

**Strafrechtliche Abhandlungen**

---

Neue Folge · Band 153

**Willensmängel beim  
Rechtsmittelverzicht des  
Angeklagten im Strafverfahren**

**Eine Untersuchung  
unter besonderer Berücksichtigung  
der Absprachenproblematik**

**Von**

**Frank Meyer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

FRANK MEYER

Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht  
des Angeklagten im Strafverfahren

# Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)  
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder  
ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

**Band 153**

# Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren

Eine Untersuchung  
unter besonderer Berücksichtigung  
der Absprachenproblematik

Von

Frank Meyer



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von  
Professor Dr. Gerhard Fezer, Hamburg

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hamburg hat diese Arbeit  
im Wintersemester 2002 / 2003 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7271  
ISBN 3-428-11147-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2002/2003 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich Dezember 2002 berücksichtigt werden.

Größter Dank gebührt an erster Stelle meinem verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Gerhard Fezer. Er hat mich hervorragend betreut, war jederzeit bereit, sich mit meinen Überlegungen auseinander zu setzen, und hat mir durch seine feinen wie kritischen Anregungen neue Perspektiven eröffnet. All dies hat das Gelingen der vorliegenden Arbeit unschätzbar befördert und meinen wissenschaftlichen Horizont maßgeblich erweitert.

Mein Dank gilt weiter Herrn Professor Dr. Rainer Keller, der in kürzester Zeit das Zweitgutachten erstellt hat und damit erheblich zur Beschleunigung des Promotionsverfahrens beitrug, sowie Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe.

Der Dr.-Carl-Böse-Stiftung danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Aufrichtig danken möchte ich Frau Marina Schmidt, die mir jederzeit zur Seite stand, Launen ertrug, Rückhalt und Aufmunterung spendete sowie die Bürde ständigen Korrekturlesens klaglos auf sich nahm. Ohne sie hätte die Arbeit in der vorliegenden Form nicht entstehen können.

Weiter möchte ich Frau Dr. Miriam Tenorth für die kritischen und lebhaften Diskussionen sowohl über Aufbau und Inhalte dieser Arbeit als auch Nichtjuristisches danken.

Von Herzen dankbar bin ich meinen Eltern, die mir das Studium der Rechtswissenschaft ermöglicht und meinen Werdegang stets unterstützt haben.

Widmen möchte ich diese Arbeit dennoch zwei Herren, die mich in besonderer Weise geprägt haben: meinen Großvätern.

Hamburg, im Januar 2003

*Frank Meyer*



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	17
------------------	----

## *Teil I*

<b>Untersuchungsansatz und Untersuchungsgegenstand</b> .....	<b>29</b>
A. Überprüfung der methodologischen Zulässigkeit der Untersuchung .....	29
I. Möglichkeit einer Verantwortungsverteilung .....	29
II. Wirksamkeit eines erklärten Rechtsmittelverzichts und Existenz eines Ausnahmevorbehalts .....	32
1. Überprüfung des „Wirksamkeitsdogmas“ .....	33
2. Auslegung des § 302 I StPO .....	34
a) Grammatikalische Auslegung .....	34
b) Systematische Auslegung .....	35
c) Weitere systematische Erwägungen .....	38
d) Historisch-genetische Auslegung .....	38
e) Teleologische Auslegung .....	39
f) Verfassungskonforme Auslegung .....	40
g) Zwischenergebnis .....	41
3. Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung .....	42
4. Ergebnis .....	45
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	46
I. Bedeutung und Erforderlichkeit einer Eingrenzung .....	46
II. Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Prozesshandlung .....	47
1. Verhandlungsfähigkeit .....	47
2. Zeitlicher Anwendungsbereich .....	48
3. Form .....	50

4. Zugang .....	51
5. Unbedingtheit, Eindeutigkeit .....	51
a) Auslegungsmaßstab .....	53
b) Mehrdeutige Erklärungen .....	55
(1) Die sog. Annahmeerklärung .....	55
(2) Die sog. Erklärungseinheit .....	57
c) Erkennbare Willensmängel .....	60
d) Fehlendes Erklärungsbewusstsein .....	63
e) Unüberlegter / übereilter Verzicht .....	63
f) Geheimer Vorbehalt (Mentalreservation), Scherzerklärung, Scheingeschäft .....	64
III. Fazit .....	65

## *Teil 2*

<b>Anwendung des Untersuchungsansatzes auf die einzelnen Willensmängel</b>	67
A. Einleitung .....	67
B. Die Prozessrolle des Angeklagten als eigenständiges Verfahrenssubjekt .....	68
I. Erklärungs- und Inhaltsirrtum .....	71
II. Fehlendes Erklärungsbewusstsein .....	74
III. Scherzerklärung, Mentalreservation .....	74
IV. Motivirrtum .....	75
1. Irrtum über den Inhalt des Urteils .....	75
2. Irrtum über die prozessuale Rechtslage .....	77
3. Irrtum über die Auswirkungen des Urteils .....	80
a) Irrtümer infolge ausdrücklicher Erklärungen zur Sach- und Rechtslage durch Gericht oder StA .....	81
b) Beispielfälle für die Beeinflussung durch ausdrückliche Erklärungen in der Rechtsprechung .....	81
c) Behandlung der Beispielfälle auf der Grundlage des Untersuchungsansatzes .....	84
C. Willensmängel infolge objektiver Irreleitung und Drohung .....	87
I. Objektive Irreleitung und Drohung durch Strafverfolgungsorgane .....	88
1. § 136a StPO in direkter oder entsprechender Anwendung als Maßstab der Verantwortungsverteilung .....	91

2. Die Grundgedanken des § 136a StPO als Maßstab der Verantwortungsverteilung .....	93
3. Der fair trial-Grundsatz als Maßstab .....	96
a) Herleitung des fair trial-Grundsatzes .....	97
b) Dogmatische Bedeutung und Konkretisierung .....	97
4. Eignung als Maßstab .....	101
5. Objektive Irreleitung .....	104
a) Grundlagen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzgrundsatzes .....	106
b) Zusagen und Auskünfte einer Behörde .....	109
(1) Vertrauensgrundlage .....	109
(a) Fehlerhafte Vertrauensgrundlage .....	110
(b) Nichtigkeitsvertrauensgrundlage .....	111
(2) Vertrauen des Bürgers .....	112
(a) Wegfall des guten Glaubens bei nichtiger Vertrauensgrundlage ..	113
(b) Unzuständigkeit der Behörde .....	113
(c) Besondere Schutzwürdigkeit des Bürgers .....	114
(3) Vertrauensbetätigung .....	115
(4) Rechtsfolge / Interessenabwägung .....	116
c) Übertragung auf den Strafprozess .....	119
(1) Vertrauensgrundlage .....	119
(2) Vertrauen und Vertrauensbetätigung .....	120
(a) Grenzen der Schutzwürdigkeit .....	120
(b) Gesteigerte staatliche Verantwortung .....	123
(3) Interessenabwägung und Rechtsfolge .....	125
(a) Der Hinweis auf das Abweichen als Rechtsfolge des Vertrauensschutzes? .....	125
(b) Konkrete Auswirkungen auf bereits erfolgten Rechtsmittelverzicht als Disposition .....	128
d) Ergebnis .....	129
6. Drohung .....	130
a) Betroffene fair trial-Elemente .....	130
b) Konkretisierung des Maßstabs .....	131
(1) Rechtswidrigkeit der angedrohten Maßnahme .....	138
(2) Bestehen effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten .....	139
(a) Die sog. Haftbefehlsfälle .....	140
(b) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Drohungen des Gerichts mit unzulässigen prozessualen Mitteln .....	141
(c) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Drohungen des Gerichts mit sonstigen Mitteln .....	143

(3) Beeinträchtigung des Kernbereichs .....	144
(a) Art. 1 I GG .....	144
(b) Art. 2 I GG .....	145
(c) Art. 2 II 1, 2 GG .....	146
c) Ergebnis .....	147
7. Fazit .....	147
II. Objektive Irreleitung und Drohung durch den Verteidiger .....	148
1. Einleitung .....	148
2. Objektive Irreführung .....	149
a) Tatsächliche Erscheinungsformen .....	149
b) Bisherige Behandlung der objektiven Irreleitung durch den Verteidiger in Rechtsprechung und Literatur .....	151
c) Zwischenergebnis .....	156
d) Eigener Lösungsansatz auf der Grundlage einer Verantwortungsab- schichtung .....	156
(1) Der fair trial-Grundsatz als Maßstab der Verantwortungsverteilung ..	158
(2) Typus der Verteidigung als Maßstab der Verantwortungsverteilung ..	159
(3) Stellung und Funktion des Verteidigers im Strafverfahren als Maß- stab .....	161
(4) Funktion und Stellung des Verteidigers im Innenverhältnis als Maß- stab der Verantwortungsverteilung .....	163
(a) Existenz eines eigenen Verantwortungsbereichs des Verteidigers	164
(b) Die konkrete Ausgestaltung des Innenverhältnisses bei der Rechtsmittelentscheidung .....	167
(5) Vornahme der Verantwortungsverteilung .....	168
(a) Konkretisierung der Funktion des Verteidigers im Innenverhält- nis bei der Rechtsmittelentscheidung .....	169
(b) Zwischenergebnis .....	172
(c) Erforderlichkeit einer Modifikation des Maßstabs entsprechend der Wertung, die § 44 StPO enthält? .....	173
(d) Zwischenergebnis .....	176
(e) Erforderlichkeit einer Modifikation des Maßstabs entsprechend dem Grundgedanken, den § 297 StPO enthält? .....	176
(f) Zwischenergebnis .....	178
e) Ergebnis .....	179
3. Drohung durch den Strafverteidiger .....	179
a) Tatsächliches Erscheinungsbild .....	179

b) Behandlung des Willensmangels .....	180
(1) Bisherige Behandlung des Willensmangels .....	180
(2) Eigener Lösungsansatz .....	180
(a) Möglichkeit einer Verantwortungsverlagerung .....	180
(b) Funktion des Verteidigers bei der Rechtsmittelentscheidung als Maßstab der Verantwortungsverteilung .....	181
(c) Konkretisierung des Maßstabs durch das Kriterium der Zumutbarkeit .....	183
(aa) Nutzung effektiver Abwehrmittel gegenüber den Drohungen des Verteidigers .....	183
(bb) Zwischenergebnis .....	184
(d) Die Besonderheit nicht-verteidigungsspezifischer Drohungen ...	185
c) Ergebnis .....	186
III. Objektive Irreleitung und Drohung durch außerprozessuale Dritte .....	186
1. Bisherige Behandlung dieser Fallgruppe in Schrifttum und Rechtsprechung	189
2. Eigener Lösungsansatz .....	192
a) Möglichkeit einer Verantwortungsverlagerung .....	192
b) Ergebnis .....	194
c) Das Solidaritätsprinzip als Legitimationsgrundlage .....	196
d) Zwischenergebnis .....	198
e) Konkretisierung des Maßstabs .....	199
(1) Objektive Irreleitung .....	200
(2) Drohung .....	201
(a) Die Bestimmung der Mindeststandards .....	201
(b) Maßstab des § 34 StGB .....	202
(c) Zwischenergebnis zur Maßstabseignung .....	205
(d) Bestimmung der Mindeststandards nach Maßgabe des § 34 StGB .....	205
(aa) Nicht anders abwendbar .....	206
(bb) Wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses .....	207
(cc) Angemessenheit .....	211
3. Ergebnis .....	213
D. Fürsorgepflichtverletzungen durch das Gericht .....	214
I. Die gerichtliche Fürsorgepflicht als Maßstab der Verantwortungsverteilung ....	218
1. Herleitung der gerichtlichen Fürsorgepflicht .....	218
2. Inhalt und Konkretisierung der Fürsorgepflicht .....	222

II. Vornahme der Verantwortungsverteilung .....	229
1. Unüberlegtheit und Übereilung .....	230
a) Der sog. „herausgefragte“ Rechtsmittelverzicht .....	232
(1) Die prozessuale Gesamtsituation als Auslöser der Fürsorgepflicht ...	233
(2) Einschränkende Auslegung des § 302 StPO als Lösungsalternative ..	236
(3) Zwischenergebnis .....	237
(4) Die Frage nach dem Rechtsmittelverzicht als Auslöser der Fürsorgepflicht .....	237
(a) Automatische Unwirksamkeit des Verzichts infolge der Veranlassung? .....	238
(b) Überprüfung der Typizität der Gefahrenlage .....	240
b) Ergebnis .....	244
2. Die nicht erfolgte Bestellung des notwendigen Verteidigers .....	245
a) Typisierung der Gefahrenlage .....	250
(1) Die Wertung des § 140 StPO .....	251
(2) Vorrang der Selbstverteidigung .....	254
b) Ergebnis .....	255
3. Verhandlung in Abwesenheit des gewählten oder bestellten Verteidigers ....	255
a) Typisierung der Gefahrensituation .....	258
b) Ergebnis .....	262
4. Verhinderung der Beratung mit dem anwesenden Verteidiger .....	263
a) Typisierung der Gefahrenlage .....	265
b) Ergebnis .....	266
5. Beratung durch einen „unfähigen“ Verteidiger .....	267
a) Bestehen einer gerichtlichen Fürsorgepflicht zur Gewährleistung ordnungsgemäßer Beratung .....	269
b) Bestehen gesetzlich vorgesehener Kontrollmöglichkeiten .....	270
(1) §§ 138a ff. StPO .....	270
(2) § 143 StPO .....	270
(3) § 145 I S. 1 StPO .....	271
(4) §§ 140, 141 I, IV StPO .....	272
c) Zwischenergebnis .....	273
d) Bestehen einer gerichtlichen Fürsorgepflicht zur Gewährleistung der Eigenkontrolle .....	275
e) Ergebnis .....	276
6. Belehrung über Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Drohungen der Strafverfolgungsbehörden .....	277
III. Nachweis eines Willensmangels .....	278
IV. Gesamtergebnis Fürsorgepflichtverletzungen durch das Gericht .....	280

E. Unzulässige Absprache .....	281
I. Begriffsbestimmung .....	281
1. Obergerichtliche Rechtsprechung zu den Zulässigkeitsgrenzen einer Absprache .....	282
2. Zwischenergebnis .....	287
II. Inhaltliche Fehler .....	288
1. Erscheinungsformen und ihre Auswirkungen auf den Willen des Erklärenden .....	288
2. Verantwortung für die Entstehung des Motivirrtums .....	290
a) Vertrauensschutzgrundsatz als Maßstab .....	291
(1) Begrenzung des Vertrauensschutzes durch die Zulässigkeit der Absprache .....	293
(2) Protokollierung als Voraussetzung für die Entstehung einer Vertrauensgrundlage? .....	293
(3) Zwischenergebnis .....	296
b) Die Rechtsprechung des <i>BGH</i> zum Vertrauensschutz bei fehlerhaften Zusagen im Rahmen verfahrensbeendender Absprachen .....	297
(1) Überprüfung der Rechtsprechung auf der Grundlage des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzgedankens .....	300
(2) Ergebnis .....	303
3. Gedankliche Kontrolle des gefundenen Ergebnisses .....	303
4. Fazit zur Eigenständigkeit dieser Fallgruppe .....	305
III. Verfahrensfehler .....	305
1. Die Rechtsprechung der einzelnen Senate .....	308
a) Entscheidungen des 2. Strafsenats .....	308
b) Entscheidungen des 1. Strafsenats .....	312
c) Entscheidungen des 5. Strafsenats .....	314
d) Entscheidungen des 3. Strafsenats .....	316
e) Entscheidungen des 4. Strafsenats .....	317
(1) Analyse von <i>BGHSt</i> 45, 227 .....	320
(2) Der fehlende Nachweis eines Willensmangels .....	322
f) Zwischenergebnis .....	324
2. Die Bewertung der Rechtsprechung im Schrifttum .....	325
3. Versuch einer eigenen Lösung .....	328
a) Tatsächliches Vorliegen eines Willensmangels .....	328
b) Verantwortlichkeit für diesen Willensmangel .....	332
c) Konkreter Kausalitätsnachweis .....	334

4. Die sog. qualifizierte Belehrung als alternativer Lösungsansatz und Verantwortungsverteilungsmaßstab .....	338
a) Eignung der qualifizierten Belehrung als Verantwortungsverteilungsmaßstab .....	339
(1) Vorherige Leistungsgewährung .....	344
(2) Nachträgliche Leistungsgewährung .....	345
(a) Vorliegen eines Willensmangels trotz qualifizierter Belehrung ..	345
(b) Verantwortlichkeit für die Entstehung dieses Willensmangels ...	346
b) Zwischenergebnis zur qualifizierten Belehrung .....	347
IV. Gesamtergebnis „unzulässige Absprache“ .....	349
V. Lösung der Problematik durch den Gesetzgeber? .....	350
1. Mögliche Formen und Auswirkungen einer gesetzlichen Festschreibung des Verbots der Vorabzusage .....	351
2. Zwischenergebnis .....	353

### Teil 3

<b>Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 44 ff. StPO</b> .....	<b>354</b>
A. Allgemeines .....	354
B. Zusammenhang von Wiedereinsetzung und Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts .....	354
C. Wiedereinsetzung und willensmangelbehafteter Rechtsmittelverzicht .....	355
I. Widerruflichkeit .....	356
II. Entsprechende Anwendung der zivilrechtlichen Anfechtungsregeln, §§ 119 ff. BGB .....	357
III. Entsprechende Anwendung der §§ 44 ff. StPO .....	357
IV. Modifizierte Wiedereinsetzungslösung nach <i>Dencker</i> .....	359
V. Unwirksamkeit .....	361
D. Die einzelnen Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand .....	363
I. Fristversäumnis (direkte Anwendbarkeit der §§ 44 ff. StPO) .....	363
II. Fehlendes Verschulden des Angeklagten .....	364
III. Wochenfrist .....	365
1. Das Hindernis bei Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts .....	366
2. Das Hindernis beim abgesprochenen Rechtsmittelverzicht .....	367
3. Ergebnis .....	371
IV. Nachholung der versäumten Handlung, § 45 II 2 StPO .....	371

E. Die Bedeutung der Wiedereinsetzung im Zusammenhang mit unzulässigen Absprachen .....	371
I. Kontrollmittel gegen unzulässige Absprachen .....	371
II. Die besondere Bedeutung der gescheiterten Absprache .....	373
1. Mängel beim „Vertragsschluss“ .....	373
2. Leistungsstörung bei Abwicklung der Absprache .....	374
III. Auswirkungen eines Wandels der Absprachenpraxis auf die Tauglichkeit als Kontrollmittel .....	375
IV. Funktionale Beschränkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand .....	377
V. Ergebnis .....	380

*Teil 4*

**Schlussbetrachtung und Ausblick**

381

A. Gesamtergebnis .....	381
B. Vorteile und Nachteile des Verzichts für die Verfahrensbeteiligten .....	383
C. Ausblick .....	387

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	390
-----------------------------------	-----

<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	404
----------------------------------	-----



## Einleitung

Der Rechtsmittelverzicht aller Anfechtungsberechtigten führt die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist herbei. Inhaltlich ist der Verzicht die Preisgabe der gesetzlich eingeräumten Anfechtungsmöglichkeit einer Entscheidung. Er führt zum unwiederbringlichen Verlust der Anfechtungsmöglichkeit.<sup>1</sup> Prozessdogmatisch ist diese Möglichkeit eine Selbstverständlichkeit, die sich auch in anderen Verfahrensordnungen findet.<sup>2</sup> In der Strafprozessordnung ist der Rechtsmittelverzicht in § 302 StPO zusammen mit der Rechtsmittelrücknahme geregelt.

Die gesetzgeberische Motivation zur Einführung des § 302 StPO bestand in der Absicht, einen schnelleren Eintritt der Rechtskraft zu ermöglichen. Nicht zuletzt aus diesem Grund wird der Rechtsmittelverzicht von der ganz h. M. auch für unwiderruflich und unanfechtbar gehalten.<sup>3</sup>

Im Schrifttum wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die ratio der Vorschrift auf Praktikabilitätserwägungen beruht<sup>4</sup>, die vor allem den Gerichten einen Rechtsmittelverzicht vorteilhaft erscheinen lassen<sup>5</sup>. So eröffnet der Verzicht die Möglichkeit der Abkürzung der schriftlichen Urteilsgründe gem. § 267 IV StPO.<sup>6</sup> Zudem bringt er rechtliche Klarheit und verhindert eine potenzielle Korrektur der Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz.<sup>7</sup> Dem Angeklagten bringt der Verzicht dagegen seit Einführung des § 51 StGB keine nennenswerten Vorteile mehr<sup>8</sup>, sondern

---

<sup>1</sup> *BGH* wistra 89, 67, 68; *SK/StPO-Frisch*, § 302 Rn 4.

<sup>2</sup> *SK/StPO-Frisch*, § 302 Rn 1; z. B. §§ 514, 515, 566 ZPO. Im Verwaltungsgerichtsverfahren gelangt § 514 ZPO über die Verweisungsnorm des § 173 VwGO zur Anwendung; vgl. auch historisch *Friedlaender* GerS 1901, 401.

<sup>3</sup> *BGHSt* 10, 245, 247; *BGH* GA 68, 86; 69, 281; wistra 92, 309, 310; 94, 30; *NStZ* 96, 202; *BGH* *NStZ-RR* 2002, 101; *KMR-Sax*, Einl. X Rn 21; *K/M-G*, Einl. 116; *HK/StPO-Rautenberg*, § 302 Rn 3; *Pfeiffer*, § 302 Rn 4; *G. Fezer*, *Strafprozessrecht*, 19/39.

<sup>4</sup> *LR-Hanack*, § 302 Rn 1; vgl. auch *Jähnke* ZRP 2001, 574, 575, 576.

<sup>5</sup> Man kann insofern auch von einem „second code“ der Gerichte sprechen, vgl. auch *Plötz*, S. 171 – „Arbeiterleichterung“ sowie *Dahs*, FS Schmidt-Leichner, S. 17, 24.

<sup>6</sup> Bis zur Änderung des § 267 IV StPO durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 bestand diese Möglichkeit dagegen nicht beim passiven Verzicht durch schlichtes Verstreichen lassen der Frist. Die nunmehr gültige Fassung des § 267 IV StPO behandelt passiven und aktiven Verzicht gleich.

<sup>7</sup> Hinweis bei *Müller-Christmann* JuS 99, 677, 680. Die Praxis reagiert damit auch auf den grundlegenden Wandel der Revision von einem Mittel zur Überprüfung der Rechtsanwendung des Tatrichters zu einem umfassenden Kontrollinstrument der Sachverhaltsfeststellung, der Beweiswürdigung und der Rechtsfolgenbestimmung, *Rönnau*, *Absprache*, S. 50.

vielmehr das Erlöschen eines äußerst bedeutsamen prozessualen Rechts. Dieser Verlust der Rechtsmittelbefugnis wiegt für den Angeklagten umso schwerer, wenn die Verzichtserklärung mit einem Willensmangel behaftet war. Die ganz h. M. geht auch in solchen Fällen von der unbedingten Wirksamkeit der Verzichtserklärung aus. Liegen Willensmängel vor, so sei dies grundsätzlich unbeachtlich.<sup>9</sup> Eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen Anfechtungsregeln scheidet aus.<sup>10</sup> Der Angeklagte könne sich in keinem Fall mehr von seiner Erklärung lösen.<sup>11</sup> Begründet wird dies mit der öffentlich-rechtlichen Natur des Strafverfahrens, die nach Rechtssicherheit verlange.<sup>12</sup>

Die Auffassung der unbedingten Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts weckt Bedenken. Der Entwurf der RStPO von 1873 und die Beratungen zum Entwurf der Strafprozessnovelle von 1895 zeigen, dass die Zwangslage des Angeklagten und die Gefahr der Übereilung schon früher erkannt wurden.<sup>13</sup> So enthielt § 238 II des Entwurfs der RStPO von 1873 eine Widerrufsmöglichkeit<sup>14</sup>, die ausgeübt werden konnte, solange die Rechtsmittelfrist lief, doch wurde dieser Gedanke nicht ins Gesetz aufgenommen<sup>15</sup>.

Dem Interesse des Verzichtenden, sich im Falle eines Willensmangels von seiner Erklärung zu lösen, sucht die h. M. dadurch Rechnung zu tragen, dass sie diesem Bedürfnis in Ausnahmefällen aus überwiegenden Gründen der Gerechtigkeit den Vorrang gegenüber der Rechtssicherheit einräumt.<sup>16</sup> Man spricht dann vom aus-

<sup>8</sup> Zu den geringen denkbaren Vorteilen siehe unten Teil 4 B.

<sup>9</sup> *RGSt* 57, 83; 63, 302; *BGHSt* 5, 338, 341; 10, 245, 247; 14, 192; *BGH NJW* 97, 2691, 2692; *K/M-G*, § 302 Rn 21; *KK-Ruß*, § 302 Rn 15.

<sup>10</sup> *RGSt* 57, 83; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn 186; *KMR-Sax*, Einl. X Rn 24; *HK/StPO-Rautenberg*, § 302 Rn 2; *Volk*, § 15 Rn 5.

<sup>11</sup> *Hanack* kritisiert, dass die Konsequenzen dieser Sichtweise dem Schutzzweck des § 302 StPO angesichts seiner Tragweite nicht gerecht würden, *LR-Hanack*, § 302 Rn 1, 2.

<sup>12</sup> *RGSt* 57, 83. Im Hinblick auf die im Text zum Ausdruck gelangte Entstehungsgeschichte zustimmend, allerdings in einem größeren Umfang für Ausnahmen, *SK/StPO-Frisch*, § 302 Rn 55.

<sup>13</sup> Zwar sollte im Interesse eines schnellen Strafantritts ein Verzicht möglich sein, doch dürfe dies nicht auf Kosten einer Verkürzung der zur Einlegung von Rechtsmitteln offen gehaltenen Fristen geschehen, Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozeßordnung, 1872, S. 212.

<sup>14</sup> Vgl. *Dahrman*, S. 13. Vgl. auch Übersicht über die Regelungen in historischen Verfahrensordnungen bei *Plötz*, S. 293 Fn 247.

<sup>15</sup> Die aus der Zwangslage des Angeklagten resultierenden Nachteile wurden zu Gunsten der Rechtssicherheit in Kauf genommen, und es wurde versucht, den schwersten Nachteil durch Anrechnung der Untersuchungshaft zu mildern, Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1905, Band I, S. 363 f.

<sup>16</sup> *BGHSt* 17, 14, 18; vgl. auch *BGH wistra* 94, 30 m. w. N.; *Dahs*, FS Schmidt-Leichner, S. 17, 21, sieht in dem Rückgriff auf das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit kein verlässliches Abgrenzungskriterium, sondern das Einfallstor für die Fortführung der bisherigen Einzelfallrechtsprechung. Der Gerechtigkeitsbegriff selbst sei kein inhaltlich fassbarer Begriff, S. 21. Auch *Bleckmann* sieht keine Definitionsmöglichkeit, Rn 587 – Man könne höchstens

nahmsweise beachtlichen Willensmangel, der zur Unwirksamkeit des Verzichts führt.<sup>17</sup> In einer jüngeren Entscheidung hat der *BGH* drei Ausnahmefallgruppen benannt<sup>18</sup>: schwerwiegende Willensmängel<sup>19</sup>, unzulässige Absprachen und sonstige Umstände der Art und Weise des Zustandekommens des Verzichts. Nicht gelungen ist es der h. M., klare übersichtliche Grundsätze für das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles herauszuarbeiten.<sup>20</sup> Statt durch dogmatisch tragfähige und in der Gerichtspraxis brauchbare Leitsätze ist die Behandlung der Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht von der Einzelfallrechtsprechung des *BGH* und der *OLG*<sup>21</sup> geprägt.<sup>22</sup>

Dieser Mangel diene bereits mehreren Monografien und Aufsätzen als Ansatzpunkt für Untersuchungen, die dessen Beseitigung zum Ziel hatten. Diese Arbeiten erschienen zumeist Anfang der siebziger Jahre und enthielten eine Fülle von Anregungen und Lösungsvorschlägen, mit deren Hilfe ein ausgewogenes System zur Abgrenzung von Beachtlichkeit und Unbeachtlichkeit des Willensmangels zu entwickeln sein sollte.<sup>23</sup> Man wollte verhindern, dass das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit einseitig zu Lasten des Angeklagten aufgelöst wird.

So nimmt *Dahrmann*<sup>24</sup> eine Einzelfallprüfung vor, mit der das Verhältnis von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit in der speziellen Situation für den konkreten Willensmangel ermittelt werden soll. Berücksichtigung finden dabei die Gründe und Umstände des Zustandekommens, um mit Hilfe dessen bestimmen zu können, welchem Zweck in der konkreten Situation der Vorrang einzuräumen ist. Von der h. M. unterscheidet sich sein Ansatz dadurch, dass er der Rechtssicherheit keinen generellen Vorrang gegenüber der materiellen Gerechtigkeit einräumt<sup>25</sup> und bei der „Berücksichtigung von Irrtümern die Unbeachtlich-

---

feststellen, dass bei bestimmten Fallkonstellationen das Gerechtigkeitsgefühl angesprochen wird; a.A. *KMR-Sax*, Einl. X Rn 29, 30.

<sup>17</sup> Dies darf konstruktiv nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit missverstanden werden. Es tritt anfängliche Unwirksamkeit ein, was billig, aber dogmatisch nicht begründet sei, *Müller-Christmann* JuS 2002, 63, 66.

<sup>18</sup> *BGHSt* 45, 51, 53.

<sup>19</sup> *Kühne* spricht von der Intensität des Willensmangels, deren Bestimmung als Voraussetzung für eine Anfechtbarkeit strittig ist, Rn 680.

<sup>20</sup> *Roxin*, StPO, § 51 Rn 27, weist darauf hin, dass die Abgrenzung der entwickelten Ausnahmen sehr strittig ist; ähnlich *Rogall* StV 98, 643.

<sup>21</sup> Exemplarisch *BGH* wistra 92, 309; *BGH* NStZ 96, 202; *OLG Hamburg* StV 98, 641; *OLG Stuttgart* NJW 90, 1494; *OLG München* StV 2000, 188.

<sup>22</sup> *LR-Hanack*, § 302 Rn 2; *AK-Achenbach*, § 302 Rn 22; *Müller-Christmann* JuS 2002, 63, 66; *Dahs*, FS Schmidt-Leichner, S. 17, 21, merkt an, dass die Rechtsprechung ihrer Verpflichtung, klare übersichtliche Grundsätze herauszuarbeiten, nicht gerecht wird.

<sup>23</sup> Für das schweizerische Strafverfahrensrecht hat *Knecht* eine Bearbeitung dieser Problematik vorgenommen, deren Verfahren und Ergebnisse sich wegen der unterschiedlichen Rechtslage in Deutschland und der Schweiz, vgl. S. 39 ff., 65 ff., nicht übertragen lassen.

<sup>24</sup> *Dahrmann*, S. 54, 55, 65.