

RECHTSANWÄLTE

DR. F. GILLMEISTER

Fachanwalt für Strafrecht

DR. CHR. RODE

Fachanwalt für Strafrecht

DR. G. TRÜG

Fachanwalt für Strafrecht

DR. D. SCHMEDDING

J. HABETHA

RAe Dr. Gillmeister und Koll. · Humboldtstraße 4 · 79098 Freiburg

DEUTSCHER BUNDESTAG

- Rechtsausschuss -

79098 FREIBURG I. BR.

Humboldtstraße 4

Telefon (0761) 217 100

Telefax (0761) 22 3 27

e-mail: kanzlei@ghr-strafrecht.de

Deutsche Bank 0727 974 (BLZ 680 700 24)

Sparkasse Freiburg 2 006 806 (BLZ 680 501 01)

Postbank Karlsruhe 8671-758 (BLZ 660 100 75)

Datum 23.03.2009 b/K

Gutachterliche Äußerungen

Drucksache 16/11736 (27.01.2009)

Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im
Strafverfahren

von Rechtsanwalt Dr. Ferdinand Gillmeister, Freiburg

Vorbemerkung

I.

Absprachen im Strafverfahren, in denen das Gericht auf die Sachverhaltsaufklärung reduziert und dem Beschuldigten als Gegenleistung für ein Geständnis oder einen Verzicht auf Prozessrechte eine milde Sanktion in Aussicht stellt, sind **rechtlich bedenklich** und können das **Vertrauen der Bürger in die Strafrechtspflege beeinträchtigen**.

- Absprachen stehen im **Widerspruch zu wesentlichen Strafprozessgarantien**: Aufklärungspflicht, Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung, Unbefangenheit des Richters. Die Defizite sind auch durch eine gesetzliche Regelung nicht zu beseitigen.
- Absprachen begründen die Gefahr, ein **Zwei-Klassen-Strafprozessrecht** zu etablieren und eine gleichmäßige Rechtsanwendung zu verhindern. Es hängt von der Qualität der Ermittlungen und der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ab, wieviel Strafnachlass dem Gericht ein Geständnis wert ist. Ob der Beschuldigte an ein absprachebereites Gericht gerät, ist Zufall.
- Der **Angeklagte ist nur scheinbar frei**, ein Absprachenangebot abzulehnen. Gericht und Staatsanwaltschaft äußern eine Sanktionserwartung auch für den Fall, dass die Absprache scheitert. Die faktische Bindung wird evident, wenn das Gericht die Straferwartung für den Fall des Scheiterns schon zu Beginn der Hauptverhandlung öffentlich bekunden muss (so § 243 Abs. 4 StPO-E).
- Da das Gericht "Vertragspartner" der Absprache ist, lautet die Alternative für den Beschuldigten: „Verständigt sich der Beschuldigte nicht "freiwillig" mit Gericht und Staatsanwaltschaft, so **entscheidet das Gericht eben ohne seine Zustimmung.**"
- Die Absprachepraxis im deutschen Strafprozess unterscheidet sich von dem US-amerikanischen **plea-bargaining-Verfahren** wesentlich dadurch, dass dort ein **anderer Richter** zuständig wird, wenn ein guilty plea nicht zustande kommt.
- Die **Absprachen zwingen das Gericht zu einem "Vorurteil"** auf der Grundlage der Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren und bevor der Angeklagte zu Wort gekommen ist. Staatsanwaltschaft und Gericht sind

auf den hinreichenden Tatverdacht durch Anklageerhebung und Eröffnungsbeschluss festgelegt, während der Angeklagte seine Verteidigung noch nicht entfaltet hat.

- Die Absprachepraxis **beeinträchtigt** nicht nur die Sachverhaltsaufklärung, sondern auch die **Klärung** wesentlicher streitiger materieller und formeller Rechtsfragen **durch die Revisionsgerichte**. Die Absprachen können auch dadurch motiviert sein, einen ungewissen Verfahrensausgang zu vermeiden.

II.

Die Absprachen im Strafprozess bergen die Gefahr, das Ansehen der Strafrechtspflege erheblich zu beschädigen. Eine medial vermittelte Anklage nährt unvermeidbar Vorurteile. Die Anklage wird nicht nur als Anlass einer gerichtlichen Untersuchung verstanden. Der Bürger erwartet, dass sich die angeklagten Vorwürfe in einem transparenten und für ihn nachvollziehbaren Verfahren bestätigen. **Jede Absprache, die ohne Öffentlichkeit getroffen wird, erweckt deshalb Argwohn.** Neben den erwähnten (siehe oben I.) dogmatischen und praktischen Bedenken bestehen in der Öffentlichkeit Zweifel, ob die Absprachen rechtlich zulässig sind (begrifflich abwertend: "Deal").

Wenn eine gesetzliche Regelung unverzichtbar erscheint, muss sie deutlich machen, dass die **Verständigung im Strafprozess** zulässig und die Absprachen unter bestimmten prozessualen Voraussetzungen gesetzeskonform sind.

1. Entwurf § 160b StPO-E:

„Die Staatsanwaltschaft kann den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Der wesentliche Inhalt dieser Erörterung ist aktenkundig zu machen.“

Vorschlag:

§ 160b StPO-E ist zu streichen.

- Die Regelung enthält Selbstverständliches.
- Nicht der „Stand des Verfahrens“ soll erörtert werden, sondern die Chance einer möglichen Verfahrensbeschleunigung bzw. Verfahrensabkürzung.
- Die Einschränkung „soweit dies geeignet erscheint“, ist inhaltsleer.
- Die Verpflichtung zu Aktenvermerken über Wesentlichkeiten des Verfahrens ist selbstverständlich.

Alternative Regelung, wenn man an die Staatsanwaltschaft den Appell richten will, mit den Verfahrensbeteiligten verfahrensfördernde Maßnahmen zu besprechen:

„Die Staatsanwaltschaft kann mit den Verfahrensbeteiligten jederzeit verfahrensfördernde Maßnahmen erörtern“.

2. Entwürfe § 202a StPO-E und § 212 StPO-E:

Entwurf § 202a StPO-E:

„Erwägt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, kann es den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Der wesentliche Inhalt dieser Erörterung ist aktenkundig zu machen.“

Entwurf § 212 StPO-E:

„Nach Eröffnung des Hauptverfahrens gilt § 202a entsprechend.“

Vorschlag:

§ 202a StPO-E und § 212 StPO-E sind zu streichen.

- Die Vorschriften regeln Selbstverständliches.
- Der Entwurf erweckt den Eindruck, das Gericht habe eine "Initiativaufgabe", eine Absprache auf den Weg zu bringen. Tatsächlich verlangt die richterliche Unabhängigkeit insoweit eher Zurückhaltung.
- Offen bleibt, wie sich das Gericht bei Teileröffnungen, bei Eröffnungen vor einem rangniedrigeren Gericht oder bei Eröffnungsentscheidungen mit abweichenden rechtlichen Beurteilungen verhalten soll.
- Auch wenn das Gericht die Eröffnung des Verfahrens ablehnen will, können Gespräche mit der Staatsanwaltschaft (Rücknahme der Anklage) mit dem Privatkläger (Eröffnungsentscheidung im Privatklageverfahren, § 383 Abs. 1, 2 StPO) oder mit dem Verteidiger/ Beschuldigten (z. B. Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO) verfahrensfördernd sein.

Alternative:

Will der Gesetzgeber an die Gerichte appellieren, verfahrensfördernde Maßnahmen außerhalb der Hauptverhandlung zu ergreifen, empfiehlt sich eine Regelung in Zusammenhang mit § 201 StPO (Mitteilung der Anklageschrift).

neu: § 201 Abs. 1 Satz 2 StPO-E

„Das Gericht kann mit den Verfahrensbeteiligten jederzeit auch außerhalb der Hauptverhandlung verfahrensfördernde Maßnahmen erörtern.“

3. Entwurf § 243 Abs. 4 StPO-E:

„Der Vorsitzende teilt mit, ob Erörterungen nach §§ 202a, 212 stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Diese Pflicht gilt auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben.“

Vorschlag:

§ 243 Abs. 4 StPO-E ist zu streichen.

- Ab wann in einem Gespräch „die Möglichkeit einer Verständigung“ erörtert wurde (Folge: Mitteilungspflicht des Vorsitzenden) oder nur über

das Prozedere, den Umfang der Beweisaufnahme oder über Rechtsfragen (ohne Verständigungsziel) gesprochen wurde, ist unklar und kann von den Verfahrensbeteiligten unterschiedlich beurteilt werden.

- Es ist vorhersehbar, dass es anlässlich der Inhaltswiedergabe über Einzelheiten und Tendenzen der Anbahnungsgespräche Differenzen geben wird, besonders wenn eine Absprache gescheitert ist. Der Streit über die "richtige" Inhaltswiedergabe wird die Hauptverhandlung schon zu Beginn belasten.
- Nachdem der Vorsitzende den wesentlichen Inhalt der möglicherweise gescheiterten Gespräche mitgeteilt hat, werden die übrigen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit erhalten müssen, ihre Sicht der Dinge darzulegen.
- Es macht keinen Sinn, nur die mündlichen Erörterungen in der Hauptverhandlung mitzuteilen und entsprechende schriftsätzliche Vorträge mit Absprachetendenz als Akteninhalt geheim zu halten (z. B. Anfrage des Verteidigers an Gericht und Staatsanwaltschaft ein Verfahren nach § 153a StPO gegen Schadenswiedergutmachung und Geständnis einzustellen).
- Die vorgesehene Vorschrift § 243 Abs. 4 StPO-E beschränkt das offene Vorgespräch zwischen den Verfahrensbeteiligten, weil unklar ist, was der Vorsitzende später daraus in der Hauptverhandlung referiert.
- § 243 Abs. 4 StPO-E droht Gegenstand einer Separatabsprache zu werden, in dem sich die Verfahrensbeteiligten darauf einigen, was in der Hauptverhandlung durch den Richter mitgeteilt werden soll.

4. Entwurf § 257b StPO-E:

„Das Gericht kann in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern.“

Vorschlag:

§ 257b StPO-E ist zu streichen.

- Die Regelung beschreibt eine Selbstverständlichkeit. Das Gericht ist stets berechtigt und unter Beschleunigungsgesichtspunkten verpflichtet, "das Verfahren zu fördern".
- Im Übrigen wird diese Regelung von § 257b StPO-E ("erörtern" und "fördern") im Entwurf § 257c Abs. 1 vorausgesetzt (siehe dazu unten).
- Wählt man die oben vorgeschlagene Alternativregelung zu § 202a StPO-E (siehe hier Ziff. 2), so wäre der Regelungsgehalt von § 257 StPO-E dort erfasst.

5. Entwurf § 257c Abs. 1 StPO-E:

„Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.“

Stellungnahme:

Der Zusatz "in geeigneten Fällen" ist überflüssig.

Der Hinweis auf die Geltung der Amtsaufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO ist unverzichtbar.

6. Entwurf § 257c Abs. 2 StPO-E:

„Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch, die Ankündigung auf Rechtsmittel zu verzichten, sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.“

Stellungnahme:

Der Positiv-Katalog zum Gegenstand der Verständigung ist unklar und vage. Er ist entbehrlich. Die Formulierung "sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren", hat keine Kontur.

Das Postulat "Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein", entfaltet einen „Geständnisdruck“ und sollte nicht normiert werden. Andere Verhaltensformen des Angeklagten haben je nach Prozesslage ebenfalls Gewicht: Schadenswiedergutmachung, Bereitschaft zum Täter-Opfer-Ausgleich (§ 46 a StGB), Rücknahme von Prozessanträgen, Aufklärungshilfe über die angeklagte Tat hinaus, etc.

Satz 3 der Regelung ist inhaltlich nicht zu beanstanden. Die Reihenfolge der Regelungsverbote sollte lauten:

Der Schuldspruch, Maßregeln der Besserung und Sicherung und die Zusage, auf Rechtsmittel zu verzichten ...

7. Entwurf § 257c Abs. 3 StPO-E:

„Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwalt dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.“

Satz 1 anders gefasst:

„Das Gericht unterbreitet einen Vorschlag zur Verständigung.“

Stellungnahme:

Das Gericht darf keine Strafuntergrenze festlegen, weil es im Geständnis oder der weiteren Beweisaufnahme noch bis dahin unbekannt entlastende

Strafzumessungstatsachen erfahren kann (z. B. Schadenswiedergutmachung, schuld mindernde Umstände, Nachtatverhalten etc.)

Es ist zu befürworten, dass alle Verfahrensbeteiligte, somit auch der Nebenkläger, Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Die Wirksamkeit des Vergleiches soll jedoch von der Zustimmung der Nebenklage nicht abhängen. Dies sollte ausdrücklich geregelt werden. Im Übrigen ist die Zustimmung des Nebenklägers auch für die Verfahrenseinstellungen nach §§ 153, 153a StPO nicht erforderlich. Der Nebenkläger kann ein Urteil auch nicht mit dem Ziel anfechten, eine andere Rechtsfolge zu erreichen, § 400 Abs. 1 StPO.

8. Entwurf § 257c Abs. 4 StPO-E:

„Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn es zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zu Grunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.“

Stellungnahme:

Die Voraussetzungen, unter denen sich das Gericht von der Vereinbarung lösen darf, müssen eng gefasst sein und Ausnahmecharakter haben. Der Beschuldigte muss sich auf die Bindungswirkung der Absprache verlassen dürfen, zumal er in der Regel mit einem Geständnis vorleistet und Verteidigungschancen aufgibt.

Das Gericht darf sich von seiner Zusage nur lösen, wenn sie rechtswidrig ist. Dies kann daraus folgen, dass neue nachgewiesene Tatsachen, die zum

Verfahrensgegenstand gehören (§ 264 StPO), die in Aussicht gestellte Rechtsfolge als nicht mehr schuldangemessen erscheinen lassen oder andere rechtlich zwingende Vorschriften entgegenstehen. Im Übrigen entfällt die Bindungswirkung für das Gericht nur unter der Voraussetzung, dass der Beschuldigte seine Zusage (Geständnis, bestimmtes Prozessverhalten etc.) nicht einhält.

Absatz 4 könnte demnach wie folgt gefasst werden:

„Die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt, wenn die Zusage rechtswidrig ist oder der Angeklagte seine Zusage nicht einhält. Das Gericht hat unverzüglich mitzuteilen, wenn es sich an die Verständigung nicht mehr gebunden fühlt. Entfällt die Bindungswirkung, so darf das Geständnis des Angeklagten nicht verwertet werden.“

9. Entwurf § 257c Abs. 5 StPO-E:

„Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.“

Stellungnahme:

Die Formulierung des Entwurfs ist unklar, weil das Gericht den Angeklagten nicht generell über die „Folgen einer Abweichung des Gerichtes ... belehren“ kann.

Vorschlag zur Fassung von § 257c Abs. 5 StPO-E:

Das Gericht teilt den Verfahrensbeteiligten unverzüglich mit, aus welchen Gründen es an die Verständigung nicht gebunden ist. Der Angeklagte ist darüber zu belehren, dass ein Geständnis, das er im Vertrauen auf die Geltung der Verständigung abgegeben hat, nicht verwertet werden darf.

(Mit diesem Gesetzeswortlaut ist § 257 c Abs. 4 Satz 3 StPO-E: „Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen“ obsolet.)

10.

Die Hinweise in den Urteilsgründen gem. § 267 StPO sind sachgerecht.

11.

Zur Beurkundung der Absprachen im Hauptverhandlungsprotokoll gem. § 273 StPO

Nach dem geltenden Prozessverständnis müssen „der Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiedergegeben“ werden. Dazu gehören nicht die Modi, wie sich die Verfahrensbeteiligten – unter Umständen zunächst ohne Beteiligung des Gerichts – angenähert haben und welche angedeuteten Vorschläge vorübergehend im Raume standen. Es kann nicht ernsthaft erwartet werden, dass über die Annäherungsgespräche, über das Abtasten einer möglichen Verständigung und die gewünschten Rechtsfolgen aussagekräftige Äußerungen ins Protokoll gelangen. Die erwarteten Ablaufdarstellungen werden nicht geeignet sein, mögliche Unredlichkeiten einer Verständigung zu beweisen.

Im Protokoll müssen mit der Beweiskraft gem. § 274 StPO vermerkt sein:

- a) Wortlaut des Ergebnisses der Verständigung
- b) Beteiligte an der Verständigung und deren Zustimmung zur Verständigung
- c) Mitteilung des Gerichts, wenn und ggf. aus welchen Gründen es sich an die Verständigung nicht mehr gebunden fühlt
- d) Die Belehrung, dass nach dem Scheitern der Verständigung das Geständnis des Angeklagten, das dieser in Erfüllung der Absprache abgegeben hat, nicht verwertet werden darf.

12. In geeigneten Fällen hat das Gericht zu protokollieren, dass eine Verständigung versucht, aber erfolglos blieb.

13. Die Ergänzung von § 302 Abs. 1 StPO:

„Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist ein Verzicht unwirksam, es sei denn, der Betroffene ist nach § 35a Satz 3 belehrt worden.“

ist sachgerecht.

14. Ergänzung zum Gesetzentwurf: Notwendige Verteidigung

Eine bindende Absprache zwischen allen Verfahrensbeteiligten bedingt eine *notwendige Verteidigung*. Der Beschuldigte, der als einziger Verfahrensbeteiligter (mit Ausnahme der Laienrichter) keine Aktenkenntnis hat, kann sich nicht in einer Absprache verpflichten, weil er die Reichweite seiner Verpflichtung und die Chancen seiner Verteidigung ohne die Absprache nicht kennt. Er kann nicht beurteilen, ob die ihm in Aussicht gestellte Rechtsfolge eine „faire Gegenleistung“ für das von ihm verbindlich verlangte Geständnis darstellt.

Die gesetzliche Regelung, dem Beschuldigten schon für den Fall einer nur geringen Freiheitsentziehung im Strafbefehlsverfahren gem. § 408b i.V.m. § 407 Abs. 2 Satz 2 StPO einen Verteidiger zur Seite zu stellen, muss erst Recht für die Absprache im Strafverfahren gelten. Mit der Möglichkeit, auch nach einer Verständigung ein Rechtsmittel zu führen, wird die Bindung an die Verständigung nicht aufgehoben.

In den meisten Fällen (erstinstanzliche Strafkammer-Anklagen und Anklagen mit Straferwartung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe) sind die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung ohnehin gegeben. In den übrigen Absprachefällen muss - entsprechend der Strafbefehlslösung - jedenfalls dann eine notwendige Verteidigung angenommen werden, wenn die Verständigung als Rechtsfolge eine Freiheitsstrafe vorsieht.

Dr. F. Gillmeister, Rechtsanwalt