

Die Assessorklausur im Strafprozess

Heidrich / Neher

13., überarbeitete und aktualisierte Auflage 2022

ISBN 978-3-406-77638-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

2006, 3129 zu den Grenzen der Mitwirkung eines abgelehnten Richters bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch), während er an der Beratung über einen zulässigen Antrag nicht mitwirkt. Auch ein Richter, der in der Hauptverhandlung als Zeuge ausgesagt hat, darf an der Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch gegen einen der erkennenden Richter dieser Hauptverhandlung nicht mitwirken (BGH NStZ 2014, 44). Bei wiederholter Richterablehnung sollte darauf geachtet werden, dass die an der Beschlussfassung mitwirkenden Richter nicht „in eigener Sache“ entscheiden, indem sie Entscheidungen über eigene Äußerungen bewerten, die bereits zuvor Gegenstand eines Befangenheitsantrags gewesen sind (BGH NStZ 2012, 45). Für die Einzelheiten sei auf die §§ 26a ff. StPO verwiesen.

Wichtig ist **§ 29 StPO n.F.**, wonach ein abgelehnter Richter vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur **unaufschiebbare Handlungen** vornehmen darf (§ 29 I StPO n.F.), dazu aber gleichsam die Durchführung der Hauptverhandlung als unaufschiebbar definiert wird (§ 29 II 1 StPO n.F.). Demgemäß kann die Hauptverhandlung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters begonnen, die Anklage verlesen und für höchstens zwei Wochen oder bis zum übernächsten Verhandlungstag fortgesetzt werden, bevor über den Befangenheitsantrag zu entscheiden ist (§ 29 III StPO n.F.). Bei erfolgreicher Ablehnung müssen im Falle des Eintritts eines Ergänzungsrichters (§ 192 GVG) sodann nur die nach dem Anbringen des Ablehnungsgesuchs liegenden Teile der Hauptverhandlung erneut durchgeführt werden, deren Wiederholung möglich ist und nicht nur mit unzumutbarem Aufwand durchgeführt werden kann (§ 29 IV StPO n.F.). An die Unzumutbarkeit sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen. Je wichtiger ein Beweismittel und sein potentieller Aufklärungswert, desto weniger kommt die Annahme eines unzumutbaren Aufwands in Betracht (*Meyer-Goßner/Schmitt StPO § 24 Rn. 31*). Hatte an der Hauptverhandlung kein Ergänzungsrichter teilgenommen, so muss sie ausgesetzt und eine völlig neue Hauptverhandlung durchgeführt werden, an der statt des abgelehnten Richters sein Vertreter mitwirkt. **308a**

Praxishinweis: Soll das Verfahren gegen einen von mehreren Angeklagten abgetrennt und nach dessen Geständnis durch Urteil abgeschlossen werden, während die Beweisaufnahme im Ausgangsverfahren gegen die übrigen Angeklagten fortgesetzt wird, sollte das Gericht unbedingt, um nicht die Besorgnis der Befangenheit bei diesen Mitangeklagten zu erregen, Maßnahmen treffen, die eine konfrontative Befragung des vormaligen Mitangeklagten, der die verbliebenen Angeklagten der Haupttäterschaft bezichtigt hatte, in der Hauptverhandlung ermöglichen (instruktiv BGH NStZ 2014, 660).

b) Befangenheit sonstiger Personen. Für **Schöffen, Urkundsbeamte und Sachverständige** gilt das für den Richter Gesagte entsprechend (§§ 31, 74 StPO). Bei Schöffen stellt sich die Frage der Befangenheit, wenn sie vom wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen Kenntnis erlangen. Der BGH neigt wegen der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Berufs- und Laienrichtern in einem solchen Fall dazu, nur in Ausnahmefällen einen Verstoß gegen die Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit anzunehmen (BGH NJW 1997, 1792). Aus dem gleichen Grund wird man deshalb auch eine Befangenheit i.d.R. verneinen können. **309**

Dagegen ist die **Befangenheit des Staatsanwalts** in der StPO nicht gesetzlich geregelt. Unabhängig von landesrechtlichen Vorschriften (zB bestimmt **§ 11 AG GVG** von Baden-Württemberg, dass der Staatsanwalt, der selbst oder dessen Verwandter durch die Tat verletzt worden ist, keine Amtshandlungen vornehmen darf), besteht in der Rechtsprechung Einigkeit, dass es auch eine Befangenheit des Staatsanwalts gibt und dessen Mitwirkung einen revisiblen Verfahrensverstoß darstellen kann. Gesicherte Rechtsprechung ist auch, dass die Ablösung des befangenen Staatsanwalts ausschließlich Sache des Dienstvorgesetzten ist und das Gericht darauf keinen Einfluss hat, aber **310**

verpflichtet sein kann, auf eine Ablösung zu drängen. Streit besteht darüber, wann ein Staatsanwalt befangen ist. Jedenfalls in den Fällen, in denen ein Richter von der Mitwirkung ausgeschlossen wäre, ist auch der Staatsanwalt befangen. Wirkt er weiter an der Hauptverhandlung mit, kann dies gerügt werden (BGH NJW 1980, 845). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf der Staatsanwalt, der als Zeuge vernommen worden ist, an dieser weiteren Hauptverhandlung und hier insbesondere an den Schlussvorträgen nur insoweit mitwirken, als es um Teile geht, die von seiner eigenen Aussage nicht beeinflusst sind (BGH NStZ 2007, 419). Nimmt der Staatsanwalt im Rahmen der weiteren Sitzungsvertretung eine Würdigung seiner eigenen Zeugenaussage vor oder bezieht sich seine Mitwirkung auf einen Gegenstand, der mit seiner Aussage in einem untrennbaren Zusammenhang steht und einer gesonderten Bewertung nicht zugänglich ist, liegt ein relativer Revisionsgrund nach §§ 337, 22 Nr. 5 analog, 258 I StPO vor (BGH NStZ 2019, 234; 2020, 180). Befangen ist auch, wer als Staatsanwalt in der Berufungsinstanz eine Sache vertritt, in der er in erster Instanz als Richter entschieden hat.

6. Leitung der Verhandlung

- 311 Nach § 238 I StPO leitet der Vorsitzende die Verhandlung. Nur soweit das Gesetz ausdrücklich vom „Gericht“ spricht, ist der gesamte Spruchkörper – in der Hauptverhandlung also auch unter Mitwirkung der Schöffen – zur Entscheidung berufen.

Soweit der Vorsitzende handelt, unterscheidet die Rechtsprechung die formelle *Verhandlungsleitung* und die *Sachleitung*.

Zur **formellen Verhandlungsleitung** gehört nur der äußere Rahmen einer Verhandlung und auch dies nur, soweit die Maßnahme nicht im Einzelfall geeignet ist, in die Rechte eines Beteiligten einzugreifen. Typische Beispiele für die formelle Leitung durch den Vorsitzenden sind zB die Eröffnung und Schließung der Sitzung, kürzere Unterbrechungen, die Sitzordnung der Verfahrensbeteiligten (die in Großverfahren im Zusammenhang mit der Beschränkung der Teilnahme von Pressevertretern brisant sein kann, vgl. BVerfG NJW 2014, 3013), ferner sitzungspolizeiliche Maßnahmen (§§ 176, 177 GVG) wie zB Ordnungsgeld an störende Zuhörer oder Kontrollen auf Waffen (jedenfalls im Saal – im Gebäude sind der Amtsgerichtsdirektor oder der Landgerichtspräsident als Hausherr zuständig).

Bei der **Sachleitung** (§ 238 II StPO) entscheidet der Vorsitzende sozusagen vorab für das Gericht. Ist ein Verfahrensbeteiligter mit einer Sachleitungsmaßnahme nicht einverstanden, so kann er die Entscheidung des Gerichts zu dieser Frage verlangen. Typische Beispiele sind die Anordnung der Verlesung einer Urkunde nach § 249 StPO (nicht nach § 251 IV StPO, da Gerichtsentscheidung!) oder die Entziehung des Fragerechts oder der (Teil-)Ausschluss der Öffentlichkeit.

Beachte: Die Entscheidung des Gerichts über die Verfügung des Vorsitzenden nach § 238 II StPO ist Voraussetzung dafür, dass Maßnahmen der Sachleitung erfolgreich mit der Revision angefochten werden können.

In der Literatur ist die Unterscheidung Verhandlungs-/Sachleitung weitgehend aufgegeben worden und es wird lediglich darauf abgestellt, ob der Prozessbeteiligte, der sich an das Gericht wendet, schlüssig darlegen kann, dass die Maßnahme des Vorsitzenden ihn beschwert (vgl. dazu *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 238 Rn. 12, 13).

7. Verständigung im Strafverfahren

- 312 Verständigungen hatten und haben in der Praxis der Strafgerichte seit den 70er Jahren eine erhebliche praktische Bedeutung. Dies ist auf die ständig wachsende Arbeitsbelas-

tung der Strafjustiz zurückzuführen. Die Fälle werden – nicht zuletzt im Zuge der Globalisierung – komplexer. Der Gesetzgeber tendiert dazu, immer mehr Lebensbereiche strafrechtlich zu durchdringen. Das Strafverfahrensrecht wird infolge der Spruchpraxis der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs, vor allem aber auch des Bundesverfassungsgerichts – und nicht zuletzt auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – ebenfalls immer komplexer. Gleichzeitig wird das Beschleunigungsgebot (vor allem in Haftsachen) immer schärfer durchgesetzt. Der Verteidigung bieten sich zahlreiche Möglichkeiten, das Verfahren zu erschweren. Der BGH hatte solche Absprachen nicht generell für unzulässig erklärt, stand ihnen aber wegen ihrer offensichtlichen Anfälligkeit für Missverständnisse skeptisch gegenüber (vgl. BGH NJW 1996, 1763 und 3018).

Im Jahre 2009 schuf der Gesetzgeber in der StPO eine ausdrückliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren, wobei er wesentliche Grundanforderungen übernahm, die der BGH viele Jahre zuvor bereits formuliert hatte (NStZ 1998, 31), teilweise aber auch deutlich darüber hinaus ging (zB mit der Unwirksamkeit eines erklärten Rechtsmittelverzichts).

Mit Urteil vom 19. März 2013 hat das BVerfG (BVerfGE 133, 168) die Regelung für prinzipiell erfassungsgemäß erklärt, aber festgestellt, dass verfassungsrechtliche Vorgaben, allerdings sogar die gesetzliche Regelung selbst, nur mehr als unzureichend in der Praxis der Gerichte beachtet würden. Es hat der Rechtsprechung deshalb Handlungsanweisungen in großem Umfang mitgegeben (die überwiegend zu der Ansicht geführt haben, Verständigungen seien im Strafverfahren nicht mehr praktikierbar) und dem Gesetzgeber aufgegeben, den Vollzug fortwährend zu überprüfen. Im Anschluss an dieses Urteil hat die obergerichtliche Rechtsprechung die Anforderungen seither auf der Praxisebene weiter präzisiert.

Auch wenn die gesetzlichen Regelungen nunmehr etabliert sind und die grundlegenden Entscheidungen schon einige Jahre zurückliegen, ist die gesamte Thematik noch immer Gegenstand vieler obergerichtlicher Entscheidungen und im höchsten Maße examensrelevant.

Zum Verständnis des Gesamtkomplexes werden zunächst die gesetzliche Regelung vorgestellt, sodann die Entscheidung des BVerfG und ihre Konsequenzen.

a) Die gesetzliche Regelung. Die einschlägigen Normen finden sich in §§ 160b, 202a, 243 IV, 257b, 257c, 273 I a und 302 I 2 StPO. Im Einzelnen:

Vorgespräche und Befangenheit. Das Gericht kann nach § 257b StPO zur Vorbereitung einer Verständigung jederzeit den Stand des Verfahrens mit den Beteiligten erörtern, ohne dass dies allein Grund für eine Befangenheit des Gerichts sein könnte. Eine notwendige Vorbefassung des Gerichts ist für sich gesehen grundsätzlich kein geeigneter Befangenheitsgrund; dies gilt auch, wenn Verfahren gegen einzelne Angeklagte zur Verfahrensbeschleunigung abgetrennt werden und anschließend ein Schuldspruch wegen Beteiligung an später abzuurteilenden Taten erfolgt (BGH NStZ 2011, 44; vgl. auch BGH StV 2015, 5).

Zeitpunkt von Vorgesprächen. Eine Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung ist in erster Linie im Zwischenverfahren denkbar (§ 202a StPO), aber auch noch nach Eröffnung vor Beginn der Hauptverhandlung (§ 212 StPO). Trotz des mit § 202a StPO vergleichbaren Wortlauts kommt eine Verständigung im Ermittlungsverfahren über § 160b StPO nicht in Betracht, da das Gericht an einer Absprache in diesem Verfahrensstadium nicht beteiligt ist. Die Erörterung kann aber dem Ziel dienen, eine Verständigung mit dem Gericht nach Anklageerhebung vorzubereiten.

- 314 Zulässiger Inhalt einer Verfahrensabsprache.** Zentrale Norm ist § 257 c StPO. Danach können sich das Gericht und die **Verfahrensbeteiligten** in einem dazu geeigneten Fall über den weiteren Verfahrenfortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. Verfahrensbeteiligte sind neben dem Gericht (einschließlich Schöffen) alle am Verfahren Mitwirkenden, die in der Hauptverhandlung mit Blick auf den Anklagevorwurf mit eigenen Rechten ausgestattet sind, also vor allem der Angeklagte, sein Verteidiger, der Staatsanwalt, nicht der Verletzte als solcher, wohl aber der Nebenkläger. Nicht jeder Beteiligte kann allerdings die Verständigung verhindern. Die Beteiligten haben ein Recht, sich hierzu zu äußern. Zustande kommt die Verständigung allein durch die **Einigung von Gericht, Angeklagtem und Staatsanwalt** (§ 257 c III 4 StPO).
- 314a** Ob ein Fall **geeignet** ist im Sinn von § 257 c I StPO, lässt sich nur über eine Abwägung der widerstreitenden Interessen entscheiden, wobei das Interesse der Justiz an einer raschen Erledigung schwieriger und umfangreicher Verfahren zu bedenken ist, der Wunsch von Angeklagtem und Verteidiger an einem milden Urteil und das Verlangen des Opfers nach spürbarer Bestrafung des Täters. So verbietet sich in der Regel bei Kapitaldelikten eine Verständigung, bei Mord schon wegen der absoluten Strafandrohung; im Jugendstrafverfahren kann die Verständigung wegen des dort vorrangigen Erziehungsgedankens auch nur die Ausnahme sein (dann aber sind auch die Eltern des Angeklagten und die Jugendgerichtshilfe an der Verständigung beteiligt).
- 314b** **Gegenstand** einer solchen Absprache können die **Rechtsfolgen** sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können. Aber auch auf **verfahrensbezogene Maßnahmen** im vorliegenden Erkenntnisverfahren und auf das **Prozessverhalten** der Verfahrensbeteiligten kann sich eine Verständigung beziehen – in der Praxis wird es darüber aber keine Verständigung geben, wenn nicht zugleich eine Einigung über die Rechtsfolgen zustande kommt. Das Gericht kann im Rahmen der Gespräche über eine Verständigung eine Ober- und Untergrenze der Strafe mitteilen, also einen Strafrahmen vorgeben, innerhalb dessen es entscheiden würde (§ 257 c III 2 StPO) der Angeklagte muss sich allerdings bewusst sein, dass die Strafe die Strafrahmenobergrenze auch tatsächlich erreichen kann (BGH NJW 2011, 1159); die Verständigung auf eine ganz bestimmte Strafe ist ebenso unzulässig (sog. **Punktstrafe**; BGH NStZ 2011, 231; NStZ-RR 2015, 379; OLG Karlsruhe NStZ 2014, 294) wie die Ankündigung einer sog. **Sanktionsschere** (BVerfGE 133, 168; BGH StV 2011, 202; NStZ 2013, 671: Wird bei Verständigungsgesprächen die bei einem „streitigen Verfahren“ zu erwartende Sanktion genannt, dann darf die Differenz zu der für den Fall eines Geständnisses zugesagten Strafobergrenze nicht zu groß sein. Die ohne Absprache in Aussicht gestellte Sanktion darf nicht das vertretbare Maß überschreiten, so dass der Angeklagte inakzeptablem Druck ausgesetzt wird). Entsprechend darf das Ergebnis des Strafnachlasses im Hinblick auf ein Geständnis nicht unterhalb der Grenze liegen, was noch als schuldangemessene Sanktion hingenommen werden kann.
- Die Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft nach Urteilsverkündung ist ein zum Urteil „dazugehöriger Beschluss“ (§ 268b StPO), so dass auch die Vollstreckung von Untersuchungshaft grundsätzlich zulässiger Verständigungsinhalt sein kann (BGH NStZ 2014, 219; NStZ 2015, 294). Als verfahrensbezogene Maßnahmen kommen neben einer Beschränkung der Beweisaufnahme (unter Wahrung der Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO) in erster Linie Teileinstellungen nach §§ 154, 154a StPO in Betracht (siehe Rn. 316f).
- Als Prozessverhalten kommen vor allem die Abgabe eines Geständnisses, der Verzicht auf Beweisanträge und die Zustimmung zur Verlesung von Zeugenaussagen in Be-

tracht, aber auch die Zusage eines Täter-Opferausgleichs oder das Angebot auf Schadenswiedergutmachung. Um nicht den Eindruck entstehen zu lassen, der Angeklagte könne sich „freikaufen“, muss das vom Angeklagten vorgesehene Verhalten in einem inneren Zusammenhang mit den angeklagten Vorwürfen und dem Gang der Hauptverhandlung stehen.

Beispiel: Wird dem Angeklagten in der Absprache ein bestimmtes Verhalten abverlangt, muss dieses in einem inneren Zusammenhang mit der angeklagten Tat und dem Gang der Hauptverhandlung stehen; dies ist beim Versprechen des Angeklagten, bestimmte Steuerschulden zu bezahlen, die in keinerlei Zusammenhang mit der Tat stehen, nicht der Fall; vgl. BGH NJW 2004, 1396. **314c**

Der **Schuldspruch** darf **nicht Gegenstand** der Verständigung sein (§ 257c II 3 StPO). Dies gilt auch für Qualifikationen wie die bandenmäßige Begehung oder das Mitführen einer Waffe. Auch die Anwendung eines anderen Gesetzes im Sinne des § 265 StPO – zB die Verständigung auf Diebstahl, solange eine Aufklärung des Raubes noch möglich ist – ist nicht zulässig. Unzulässig ist im Übrigen auch eine Verständigung über **Maßregeln der Besserung und Sicherung**.

Umstritten ist, ob das Gericht mangels Entscheidungsspielraums dem angeklagten Heranwachsenden nicht Jugendstrafe statt Erwachsenenstrafrecht zusagen kann (dagegen BGH NStZ 2001, 555; NStZ-RR 2006, 187; a.A. *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 257c Rn. 7). Ebenso wenig können wegen der fehlenden Entscheidungskompetenz des erkennenden Gerichts Maßnahmen des Strafvollstreckungsverfahrens, des Strafvollzugs oder ein Gnadenerweis abgesprochen werden (vgl. BGH NStZ 2011, 648; StV 2011, 74).

Amtsaufklärung. Die **Aufklärungspflicht** nach § 244 II StPO soll weiter gelten (§ 257c I 2 StPO), was für das regelmäßig mit der Verständigung verbundene Geständnis (vgl. § 257c II 2 StPO) bedeutet, dass es auf seine Richtigkeit zu überprüfen ist (siehe unten Rn. 315c, 315d, 316b). **314d**

Belehrungspflicht. Der Angeklagte ist nach § 257c V StPO schon vor dem Wirksamwerden der Verständigung über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis **qualifiziert zu belehren**, damit er selbst eine autonome Einschätzung des Risikos vornehmen kann, das mit der Mitwirkung an der Verständigung verbunden ist (BGH StV 2011, 76; OLG München StV 2014, 79). Ferner wird mit der Belehrung ein Schutz vor übereilter Zustimmung zum Verständigungsangebot bezweckt. **314e**

Bindungswirkung. Kommt eine Absprache zustande, ist das Gericht, wie sich aus § 257c IV 1 StPO ergibt, hieran **gebunden**, während eine solche Bindungswirkung für die Staatsanwaltschaft nicht entsteht (über den Gedanken des fairen Verfahrens wird jedoch auch insoweit regelmäßig eine Schlechterstellung des Angeklagten vermieden werden müssen). Die **Bindungswirkung entfällt**, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände bei der Verständigung übersehen wurden oder sich nachträglich herausstellen **und** nach Überzeugung des Gerichts der abgesprochene Strafraum nicht mehr tat- und schuldangemessen ist (§ 257c IV 1 StPO). Gleiches gilt nach Satz 2 dieser Norm, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem entspricht, was der Prognose des Gerichts bei der Verständigung zugrunde lag. **314f**

Will das Gericht in diesen Fällen von dem abgesprochenen Vorgehen abweichen, muss es dies den Verfahrensbeteiligten unverzüglich mitteilen (§ 257c IV 4 StPO). Für das weitere Verfahren bedeutet dies, dass das vom Angeklagten abgegebene Geständnis nicht mehr verwertet werden darf (§ 257c IV 3 StPO), jedenfalls nicht zum

Nachteil des Angeklagten. Aufgrund des Geständnisses erlangte Beweismittel bleiben allerdings – entsprechend den allgemeinen Grundsätzen – verwertbar.

Eine Bindungswirkung ergibt sich erst aus einer Verständigung nach § 257c III 4 StPO, nicht jedoch aus den verschiedenen, zuvor möglichen Formen der Kommunikation des Gerichts mit den Verfahrensbeteiligten (§§ 202a, 212, 257b StPO). Der telefonische Hinweis des Strafkammervorsitzenden an den Verteidiger, der Angeklagte könne im Falle einer geständigen Einlassung mit einer Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung rechnen, führt daher nicht zu einer Bindung der Strafkammer (BGH NStZ-RR 2012, 148).

Das Berufungsgericht ist an eine erstinstanzlich erzielte Verständigung grundsätzlich nicht gebunden (OLG Düsseldorf StV 2011, 80; OLG Karlsruhe NStZ 2014, 294). Es kann den Angeklagten aber auch an einer Verfahrensabsprache festhalten und dann das so zustande gekommene Geständnis verwerten (OLG Nürnberg NStZ-RR 2012, 255).

314g Mitteilungspflichten. Sollten schon vor oder außerhalb der Hauptverhandlung Erörterungen zu einer Absprache stattgefunden haben, muss der Vorsitzende nach § 243 IV StPO zu Beginn der Hauptverhandlung mitteilen, dass solche Erörterungen stattgefunden haben und deren Inhalt darlegen, nicht nur das Ergebnis. Wie sich aus § 273 I a 3 StPO ergibt, ist auch mitzuteilen, wenn keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben.

314h Protokollierungspflichten. Von der Mitteilungspflicht nach § 243 IV StPO zu unterscheiden sind die Protokollierungspflichten. Ins Protokoll aufzunehmen ist die Mitteilung nach § 243 IV StPO, vgl. § 273 I a 2 StPO. Für die Verständigungsgespräche während der Hauptverhandlung ist eine Mitteilung nicht vorgesehen, denn diese finden öffentlich statt. Ihr Ablauf und Inhalt sind aber ebenfalls als wesentliche Förmlichkeit in das Protokoll aufzunehmen, vgl. § 273 I a 1 StPO. Gleiches gilt für die erforderlichen Belehrungen, § 273 I a 2 StPO. Gab es keinerlei Gespräche über eine Verfahrensabsprache, ist auch das im Protokoll zu vermerken (sog. Negativattest; vgl. § 273 I a 3 StPO).

314i Kein Rechtsmittelverzicht. Auch wenn alle Beteiligten mit dem einer Absprache nachfolgenden Urteil zufrieden sind, ist ein Rechtsmittelverzicht – also nicht nur dessen Vereinbarung im Rahmen der Absprache – ausgeschlossen (§ 302 I 2 StPO). Auch darüber ist der Angeklagte zu belehren.

Aber Vorsicht: Ein trotzdem erklärter Rechtsmittelverzicht ist zwar unwirksam, die Rechtsmittelfrist läuft aber gleichwohl. In die ohnehin nach § 35 a S. 3 StPO mit dem Urteil zu erteilende Belehrung, dass der Angeklagte trotz Vereinbarung in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen (im Protokoll genügt der Vermerk, „qualifizierte Rechtsmittelbelehrung wurde erteilt“; vgl. BGH NStZ-RR 2009, 282), sollte deshalb mit aufgenommen werden, dass die Rechtsmittelfrist in jedem Fall laufen wird (auch wenn die gesetzliche Vermutung einer unverschuldeten Säumnis nicht greift, da § 44 S. 2 StPO nicht auf § 35 a S. 3 StPO verweist).

315 b) Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013. Mit seinem Urteil vom 19. März 2013 (BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058) stellte das Bundesverfassungsgericht zunächst einmal klar, das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ (Verständigungsgesetz), mit dem der Gesetzgeber der Forderung nach einer Regelung der Verständigungen im Strafverfahren Rechnung tragen wollte, genüge den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

315a Zur Begründung wird ausgeführt, Verständigungen im Strafprozess seien nicht schlechthin ausgeschlossen. Der Strafprozess dürfe sich jedoch nicht von den Zielen

der bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der rechtlichen Beurteilung durch ein unabhängiges, neutrales Gericht entfernen. Das Gebot der schuldangemessenen Bestrafung sei einzuhalten. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip stehe nicht zur Disposition des Gesetzgebers, und zu seiner Verwirklichung sei es unabdingbare Pflicht der Gerichte, den Sachverhalt bestmöglich aufzuklären. Der Gesetzgeber dürfe zwar zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten zulassen, auch wenn dies das Risiko beinhalte, dass verfassungsrechtliche Vorgaben nicht vollumfänglich beachtet werden. Der Gesetzgeber müsse jedoch die Wahrung der verfassungsrechtlichen Vorgaben sicherstellen und die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmechanismen fortwährend überprüfen und ggf. nachbessern, da sich gezeigt habe, dass die Handhabung in der Praxis defizitär sei.

Das Bundesverfassungsgericht hatte Prof. Dr. Altenhain, Universitätsprofessor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, mit der Durchführung einer repräsentativen empirischen Untersuchung zur Praxis der Verständigung im Strafverfahren beauftragt. Altenhain hatte zwischen dem 17. April und 24. August 2012 insgesamt 190 mit Strafsachen befasste Richterinnen und Richter des Landes Nordrhein-Westfalen befragt, von denen 117 als Strafrichter oder Vorsitzende eines Schöffengerichts und 73 als Vorsitzende einer Strafkammer tätig waren. Als Kontrollgruppe wurden daneben 68 Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sowie 76 Fachanwältinnen und Fachanwälte für Strafrecht befragt. Nach Einschätzung der befragten Richter waren im Kalenderjahr 2011 17,9 % der Strafverfahren an Amtsgerichten und 23 % der Strafverfahren an Landgerichten durch Absprachen erledigt worden. Auf die Frage, in wieviel Prozent der Fälle nach ihrer Einschätzung in der gerichtlichen Praxis die gesetzlichen Vorschriften zur Verständigung verletzt würde, gaben etwas mehr als die Hälfte der Richter an, dass dies in mehr als der Hälfte aller Verfahren mit Absprachen der Fall sein dürfte. So gaben 58,9 % der befragten Richter an, mehr als die Hälfte ihrer Absprachen „informell“, also ohne Anwendung des § 257c StPO durchgeführt zu haben, 26,7 % gaben an, immer so vorgegangen zu sein. 33 % der befragten Richter gaben an, außerhalb der Hauptverhandlung Absprachen geführt zu haben, ohne dass dies in der Hauptverhandlung offengelegt wurde, während 41,8 % der Staatsanwälte und 74,7 % der Verteidiger angaben, dies schon erlebt zu haben. Teilweise werden ausweislich der Studie von Prof. Dr. Altenhain durch § 257c II StPO ausdrücklich ausgeschlossene Inhalte wie etwa der Schuldspruch in die Absprache aufgenommen. Während 61,7 % der Richter angaben, die Glaubhaftigkeit von im Anschluss an eine Absprache abgelegten Geständnissen immer zu überprüfen, räumten 38,3 % der Richter ein, die Glaubhaftigkeit des Geständnisses nicht immer, sondern nur häufig, manchmal, selten oder nie zu überprüfen. Die Einlegung eines Rechtsmittels nach einer Absprache ist sehr selten. Nach Auskunft von 27,4 % der Richter wurde sogar bei Verständigungen gemäß § 257c StPO – entgegen § 302 I 2 StPO – ausdrücklich auf Rechtsmittel verzichtet. Nicht weniger als 16,4 % der Richter und 30,9 % der Staatsanwälte erklärten, sich im Rahmen einer Absprache schon auf eine ihrer Ansicht nach zu milde Strafe eingelassen zu haben. Demgegenüber haben sich von den Verteidigern 30,3 % nach eigener Auskunft schon auf eine ihrer Ansicht nach zu hohe Strafe im Wege der Absprache eingelassen. Der „Strafabatt“ im Anschluss an ein absprachegemäß abgelegtes Geständnis liegt nach Angaben der Befragten zumeist zwischen 25 % und 33,3 % der wahrscheinlich zu erwartenden Strafe nach „streitiger“ Verhandlung.

Vor dem Hintergrund dieser so aufgedeckten defizitären Handhabung überprüfte das Bundesverfassungsgericht das Verständigungsgesetz als solches im Einzelnen und stellte fest, es sei verfassungsgemäß:

Es sei nach dem Willen des Gesetzgebers darauf gerichtet, die Verständigung in das System des geltenden Strafprozessrechts zu integrieren, ohne die Grundsätze der richterlichen Sachaufklärung und Überzeugungsbildung anzutasten. Der Gesetzgeber habe erkennbar kein neues, „konsensuales“ Verfahrensmodell einführen wollen.

Im Einzelnen:

- § 257c II 3 StPO schließe aus, dass der Schuldspruch oder Maßregeln der Besserung und Sicherung zum Gegenstand einer Verständigung gemacht werden. Auch von der Beachtung der Strafzumessungsregeln seien die Gerichte nicht entbunden.
- Nach dem Verständigungsgesetz könne eine Verständigung niemals als solche die Grundlage eines Urteils bilden; weiterhin bleibe allein und ausschließlich die Überzeugung des Gerichts vom festgestellten Sachverhalt maßgeblich. § 257c I 2 StPO könne nur so verstanden werden, dass das verständigungsbasierte Geständnis zwingend auf seine Richtigkeit zu überprüfen sei.
- Der Belehrungspflicht des § 257c V StPO komme besondere Bedeutung zu und dieser Bedeutung müsse auch revisionsrechtlich Rechnung getragen werden. Bei einem Verstoß gegen diese Belehrungspflicht seien die Revisionsgerichte regelmäßig gehalten davon auszugehen, dass das Geständnis und damit auch das Urteil auf dem Unterlassen der Belehrung beruhe. Anders sei dies nur, wenn feststünde, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte.
- Das Verständigungsgesetz enthalte umfangreiche Mitteilungs- und Dokumentationspflichten. Die Gewährleistung der Transparenz und der Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens seien ein Schwerpunkt des Verständigungsgesetzes.
- Gemäß der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung seien sog. „informelle“ Absprachen nicht mehr zulässig. Bereits der Wortlaut des § 257c I 1 StPO schließe jegliche sonstige informelle Absprachen, Vereinbarungen und „Gentlemen’s Agreements“ aus. Die Regelung habe abschließenden Charakter.

315d Mit den einzelnen Prüfungspunkten verband das Bundesverfassungsgericht jedoch mit drohend gehobenem Zeigefinger eine Reihe deutlicher, teils über den Gesetzeswortlaut hinausgehender Mahnungen.

- Die Überprüfung eines auf einer Verständigung beruhenden Geständnisses sei durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung zu vollziehen. Es genüge nicht, das verständigungsbasierte Geständnis durch einen bloßen Abgleich mit der Aktenlage zu überprüfen (anders noch BGHSt 50, 40).
- Eine Strafraumenverschiebung dürfe nicht Gegenstand einer Verständigung sein, selbst dann nicht, wenn sie sich auf Sonderstrafrahmen für besonders schwere oder minder schwere Fälle im Vergleich zum Regelstrafrahmen beziehe. Auch die Sonderstrafrahmen seien – wie jeder Strafraumen – Ausdruck des Unwert- und Schuldgehalts, den der Gesetzgeber einem unter Strafe gestellten Verhalten beigemessen habe. Mit der Normierung von Sonderstrafrahmen bringe der Gesetzgeber – nicht anders als bei Qualifikationen und Privilegierungen – zum Ausdruck, innerhalb eines Deliktstypus eine Differenzierung schon auf der Ebene der Strafraumenwahl für geboten zu erachten. Bei umfassender Würdigung des dem Verständigungsgesetz zugrundeliegenden Regelungskonzepts könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe diese Bewertung für den Fall einer Verständigung aufgeben und den Begriff der „Rechtsfolge“ in § 257c II 1 StPO auch auf Strafraumenverschiebungen ausdehnen wollen.