vor einer Nichtbeachtung der §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1, 1a StPO durch das Verständigungsgesetz	155
<i>C. Transparenz als Beitrag zur Vereinbarkeit von Absprachen und Verfassung?</i>	159
<i>D. Transparenz des Verständigungsverfahrens bei gescheiterter Verständigung?</i>	162
<i>E. Zusammenfassung</i>	164

5. Kapitel: Folgen für die Auslegung, Anwendung und die Revision	167
<i>A. § 243 Abs. 4 StPO: Anlass, Inhalt und Umfang der Mitteilungspflicht</i>	167
I. Wann besteht eine Mitteilungspflicht?	167
1. Anlässe der Mitteilungspflicht	167
a) Beteiligte	167
aa) Gericht	167
bb) Sonstige Beteiligte	170
cc) Mitteilungspflicht auch bei Gesprächen ohne das Gericht?	171
b) Relevante Erörterungsinhalte: Die Möglichkeit einer Verständigung	173
aa) Verzichtbezogener Begriff des Verständigungs- gesprächs	174
bb) Auseinandersetzung mit anderen Ansätzen	176
c) Pflicht zur Negativmitteilung	179
2. Zeitpunkt der Mitteilung	182
3. Sonderfälle	184
a) Mitteilungspflicht bei Verständigungsgesprächen in der Hauptverhandlung?	184
b) Ausdehnung der Mitteilungspflicht auf andere Verfahren und Verfahrensabschnitte?	185
II. Inhalt und Umfang der erforderlichen Mitteilung	189
1. Der „wesentliche Inhalt“ des Verständigungsgesprächs	189
2. Unterschiede bei erfolgreicher und gescheiterter Verständigung?	192
III. Zusammenfassung	194
<i>B. § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO: Das Negativattest</i>	195
I. Disziplinierungsfunktion des Negativattests	196
II. Beweisfunktion des Negativattests	197
1. Das Negativattest als Beweis informeller Absprachen?	197
2. Die erleichterte Beweisführung in der Revision bei fehlendem Negativattest	198
III. Zusammenfassung	200
<i>C. Der Verstoß gegen Mitteilungs- und Dokumentationspflichten in der Revision</i>	201
I. Kein absoluter Revisionsgrund bei Verstoß gegen Mitteilungs- und Dokumentationspflichten	201
1. § 338 Nr. 5 StPO	202
2. § 338 Nr. 6 StPO	203
II. Das Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen Mitteilungs- und Protokollierungspflichten	204

1. Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts und von Teilen des BGH	204
2. Kritik	207
a) Der relevante Gesetzesverstoß für das Beruhen: Zulässiger Schluss vom Verstoß gegen die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten auf eine rechtswidrige Absprache?	208
aa) Unvereinbarkeit der Annahmen von Bundesverfassungsgericht und BGH mit der bisherigen Rechtslage	209
bb) Gründe für die Aufgabe der notwendigen Individualisierung des Revisionsgrundes durch die Rechtsprechung	209
cc) Keine Notwendigkeit der Aufgabe der bestehenden Revisionsdogmatik	210
b) Neudefinition des Beruhens	213
3. Das Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen den Schutzmechanismus der Transparenz	217
a) Das Beruhen auf einem Verstoß bei einer Verständigung	218
b) Das Beruhen auf einem Verstoß bei fehlender Verständigung	220
aa) § 243 Abs. 4 StPO	220
(1) Allgemein	220
(2) Anderweitige Information des Angeklagten oder Ausschluss der Änderung des Aussageverhaltens	221
(3) Gespräche allein mit Mitangeklagten	224
(4) Unterlassene Negativmitteilung?	226
bb) § 273 Abs. 1, 1a StPO	227
c) Ergebnis	229
III. Anforderungen an die Revisionsbegründung	229
1. Erforderlicher Vortrag zum Rechtsfehler	230
a) § 243 Abs. 4 StPO	230
b) § 273 Abs. 1, 1a StPO	232
2. Erforderlicher Vortrag zum Beruhen?	233
IV. Ergebnis	235
6. Kapitel: Zusammenfassung und Ausblick	237
Literaturverzeichnis	243
Stichwortverzeichnis	257

1. Kapitel

Einleitung

A. Transparenz – Voraussetzung für die Zulässigkeit von Absprachen?

„Alle auf das Recht anderer Menschen bezogenen Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht“, heißt es bereits in *Immanuel Kants* Schrift „Zum ewigen Frieden“.¹ Entsprechend ist dem deutschen Recht die Idee nicht unbekannt, die Zulässigkeit von Verfahrensweisen und Entscheidungen von deren Transparenz abhängig zu machen oder Transparenz zu ihrer Legitimation heranzuziehen. Im Strafprozess, der besonders intensiv in die Grundrechte des Betroffenen eingreift, ist Transparenz als Verfahrensgrundsatz über den Grundsatz der Öffentlichkeit hinaus aber noch wenig untersucht worden.

Mit dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009² hat der Gesetzgeber Transparenz erstmals ausdrücklich zu einem wesentlichen Bestandteil des Strafverfahrens gemacht.³ Die gesetzliche Ausgestaltung von Absprachen im Strafverfahren umfasst unter anderem in den §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO die Verständigung flankierende Mitteilungs- und Dokumentationspflichten. Ziel ist es, Transparenz über die Entstehung einer Verständigung, insbesondere über die außerhalb der Hauptverhandlung stattfindenden Gespräche über eine Verständigung, herzustellen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Rolle dieser Vorschriften in seinem grundlegenden Urteil zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Verständigungen⁴ besonders betont: „Das Verlangen nach umfassender Transparenz [...] kennzeichnet die gesetzliche Regelung insgesamt.“⁵ Mit dieser Beschreibung des Verständigungsgesetzes bringt das Gericht zum Ausdruck, was es als einen wesentlichen

¹ *Kant*, S. 50.

² BGBl. I 2353, im Folgenden Verständigungsgesetz.

³ Vgl. BReg-E BT-Drucks. 16/12310, S. 1.

⁴ BVerfGE 133, 168.

⁵ BVerfGE 133, 168 (207, Rn. 67). Hier und im Folgenden entsprechen die bei zitierten Urteilen angegebenen Randnummern den juris-Randnummern, soweit die angegebene Fundstelle nicht selbst Randnummern aufweist.

Teil einer verfassungskonformen Absprache ansieht: ihre umfassende Transparenz. Transparenz gehöre zum Kern eines einheitlichen Regelungskonzepts der Verständigung; eine Verständigung sei nur zulässig, wenn auch die Transparenzvorschriften eingehalten würden.

Damit hat das Gericht eine Verbindung zwischen der verfassungsrechtlichen Möglichkeit von Absprachen und ihrer Transparenz hergestellt. Ist Transparenz für die Zulässigkeit einer Absprache aber tatsächlich zwingend und wo liegen die verfassungsrechtlichen Gründe dafür? Kann Transparenz sogar dazu beitragen, den Konflikt von Absprachen mit dem Gebot der Wahrheitsermittlung und der schuldangemessenen Strafe aufzuheben? Um diese vermeintlich neue Legitimation durch Transparenz zu erklären, ist es erforderlich, die Funktion und Bedeutung der §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1, 1a StPO im Rahmen der Verständigung genauer zu betrachten.

Eine vertiefte Untersuchung der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten erscheint umso dringender, wenn man die hohe Anzahl der Entscheidungen betrachtet, die der BGH allein seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf einen möglichen Verstoß gegen die §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO fällen musste. Es ist nicht abzusehen, dass die Praxis der Verfahrenserledigung durch Verständigung in den nächsten Jahren abnehmen oder gar verschwinden wird.⁶ Wenngleich Bundesverfassungsgericht und BGH die besondere Bedeutung der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten in ständiger Rechtsprechung betonen, fehlt es gleichzeitig an einer vertieften dogmatischen Einordnung und Herleitung ihrer besonderen Wichtigkeit. Die Entscheidungspraxis des BGH ist dementsprechend wenig einheitlich oder vorhersehbar. Bei der Auslegung der §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1, 1a StPO gibt es Widersprüche nicht nur zwischen den Senaten des Gerichtshofs,⁷ sondern teilweise auch Uneinlichkeiten in der Rechtsprechung einzelner Senate.⁸ Die wiederholte Aufhebung von Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht und die unverändert bestehende „Karlsruher Drohkulisse“⁹ weiterer verfassungsgerichtlicher Interventionen tun ihr übriges, zumal auch die Rechtsprechung des Bundesverfas-

⁶ Vgl. dazu die Auswertungen von *Altenhain/Dietmeier/May*, S. 28 ff.

⁷ Vgl. beispielhaft zum Umfang der Mitteilungspflicht zum einen BGHSt 58, 310 (313 f., Rn. 10), zum anderen BGHSt NStZ 2013, 722 (Rn. 5); zum Beruhen des Urteils auf einer fehlerhaften Protokollierung zum einen BGHSt 58, 310 (314, Rn. 13), zum anderen BGHSt 59, 130 (134, Rn. 13 f.); zum Beruhen auf einem Verstoß gegen § 243 Abs. 4 StPO zum einen BGHSt 60, 150 (153 ff., Rn. 17 ff.), zum anderen BGH NJW 2016, 513 (514 ff., Rn. 16 ff.).

⁸ Vgl. etwa den 2. Senat zur Mitteilungspflicht bei Gesprächen mit Mitangeklagten: Eine Drittwirkung ursprünglich wohl ablehnend BGHSt 59, 252 (259 f., Rn. 21), anders nun aber BGH NStZ 2016, 228 (229 f., Rn. 44).

⁹ *Meyer*, StV 2015, 790 (798).

sungsgerichts stellenweise nicht frei von Widersprüchen ist.¹⁰ Umso erforderlicher erscheint eine systematisierende Untersuchung der Vorschriften.

Die Unsicherheiten über die Anwendung der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten tragen schließlich dazu bei, dass die Vorbehalte gegen das Verständigungsgesetz in Praxis und auch Wissenschaft noch verstärkt werden. Auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts bleibt die gesetzliche Regelung der Verständigung umstritten. Von dieser Kritik sind die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten nicht ausgenommen. Wenn die Vorschriften in Praxis und Wissenschaft teilweise sogar für überflüssig gehalten werden, kann es nicht überraschen, dass die gesetzliche Regelung von Absprachen in der Rechtsprechung nicht durchgehend beachtet wird.¹¹ Eine rein destruktive Fundamentalopposition gegen konsensuale Verfahrensweisen kann aber angesichts der Tatsache, dass die Verständigung nunmehr gesetzlich zugelassen ist, nicht genügen. Um Akzeptanz für die Vorschriften zu schaffen und Verbesserungsmöglichkeiten *de lege lata* und *ferenda* aufzuzeigen, bedarf es einer konstruktiven Aufarbeitung und dogmatischen Erklärung der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten.¹²

B. Vom Hinterzimmer-Deal zum einheitlichen Schutzkonzept: Transparenz in der historischen Entwicklung der Absprache

I. Die fehlende Öffentlichkeit der unregelmäßig abgelaufenen Verfahrensabsprache und Lösungsansätze der früheren Rechtsprechung

Bereits früh nachdem die Praxis der Verfahrensabsprache in den öffentlichen Fokus gerückt war, wurden ihre fehlende Öffentlichkeit und Transparenz als Problem identifiziert. Absprachen wurden üblicherweise zwischen den Verfahrensbeteiligten im Hinterzimmer oder in den Sitzungspausen unter Ausschluss der Öffentlichkeit getroffen. Die Gespräche fanden dabei in aller Regel ohne den Angeklagten und die Schöffen statt;¹³ außerdem wurden weder das Ergeb-

¹⁰ Vgl. BVerfGE 133, 168 (223, Rn. 98) und BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 9. Dezember 2015 – 2 BvR 1043/15 (Rn. 11) zur Bedeutung des fehlenden Negativattestes nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO in der Revision.

¹¹ Vgl. *Sauer/Münkel*, Rn. 43; *Pfister*, *StraFo* 2016, 187.

¹² Eine rein destruktive Kritik des Verständigungsgesetzes ablehnend auch bereits *Sauer/Münkel*, Rn. 45 ff.

¹³ Meyer-Goßner/Schmitt/*Meyer-Goßner*, Einl. Rn. 119c; *Altenhain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, S. 80 f.; *Deal*, *StV* 1982, 545 (552).

nis der Vereinbarungen noch dass sie überhaupt stattgefunden hatten in der Hauptverhandlung öffentlich gemacht oder im Urteil vermerkt.¹⁴

Teilweise wurde vertreten, die Heimlichkeit sei für eine erfolgreiche Absprachenpraxis Voraussetzung.¹⁵ Überwiegend wurde eine solche intransparente Vorgehensweise jedoch als unvereinbar mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und einer Kontrolle der Gerichte durch die Allgemeinheit abgelehnt.¹⁶

Der BGH hat sich zur Zulässigkeit einer Verfahrensabsprache erstmalig 1997 grundlegend geäußert.¹⁷ Dabei und in darauffolgenden Entscheidungen hat er eine heimliche Verfahrensabsprache ebenfalls als mit den Regeln des Strafprozesses für unvereinbar erklärt. Wenn die Absprache aus der Hauptverhandlung hinausverlagert und nicht offengelegt werde, verliere die Öffentlichkeit den Einblick in die wesentlichen Verfahrensabläufe. Eine öffentliche Kontrolle würde unmöglich und die Hauptverhandlung zur reinen Fassade.¹⁸

Daneben stellte der BGH bereits darauf ab, dass eine Absprache außerhalb der Hauptverhandlung geeignet sei, die Einbeziehung und Informationsgleichheit der Verfahrensbeteiligten zu gefährden. Diese seien jedoch für die Zulässigkeit von Absprachen unverzichtbar. Vielmehr müssten die Kenntnis und Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligter, insbesondere jedoch des Angeklagten, garantiert werden.¹⁹

Deshalb verlangte das Gericht, dass eine Absprache nur in der Hauptverhandlung selbst erfolgen dürfe. Gespräche zwischen den Beteiligten zur Ermittlung der „Verhandlungspositionen“ seien zwar zulässig, deren wesentlicher Inhalt und ihr Ergebnis müssten jedoch bereits nach altem Recht in der Hauptverhandlung mitgeteilt werden.²⁰ Um Streit über angeblich erfolgte Absprachen zu vermeiden und eine Überprüfbarkeit des Abspracheinhalts durch das Revisionsgericht zu ermöglichen, müsste außerdem das Ergebnis der Absprache im Hauptverhandlungsprotokoll mit aufgenommen werden.²¹ Insoweit hat der BGH bereits detaillierte Vorgaben zur Offenbarung der Absprache gemacht, die über

¹⁴ *Schünemann*, DJT-Gutachten 1990, B 87; *Deal*, StV 1982, 545 (552); *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, 1017 (1021).

¹⁵ *Haas*, NJW 1988, 1345 (1351); so auch nach dem Verständigungsgesetz noch *Theile*, NStZ 2012, 666 (671).

¹⁶ Vgl. nur *Rönnau*, S. 167 ff. mwN.; *Schünemann*, DJT-Gutachten 1990, B 88 f.

¹⁷ BGHSt 43, 195.

¹⁸ BGHSt 43, 195 (205, Rn. 30).

¹⁹ BGHSt 43, 195 (206, Rn. 32); BGH StV 1999, 407; vgl. dazu auch schon BGHSt 37, 99 (104, Rn. 15).

²⁰ BGHSt 43, 195 (205 f., Rn. 31); BGHSt 50, 40 (47, Rn. 33); BGH StV 1999, 407.

²¹ BGHSt 43, 195 (206, Rn. 33); BGH StV 1999, 407.

reine Öffentlichkeit des Verfahrens hinausgehen. Den Begriff der Transparenz hat er jedoch noch nicht verwendet.

II. Die Öffentlichkeit der Verständigung nach dem Verständigungsgesetz

Der Gesetzgeber hat mit dem Verständigungsgesetz die Sorgen von Rechtsprechung und Schrifttum aufgenommen. Die Verständigung soll sich „im Licht der öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren“²². Der Abschluss der Verständigung nach § 257c StPO selbst darf nur in der öffentlichen Hauptverhandlung erfolgen; außerhalb getroffene Absprachen sind unzulässig und damit unwirksam.²³ Außerdem ist im Urteil (§ 267 Abs. 3 Satz 5 StPO) und im Hauptverhandlungsprotokoll (§ 273 Abs. 1a Satz 1 StPO) zu vermerken, dass Grundlage des Urteils eine Verständigung war.²⁴

Durch diese Integration der Verständigung in die Hauptverhandlung soll der Transparenz der Hauptverhandlung und der Kontrollfunktion der Öffentlichkeit ein besonderes Gewicht zukommen.²⁵ Es soll kein zweites Verfahren neben der gesetzlich vorgesehen Hauptverhandlung geschaffen werden und allein diese soll Grundlage des richterlichen Urteils sein.²⁶ Das Verständigungsgesetz übernimmt dabei die Anforderungen, die BGHSt 43, 195 an die Öffentlichkeit der Verständigung stellt, nahezu unverändert, teilweise sogar wortwörtlich.²⁷

Die gesetzliche Regelung sieht jedoch nicht vor, dass alle Teile des Verständigungsvorgangs zwingend in der Hauptverhandlung durchgeführt werden müssen.²⁸ Im Gegenteil hat das Verständigungsgesetz durch die Neuregelungen in §§ 160b, 202a, 212 StPO Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung, die eine mögliche Verständigung zum Gegenstand haben, erst auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.²⁹ Ziel ist es, einen kommunikativen und offenen Verhandlungsstil zu ermöglichen und damit das Verfahren zu fördern.³⁰ Anknüpfend an die Anforderungen, die bereits der BGH an solche Vorgespräche gestellt hat,³¹

²² BReg-E BT-Drucks. 16/12310, S. 12.

²³ N/S/W/Niemöller, B.II.3., § 257c Rn. 13; L/R/Stuckenberg, § 257c Rn. 24; Beulke/Stofer, JZ 2013, 662 (668).

²⁴ BReg-E BT-Drucks. 16/12310, S. 15; L/R/Stuckenberg, § 267 Rn. 153.

²⁵ BReg-E BT-Drucks. 16/12310, S. 8; BVerfGE 133, 168 (207, 215, Rn. 67, 81).

²⁶ BVerfGE 133, 168 (218, Rn. 88).

²⁷ N/S/W/Niemöller, A.I.4., Rn. 13.

²⁸ BVerfGE 133, 168 (215, Rn. 82); L/R/Stuckenberg, § 257c Rn. 24.

²⁹ N/S/W/Schlothauer, B.I., § 202a Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, § 160b Rn. 1.

³⁰ BReg-E BT-Drucks. 16/12310, S. 9.

³¹ BGHSt 43, 195 (205 f., Rn. 31); BGH StV 1999, 407.

sollen diese nicht heimlich und unter Ausschluss der öffentlichen Kontrolle erfolgen. Zu diesem Zwecke hat der Gesetzgeber insbesondere die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten nach §§ 243 Abs. 4, § 273 Abs. 1a StPO geschaffen. Durch die Vorschriften sollen die außerhalb der Hauptverhandlung stattfindenden Abläufe in die Haupthandlung eingeführt werden und einer Kontrolle durch Öffentlichkeit und Revisionsgericht zugänglich gemacht werden.

III. Die Idee eines einheitlichen Schutzkonzepts der Transparenz

Das Bundesverfassungsgericht entnimmt diesen Regelungen in seiner Entscheidung zur Verfassungskonformität der Verständigung einen allgemeinen Gedanken der Transparenz. Diese sei ein Hauptanliegen des Gesetzgebers gewesen³² und liege der gesamten Regelung der Verständigung zugrunde.

Im Wortlaut der Normen, in der Systematik des Regelungskonzepts und in den Gesetzesmaterialien komme unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber eine Verständigung nur bei einer Wahrung von Transparenz und Dokumentation der Verständigung für zulässig halte. Die Vorschriften gehörten zum Kern des gesetzgeberischen Schutzkonzepts.³³ Die verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess würden nach der Vorstellung des Gesetzgebers erst durch eine untrennbare Einheit von Zulassung einer (inhaltlich begrenzten) Verständigung bei gleichzeitiger Einhegung durch eben diese Mitteilungs- und Dokumentationspflichten und die grundsätzliche Öffentlichkeit der Verständigung selbst gewährleistet.³⁴

Diese Auslegung führt dazu, dass die Mitteilungs- und Dokumentationsvorschriften über die Kenntlichmachung von Verständigungsgesprächen hinaus einen dogmatisch tieferen Sinn erhalten. Indem das Bundesverfassungsgericht die Verfahrensvorschriften mit den Prozessgrundsätzen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit sowie einer Überprüfbarkeit des Verfahrens in einer höheren Instanz in Verbindung setzt, sollen jene letztlich überall dort einspringen, wo diese Grundsätze durch die Eigenarten der Verständigung bedroht werden. Die damit verbundenen Gefahren für einen verfassungskonformen Strafprozess sollen durch eine besonders intensive Offenlegung und Dokumentation verhindert werden. Das den Vorschriften als Oberbegriff zugeordnete einheitliche Schutzkonzept der Transparenz wird so zum Garanten eines rechtsstaatlichen Verfahrens.³⁵

³² BVerfGE 133, 168 (215, Rn. 82).

³³ BVerfGE 133, 168 (222, Rn. 96).

³⁴ BVerfGE 133, 168 (215, 222, Rn. 82, 96).

³⁵ *Weigend*, StV 2013, 424 (425 f.).

Es verwundert deshalb auch nicht, dass es sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bei den §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO nicht um reine Ordnungsvorschriften handeln soll. Die Verständigung als Ganzes und damit regelmäßig auch das Urteil sollen vielmehr nur dann rechtmäßig sein, wenn gleichzeitig hinreichend informiert und dokumentiert und damit vollumfängliche Transparenz hergestellt wird.³⁶ Das einheitliche Schutzkonzept soll sich auch in der Revision auswirken. Bei einem Verstoß gegen die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich davon auszugehen, dass Verständigung und Urteil auf diesem Verstoß beruhen.³⁷ Weil es sichergehen will, dass ein Verstoß gegen die §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO tatsächlich geahndet werden kann, erhebt das Gericht diesen in den Rang eines „quasi-absoluten“ Revisionsgrundes.³⁸

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum einheitlichen Schutzkonzept sind infolge der Entscheidung sowohl in Rechtsprechung als auch Literatur zum wesentlichen Maßstab für die Auslegung der Verständigungsvorschriften geworden.³⁹ Ein einheitliches Schutzkonzept wird vom Gericht jedoch mehr behauptet als begründet. Nicht nur findet sich der Begriff weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung, so dass sich die Frage stellt, ob sich überhaupt von einem eindeutigen und durchdachten Regelungskonzept des Gesetzgebers sprechen lässt. Das Gericht äußert sich auch wenig dazu, wie Transparenz ein verfassungskonformes Verfahren garantieren kann. Ob das Konzept der Transparenz allein überhaupt geeignet ist, die Aufweichung von Verfahrensgrundsätzen zu kompensieren, wird nicht hinterfragt. Zudem setzt es sich kaum konkret mit Zweck und Wirkungsweise der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten auseinander. Ob die neu geschaffenen Vorschriften überhaupt in der Lage sind, die erforderliche Transparenz herzustellen, bleibt deshalb genauso offen.

Es bleibt somit zweifelhaft, ob die Thesen des Bundesverfassungsgerichts und deren Prämissen tatsächlich überzeugen können. Gegenstand dieser Arbeit ist es daher auch, diese kritisch zu untersuchen und vor dem Hintergrund der eigenen Ergebnisse zur Funktion von Transparenz zu überprüfen.

³⁶ BVerfGE 133, 168 (223, Rn. 97).

³⁷ BVerfGE 133, 168 (222 f., Rn. 96 f.).

³⁸ Dieser Begriff wurde eingeführt von *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215).

³⁹ Vgl. nur die Leitsatzentscheidungen BGHSt 58, 310; 59, 252; 60, 150 sowie die Kommentierungen MüKo-StPO/*Arnoldi*, § 243 Rn. 40 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt/*Meyer-Goßner*, § 243 Rn. 18a; SK-StPO/*Frister*, § 243 Rn. 42 ff.

C. Vorüberlegungen

I. Notwendige Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist das Modell einer Absprache, wie es durch die abschließende Regelung des Verständigungsgesetzes Form angenommen hat. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses Modells kann auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht problemlos bejaht werden.⁴⁰ Eine strafrechtswissenschaftliche Untersuchung, die die Gegebenheiten der Praxis nicht außer Acht lassen will, kann sich in ihren Überlegungen aber nicht völlig der bestehenden Rechtslage verschließen.⁴¹ Gleichzeitig gebietet es der nötige Respekt vor dem demokratischen Gesetzgeber, die gesetzliche Regelung des Verständigungsgesetzes nicht in Bausch und Bogen zu verwerfen. De lege lata muss es vielmehr darum gehen, die bestehenden Vorschriften auf ihre Funktion und Bedeutung im grundsätzlich unverändert gebliebenen Strafprozess zu untersuchen, daraus Vorgaben für ihre Auslegung und Anwendung abzuleiten und gegebenenfalls verfassungsrechtlich bedenkliche Lücken aufzuzeigen.

Allgemeine Überlegungen zur Vereinbarkeit einer Absprache mit den Grundsätzen der StPO und zu Alternativen eines konsensualen Verfahrens werden in dieser Untersuchung deshalb außen vor bleiben. Die entsprechende Diskussion der letzten 30 Jahre kann zwar mit der gesetzlichen Regelung durch das Verständigungsgesetz keineswegs als abgeschlossen betrachtet werden. Ihre Darstellung würde jedoch nicht nur den Umfang der Arbeit sprengen. Die Zulässigkeit von Absprachen ist im Verlauf der Diskussion derart umfassend beleuchtet worden, dass ihr in dieser grundsätzlichen Perspektive auch wenig hinzugefügt werden kann.⁴² Gänzlich auslassen kann eine auf die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten bezogene Untersuchung die Frage nach der Legitimität von Absprachen zwar nicht. Es ist allerdings spezifisch zu fragen, was Transparenz zu einer verfassungskonformen Ausgestaltung von Absprachen beitragen kann und inwieweit sie dafür erforderlich ist.

⁴⁰ Vgl. etwa die kritischen Urteilsanmerkungen bei *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212; *SK-StPO/Paeffgen*, § 202a Rn. 3c ff.; *Fezer*, HRRS 2013, 117.

⁴¹ Die fehlende Akzeptanz der Vorschriften und die bestehenden Unsicherheiten über ihre Auslegung hat ihren Grund auch in der teils wenig differenziert geführten Diskussion zwischen Totalopposition und reflexionsloser Befürwortung der gesetzlichen Regelung.

⁴² An dieser Stelle sei nur auf die umfassenden Monographien von *Rönnau*, *Schmidt-Hieber* und *Weßlau* sowie auf *Schünemann*, DJT-Gutachten 1990 verwiesen.

II. Verständigung und Absprache

Für konsensuale und kooperative Verfahrensweisen gibt es im Strafprozess zahlreiche Wege, die mit einer Vielzahl an – sich teilweise überschneidenden – Begriffen einhergehen. Begriffe wie Absprache, Verständigung, Deal, Konsens, Vergleich oder auch plea bargaining meinen ähnliche Verfahrensweisen und lassen sich nicht klar voneinander abgrenzen. Um Begriffsverwirrungen zu vermeiden und den Gegenstand dieser Arbeit weiter zu konkretisieren, ist es unumgänglich, die Begriffe, so wie sie dieser Arbeit im Weiteren zugrunde gelegt werden sollen, vorweg zu definieren.

Für die in § 257c StPO geschaffene Möglichkeit einer Kooperation der Verfahrensbeteiligten verwendet das Gesetz den Begriff der „Verständigung“. Auch in dieser Arbeit wird das Wort „Verständigung“ deshalb für einen Konsens verwendet, der im Rahmen der gesetzlichen Regelung zustande gekommen ist.

Diese gesetzliche Regelung stellt aber nur eine von zahlreichen Möglichkeiten einer konsensualen Urteilsfindung im Strafprozess dar. Letztere sollen deshalb umfassend als „Absprache“ bezeichnet werden.⁴³ Dabei sind jedoch auch solche Verfahrensweisen stets vor dem Kontext des deutschen Strafverfahrensrecht und den ihm eigenen Möglichkeiten für Kooperation und Konsens zu betrachten. Gleichzeitig darf der Bezug zur bestehenden Gesetzeslage als Ausgangspunkt der Arbeit nicht verloren gehen. Eine für die weitere Untersuchung relevante konsensuale Verfahrensweise liegt nur dann vor, wenn sie strukturell mit einer Verständigung vergleichbar ist. Als Urteilsabsprache gelten im Weiteren deshalb nur Verfahrensweisen, in denen das Verfahren mit einem Schuldspruch in einer öffentlichen Verhandlung endet, dem jedoch ein grundsätzlich verbindlicher Konsens der Verfahrensbeteiligten über den weiteren Ablauf des Verfahrens und sein Ergebnis vorausgegangen ist. Dieser muss ein Gegenleistungsverhältnis von prozessualen Verhalten, etwa einem Geständnis bzw. Schuldanerkenntnis, und Strafnachlass umfassen. Die gesetzliche oder verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Verhaltens spielt für ihre Bezeichnung als Absprache hingegen keine Rolle.

Die Verständigung nach § 257c StPO stellt damit einen speziellen Fall der Absprache dar, während konsensuale Verfahrenserledigungen bzw. -verkürzungen vor oder außerhalb der Hauptverhandlung, insbesondere die Einstellung nach § 153a StPO, nicht unter den Begriff der Absprache fallen.

⁴³ Ähnlich bereits *Rönnau*, S. 25 ff.

III. Der Begriff der Transparenz

Was meint schließlich der Begriff der Transparenz, deren Bedeutung für die Verständigung hier untersucht werden soll? Bereits die Gesetzesbegründung verwendet den Begriff der Transparenz nicht eindeutig.⁴⁴ Um eine schlagwortartige Verwendung des Wortes Transparenz zu vermeiden, die dem Wort jegliche belastbare Bedeutung nehmen würde,⁴⁵ muss genau umrissen werden, was mit dem Begriff im Folgenden gemeint ist.

Orientiert man sich am Gegenstand der Transparenz, lässt sich für ein staatliches Verfahren insofern zwischen Ergebnistransparenz, Verfahrenstransparenz, inhaltlicher Transparenz und schließlich Verantwortungstransparenz unterscheiden.⁴⁶ Erstere bezeichnet allein die Offenlegung des Entscheidungsergebnisses ohne die Entscheidungsfindung. Ihr ist im Strafverfahren die Verkündung des Urteilstenors in der öffentlichen Hauptverhandlung zuzurechnen. Unter Verfahrenstransparenz ist die Offenlegung der Art und Weise zu verstehen, auf welcher zum Ergebnis eines rechtlichen Verfahrens gelangt wurde. Im Strafverfahren ist insofern an die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und an die grundsätzlich verpflichtende Anwesenheit des Angeklagten während der Hauptverhandlung als Gegensatz zur Geheimjustiz zu denken. Aber auch das Hauptverhandlungsprotokoll ist Bestandteil der Verfahrenstransparenz.

Inhaltliche Transparenz meint, dass eine Entscheidung den Betroffenen nicht nur bekannt, sondern von ihnen auch nachvollzogen werden kann. Davon umfasst ist insbesondere die Begründung des Ergebnisses, so dass dieser Form von Transparenz die Urteilsbegründung zuzurechnen ist. Aber auch die mit dem Verständigungsgesetz geschaffenen §§ 202a, 212, 257b StPO können der inhaltlichen Transparenz dienen. Durch eine kommunikative Verfahrensführung kann das Gericht den Verfahrensbeteiligten etwa offenlegen, wie es bisherige Zeugenaussagen bewertet, welche Beweise es für besonders beweiskräftig hält oder welche Rechtsauffassungen es seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt. An einigen Stellen lässt sich schließlich keine scharfe Abgrenzung zur Verfahrenstransparenz ziehen, da etwa das Mitverfolgen der Hauptverhandlung es erlaubt, das spätere Urteil zu verstehen. Verfahrenstransparenz hat ihren Zweck nicht allein in der Darstellung der formellen Entscheidungsfindung, sondern soll auch den inhaltlichen Weg zur Entscheidung aufzeigen. So entsteht durch Verfahrenstransparenz auch inhaltliche Transparenz.

⁴⁴ Vgl. BReg-E, BT-Drucks. 16/12310, S. 12 f., 13.

⁴⁵ Vgl. treffend *Hassemer*, FS Papier, S. 237: „Transparenz ist [...] ein Zauberwort, das uns derzeit fasziniert und daran hindert, Transparenz ernsthaft unter die Lupe zu nehmen.“

⁴⁶ Die Unterscheidung ist entnommen bei *Bröhmer*, S. 19 ff.

Verantwortungstransparenz schließlich bedeutet, dass erkennbar ist, von wem eine Entscheidung getroffen wird. Im Strafverfahren dienen ihr die Zuständigkeitsregelungen von StPO und GVG in Verbindung mit den Geschäftsverteilungsplänen.

Die §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1, 1a StPO legen nicht nur offen, dass eine Verständigung stattgefunden hat, sondern dokumentieren auch die Vorgänge inner- und außerhalb der Hauptverhandlung. Indem sie den Weg zu einer Verständigung nachzeichnen, sorgen sie auch für eine inhaltliche Nachvollziehbarkeit der Verständigung und des Urteils. Nach der hier vorgenommenen Unterscheidung sind die §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1, 1a StPO damit der Verfahrenstransparenz bzw. inhaltlicher Transparenz durch Verfahrenstransparenz zuzuschreiben. Wenn im Folgenden von Transparenz gesprochen wird, ist deshalb allein die Offenlegung von Verfahrensvorgängen im Sinne der Verfahrenstransparenz gemeint.

D. Gang der Untersuchung

Ziel dieser Arbeit ist es, die vom Bundesverfassungsgericht reklamierte besondere Bedeutung der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten als ein ganzheitliches, die Rechtmäßigkeit der Verständigung flankierendes Regelungskonzept verfassungsrechtlich zu begründen. Insoweit sich daraus Transparenz als ein Grundsatz des Strafverfahrens ergibt, können auf dessen Grundlage dann Vorgaben für die Auslegung und Anwendung der §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1, 1a StPO erarbeitet werden.

Dazu werden zunächst die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO und die Dokumentationspflicht nach § 273 Abs. 1, 1a StPO gesondert hinsichtlich ihrer Funktion analysiert. Zu § 243 Abs. 4 StPO wird untersucht, inwieweit die Vorschrift neben der Unterrichtung der Öffentlichkeit der Information des Angeklagten dient und wie die Notwendigkeit einer entsprechenden gerichtlichen Informationspflicht zu begründen ist (Kapitel 2). Dabei werden insbesondere Absprache und Mitteilungspflicht in die Dogmatik des EGMR zum Verzicht auf Verfahrensrechte eingeordnet. Ähnlich wird daraufhin auch mit § 273 Abs. 1, 1a StPO verfahren und untersucht, welche Bedeutung eine Verfahrensdokumentation im Falle einer Absprache haben kann, insbesondere vor dem Hintergrund der Absprache als Verzicht auf Verfahrensrechte (Kapitel 3).

Nach einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, ein einheitliches Schutzkonzept der Transparenz zu begründen, wird auf Grundlage des Erarbeiteten ein Konzept von Transparenz als Schutzmechanismus für ein faires Verfahren entwickelt. An dessen Anfor-

derungen wird die Regelung des Verständigungsgesetzes zu messen sein (Kapitel 4).

Zuletzt werden die Vorgaben, die sich aus einer verfassungsrechtlichen Begründung von Transparenz ergeben, auf die Auslegung und Anwendung der Vorschriften sowie ihre revisionsrechtliche Behandlung angewendet (Kapitel 5). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse und ein kurzer Ausblick auf eine mögliche Reform der Verständigungsregelungen beschließen die Arbeit (Kapitel 6).

2. Kapitel

Die Mitteilungspflichten nach § 243 Abs. 4 StPO

Zum Zwecke einer kommunikativeren Verfahrensgestaltung wurden Staatsanwaltschaft und Gericht durch das Verständigungsgesetz ausdrücklich ermächtigt, mit den Verfahrensbeteiligten Gespräche über den Stand des Verfahrens und über die Möglichkeiten einer Verfahrensförderung zu führen (§§ 160b, 202a, 257b StPO).¹ Soweit diese Gespräche nicht in der Hauptverhandlung geführt wurden und ihr Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung war, trifft den Vorsitzenden die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO. Auch außerhalb der Hauptverhandlung geführte Gespräche sind danach mit ihrem wesentlichen Inhalt in diese einzuführen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen so auch die auf eine Verständigung gerichteten Vorgespräche transparent werden.² Wozu diese zusätzliche Transparenz im Verständigungsverfahren dienen soll, bleibt jedoch offen. Im Folgenden wird zunächst die auch vom Bundesverfassungsgericht vertretene Auffassung, dies diene vorrangig die Öffentlichkeit des Strafverfahrens, einer kritischen Prüfung unterzogen (A.). Sodann wird ein weiterer, individualschützender Zweck des § 243 Abs. 4 StPO entwickelt (B.). Schließlich werden auf Basis des herausgearbeiteten doppelten Schutzzwecks der Norm erste Überlegungen angestellt, wie sich dieser für die dogmatische Begründung eines einheitlichen Schutzkonzepts der Transparenz heranziehen lässt (C.).

A. Transparenz als Öffentlichkeit des Verfahrens?

Angesichts der Gesetzesbegründung, nach der durch § 243 Abs. 4 StPO die Verständigungsvorgänge „in der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung“³ transparent werden sollen, liegt es zunächst nahe, den Zweck der Vorschrift in einem Schutz eben jenes Öffentlichkeitsgrundsatzes zu sehen. In diese Richtung gehen auch das Bundesverfassungsgericht,⁴ dessen Ansicht im Folgenden (I.) näher

¹ BReg-E BT-Drucks. 16/12310 S. 12; N/S/W/Schlothauer, B.I., § 160b Rn. 1.

² BReg-E BT-Drucks. 16/12310 S. 12.

³ BReg-E BT-Drucks. 16/12310 S. 12.

⁴ BVerfGE 133, 168 (214f., Rn. 81); BVerfG NStZ 2014, 170 (171, Rn. 23).

dargestellt wird, und zahlreiche Stimmen in der Literatur.⁵ Um zu überprüfen, ob sich eine solche Annahme begründen lässt, wird daraufhin beschrieben, welche Bedeutung und Wirkung dem Grundsatz der Öffentlichkeit im Strafprozess zukommt (II.) und untersucht, wie diese durch das Verfahren der Verständigung beeinträchtigt werden (III.). Darauf aufbauend wird sich beurteilen lassen, inwiefern § 243 Abs. 4 StPO tatsächlich zum Schutz der Öffentlichkeit gedacht und geeignet ist (IV.).

I. Die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kommt der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung in der gesetzgeberischen Konzeption des „einheitlichen Schutzkonzepts“ eine zentrale Bedeutung zu. Wenn eine Verständigung gesetzlich zugelassen werde, entstände die Gefahr einer vertraulichen Atmosphäre zwischen den Verfahrensbeteiligten. § 243 Abs. 4 StPO sei erforderlich, um eine der öffentlichen Kontrolle entzogene Geheimjustiz zu verhindern.⁶ Die Öffentlichkeit erhalte so die Informationen, die zur Beurteilung der Angemessenheit der Verständigung erforderlich seien. Indem sich die Verständigung „im Lichte der öffentlichen Hauptverhandlung offenbare [...]“, bleibe die Rechtsprechung auch in Verständigungsfällen durchschaubar.⁷ Gleichzeitig würde das Vertrauen der Öffentlichkeit in eine effektive Strafverfolgung wirksam aufrechterhalten.⁸

Dem damit eng verknüpften Gebot der formellen Unmittelbarkeit werde durch die Einbeziehung der Verständigungsgespräche in die Hauptverhandlung ebenfalls genüge getan. Alleinige Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung bleibe das Geschehen in der Hauptverhandlung.⁹

Eine individuelle Schutzrichtung der Vorschrift zeigt das Bundesverfassungsgericht schließlich insoweit auf, als dass es die Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes auch für den Angeklagten betont. Die Kontrolle der Öffentlichkeit solle bei der Verständigung insbesondere verhindern, dass sachfremde Umstände auf die Entscheidung des Gerichts Einfluss gewinnen oder es zu einem Schulterschluss der professionellen Verfahrensbeteiligten kommt.¹⁰ Der Schutz des Angeklagten vor einer Benachteiligung im Verständigungsverfahren

⁵ Vgl. nur L/R/Becker, § 243 Rn. 52a; N/S/W/Schlothauer, B.II.1., § 243 Rn. 5; SK-StPO/Frister, § 243 Rn. 42; Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662 (670), Fn. 100; Grube, StraFo 2013, 513 f.

⁶ BVerfGE 133, 168 (217 f., Rn. 88); BVerfG NStZ 2015, 170 (171, Rn. 23).

⁷ BVerfGE 133, 168 (215, Rn. 82); BVerfG NStZ 2015, 170 (171, Rn. 23).

⁸ BVerfGE 133, 168 (215, Rn. 82); BVerfG NStZ 2015, 170 (171, Rn. 23).

⁹ BVerfGE 133, 168 (218, Rn. 90).

¹⁰ BVerfG NStZ 2015, 170 (171, Rn. 22, 24).

ren bleibt damit für das Gericht aber ein Reflex der allgemeinen Verfahrenskontrolle durch die Öffentlichkeit.

II. Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens

Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist in § 169 GVG und als ausdrücklicher Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK einfachgesetzlich normiert. Nach herrschender Meinung ist er darüber hinaus eine unmittelbar aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip hergeleitete Prozessmaxime des Strafprozesses.¹¹ Erfasst sind nach allgemeiner Ansicht die mündliche Hauptverhandlung vom Aufruf der Sache (§ 243 Abs. 1 StPO) bis zur Urteilsverkündung¹² und damit sowohl Ablauf als auch Ergebnis des Verfahrens.¹³ Nicht zwingend öffentlich sind deshalb zunächst alle Verfahrensvorgänge, die nicht zur Hauptverhandlung zählen. Dies gilt insbesondere für Vorgespräche nach §§ 160b, 202a, 212 StPO.¹⁴

Der Öffentlichkeitsgrundsatz dient vor allem der Kontrolle der Gerichte.¹⁵ Dies bedeutet nicht, dass der Allgemeinheit eine rechtliche Aufsicht über die gerichtliche Tätigkeit zukommt.¹⁶ Vielmehr ist damit die präventive Wirkung auf das Gericht angesprochen, die sich aus einer öffentlichen Beobachtung der Entscheidungsfindung und daraus eventuell folgender öffentlicher Kritik ergibt.¹⁷ Das Gericht soll sich gezwungen sehen, eine Entscheidung zu fällen, die sich öffentlich sehen lassen kann und die Akzeptanz der Allgemeinheit findet. Insbesondere soll verhindert werden, dass die Verfahrensbeteiligten in dem Gefühl „unter sich zu sein“ Verfahrensgarantien oder für das Verfahren wesentliche Gesichtspunkte übergehen, um das Verfahren zu beschleunigen.¹⁸ Dabei ist es unschädlich, dass die überwiegende Zahl der Gerichtsverfahren mangels In-

¹¹ BVerfGE 15, 303 (307, Rn. 9); 103, 44 (63, Rn. 66); *Katholnigg*, § 169 GVG Rn. 1; *KK/Diemer*, § 169 GVG Rn. 1; *Kissel/Mayer*, GVG, § 169 Rn. 4; *L/R/Wickern*, vor § 169 GVG Rn. 6; a. A. *SK-StPO/Velten*, vor § 169 GVG Rn. 8; Verfassungsgrundsatz.

¹² BVerfGE 103, 44 (65, Rn. 70); *L/R/Wickern*, § 169 GVG Rn. 6; *SK-StPO/Paeffgen*, Art. 6 EMRK Rn. 87; *Rönnau*, S. 165.

¹³ *L/R/Wickern*, vor § 169 GVG Rn. 3 ff.; *SK-StPO/Velten*, vor § 169 GVG Rn. 17 f.

¹⁴ BGHSt 43, 195; *L/R/Wickern*, § 169 GVG Rn. 7; *Katholnigg*, § 169 GVG Rn. 4; *Kissel/Mayer*, GVG, § 169 Rn. 8.

¹⁵ BVerfGE 133, 168 (217 f., Rn. 88); RGSt 70, 109 (112); *L/R/Wickern*, vor § 169 GVG Rn. 3 ff.; *SK-StPO/Velten*, vor § 169 GVG Rn. 17 f.; *Gierhake*, JZ 2013, 1030 (1031 f.).

¹⁶ *SK-StPO/Velten*, vor § 169 GVG Rn. 19; *Feuerbach*, S. 149 ff.; vgl. auch *Zachariä*, S. 60 f.

¹⁷ *L/R/Wickern*, vor § 169 GVG Rn. 3; *SK-StPO/Velten*, vor § 169 GVG Rn. 19; *Norouzi*, StV 2016, 590 (591).

¹⁸ BVerfGE 103, 44 (65, Rn. 71); BVerfG NStZ 2015, 170 (171, Rn. 24); *SK-StPO/Velten*, vor § 169 Rn. 17 f.