

Kommunikation und Verständigung im Strafverfahren

**Ergebnisse der Beratungen des
rechtspolitischen Arbeitskreis
Schwanenwerder**

policy

paper

Rechtspolitischer Kreis Schwanenwerder:
Kommunikation und Verständigung im Strafverfahren
Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]
Berlin 2025

Strafverteidigervereinigungen | Organisationsbüro
Münchener Str. 16
10779 Berlin

Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen (Hg.)

*Rechtspolitischer Kreis
Schwanenwerder*

Kommunikation und Verständigung im Strafverfahren

Berlin, Februar/März 2025

Autor*innen & Rechtspolitischer Kreis

Die vorliegenden Vorschläge zur Kommunikation und Verständigung im Strafverfahren sind das Ergebnis der Beratungen des **Rechtspolitischen Kreises Schwanenwerder**, der auf Einladung des Organisationsbüros der Strafverteidigervereinigungen am 7. und 8. September 2024 in Berlin tagte.

An dem Rechtspolitischen Kreis Schwanenwerder nehmen Strafverteidiger*innen sowie Vertreter*innen der Strafrechtswissenschaften und anderer Disziplinen teil, um verbandsübergreifend und interdisziplinär aktuelle Fragen der Strafrechtspolitik zu diskutieren.

An dem vorliegenden Papier wirkten mit:

Dr. Caroline Arnemann,
Dr. Eren Basar,
Prof. Dr. Jan Bockemühl,
Stefan Conen (Organisationsbüro),
Prof. Dr. Robert Esser,
PD Dr. Oliver H. Gerson,
Prof. Dr. Michael Gubitza,
Prof. Dr. Georg Güntge,
Jes Meyer-Lohkamp,
Markus Meißner,
Dr. Toralf Nöding,
Thomas Uwer (Organisationsbüro).

*k*ommunikation und Verständigung im Strafverfahren

Vorab

Wann immer der Strafprozess in den letzten Legislaturperioden des Deutschen Bundestags Gegenstand von Gesetzesinitiativen war, wurde die Überlastung der Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte beklagt: Strafverfahren würden immer länger, die Effektivität der Strafrechtspflege stehe auf dem Spiel. Der Gesetzgeber hat sich dem Anliegen mit mehreren Vorhaben angenommen, die vor allem unter den Stichworten ›Modernisierung‹, ›Effektivierung‹ und ›Praxistauglichkeit‹ Abhilfe schaffen sollten.

All diesen Initiativen war gemein, dass sie als abzubauen Hemmnisse der Verfahrensbeschleunigung zuvörderst die Rechte von Beschuldigten und ihrer Verteidigung in den Blick nahmen.

Mit diesem sukzessiven Abbau von Verteidigungsrechten ging zwangsläufig ein Machtzuwachs von Staatsanwaltschaft und Gericht einher, der das im Strafverfahren ohnehin bereits angelegte Machtverhältnis noch vertiefte und dem Strafprozess eine Unwucht verlieh, vor der vielfach, indes ohne Erfolg, gewarnt worden ist.

Tatsächlich hat der Gesetzgeber es schlicht versäumt, solche Mechanismen zu etablieren, die das neu entstandene vertiefte Machtgefälle zwischen Justiz und Verteidigung wenigstens insofern kompensieren als sie hinsichtlich der Verfahrensführung für eine gesteigerte Transparenz sorgen. Eine transparente Verfahrensführung fördert den Gang des Verfahrens und ist zudem geeignet, die Effektivität der Entscheidungsfindung zu sichern.

Nach den Befunden der Studie »Praxis der Verständigung im Strafprozess« von Altenhain/Jahn/Kinzig aus 2021 – im Lichte des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 – ist eine Reform der gesetzlichen Regeln zur Verständigung unumgänglich. Davon unabhängig berühren die nach wie vor (fehlenden) gesetzlichen Regelungen für eine transparente Kommunikation aller am Strafprozess Beteiligten die Gewährleistung eines fairen Verfahrens.

Der rechtspolitische Arbeitskreis Schwanenwerder hat zu beiden Themen im Herbst 2024 getagt und Vorschläge erarbeitet, die nachfolgend vorgestellt werden.

Inhalt

I. Präambel

II. Kommunikation

1. Reformvorschlag § 238 Abs. 1 StPO
2. Reformvorschlag § 238 Abs. 2 StPO
3. Reformvorschlag § 244 Abs. 6 StPO
4. Reformvorschlag § 257 Abs. 4 StPO
5. Reformvorschlag § 257b StPO
6. Ergänzung Dokumentationspflicht

III. Verständigung

1. Reformvorschlag § 257c Abs. 2 S. 2 StPO
2. Zur Frage der reformatio in peius bei Verständigungen

I. Präambel

Mehr Kommunikation wagen!

Verhandlungsleitung unter kommunikativer Einbindung der anderen Verfahrensbeteiligten als Instrument eines effektiven und modernen Strafverfahrens

Effektive Kommunikation als elementarer Baustein eines rechtsstaatlichen Strafprozesses

Eine ausgeglichene und waffengleiche Kommunikation der Verfahrensbeteiligten im Strafverfahren ist eine Voraussetzung für die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz. Es geht – vereinfacht gesagt – um das gelungene »Mit(einander)reden«.¹ Die praktischen Abläufe des Strafverfahrens in ihrer aktuellen Ausgestaltung stellen jedoch in großen Teilen eine sog. »Zwangskommunikation« dar: Sie entwickelt sich nicht frei und natürlich, sondern verläuft institutionalisiert² und verzerrt.³ Die Würdigung seiner gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und dem Gericht getätigten Äußerungen und Einlassungen wird dem Beschuldigten typischerweise vorenthalten.⁴ Er wird dadurch im Dunkeln darüber gelassen, welche Teile seiner Äußerungen rezipiert und in welcher Art und Weise sie verstanden worden sind. Das betrifft nicht nur den Beschuldigten, sondern auch seinen Rechtsbeistand. Auch dieser befindet sich – so erleben es Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger bundesweit – nicht selten im regelrechten »Blindflug«, teils über das gesamte Verfahren hinweg.

Diese Form der zutiefst verzerrten Kommunikation zeichnet bereits das Ermittlungsverfahren aus und spiegelt sich als Handlungsmaxime auch in vielen, wenn nicht nahezu allen durchgeführten gerichtlichen Hauptverhandlungen wider.

Zutreffend wird das Strafverfahren daher auch als »zerbrochene Kommunikation«⁵ beschrieben, in der »in einem [...] asymmetrischen, überhaupt einem pathologischen Prozess« über Recht- und Rechtsanwendung diskutiert wird.⁶ Der Beschuldigte wird darin strukturell kommunikativ benachteiligt,⁷ die Verteidigung in der Ausübung ihrer Rechte beschnitten.

¹ Das ist unabdingbar, denn »[...] weil es ein Verfahren ist, ist es von konsensualen Partikeln geradezu durchsetzt«, vgl. Hassemer, FS Hamm (2008), S. 171, 178.

² Rommerskirchen, Prekäre Kommunikation: die Vernehmung in der multikulturellen Gesellschaft (2011), S. 185.

³ Rzepka, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren (2000), S. 431. Daher auch »institutionalisierte« oder »asymmetrische« Kommunikation genannt, vgl. Giehring, Rechte des Beschuldigten, Handlungskompetenz und kompensatorische Strafverfolgung, in: Hassemer/Lüderssen (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts (1978), S. 181, 189.

⁴ Vgl. Gundlach, Die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren (1984), S. 158 ff. m.w.N.

⁵ Rottleuthner, KJ 1970, 60, 82; dazu auch Sacher, FS Schünemann (2014), S. 957, 958; Gerson, StraFo 2022, 2 ff.

⁶ Rottleuthner, KJ 1970, 60, 83.

⁷ So auch Gerson, Das Recht auf Beschuldigung (2016), S. 406 ff. m.w.N.

Eine freie(re) Kommunikation unter förderlichen Bedingungen sei im Strafverfahren nach Auffassung vieler Justizvertreter jedoch schlicht nicht umsetzbar. Dies zeugt von Resignation. »Verfahrenstauglichkeit« wird zur Ausrede, um Verbesserungsansätze abzuwehren; eine Haltung, die dem Verfahren als Ganzes schadet. Die Stärkung der kommunikativen Autonomie⁸ des Beschuldigten dient schließlich nicht allein seinen eigenen Interessen und denen der Verteidigung, sondern ist vor allem auch geeignet, die Effektivität und Praxistauglichkeit des Verfahrens als Ganzes zu fördern.

Kommunikative Partizipation oder kommunikative Entmündigung?

Die dem Verfahrensmodell mittlerweile innewohnende, kommunikative Entmündigung und Wehrlosstellung⁹ des Beschuldigten könnte ohne weiteres dadurch ausgeglichen werden, dass sein rechtlicher Beistand aktiver als bislang in die Verfahrenskommunikation eingebunden wird. Die Verteidigung muss wieder zu einem effektiven »Sprachrohr« für die (Teilhabe-)Rechte des Angeklagten ausgestaltet werden!

Als Ausdruck des status activus processualis¹⁰ ist die effektive Teilhabe als Element der Verfahrensfairness i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK verfassungsrechtlich verankert.¹¹ Durch jüngste Modifikationen in der StPO sowie die damit einhergehende, stetig kommunikationsverengende Rechtsprechung wurden diese Mindestanforderungen an eine Teilhabe auf Augenhöhe jedoch nach und nach ausgehöhlt. Reformen des Beweisantragsrechts¹² haben eine – nunmehr gesetzliche¹³ – Fristenlösung etabliert (§ 244 Abs. 6 S. 3 bis 5 StPO), die in bisher nie dagewesener Form die Möglichkeiten der Verteidigung beschränkt, noch während der Hauptverhandlung auf einen formalisierten Dialog mit dem Gericht hinwirken zu können.¹⁴

Eine derartige gesprächsverweigernde Grundhaltung, die der StPO teils inhärent ist und von Seiten der Justiz teils unterlegt wird, ist kontraproduktiv. Der Beschuldigte wird dadurch zum Spielball des Verfahrens und seiner inneren Mechanismen. Als Subjekt des Verfahrens¹⁵ bedarf er jedoch eines wirksamen Schutzes vor Instrumentalisierung.

⁸ Konzeptionell aufbereitet von Gerson (Fn. 7), S. 393 ff. m.w.N.

⁹ Gerson (Fn. 7).

¹⁰ Dazu Häberle, VVDStRL 1972, 43 ff.; 86 ff.; Jahn, FS Kirchhof Bd. II (2013), § 128 Rn. 4.

¹¹ Jahn, ZStW 115 (2003), 815, 823.

¹² Vgl. das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017, BGBl. I 3202. Die Fristsetzungskompetenz fand sich ursprünglich in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO a.F. und wurde im Jahr 2019 in Satz 3 verschoben (Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019, BGBl. I S. 2121; vgl. auch BT-Drs. 19/14747, 33 f.).

¹³ Zu den Entwicklungen von Fristenlösungen praeter legem bereits BGH NJW 2005, 2466, NJW 2007, 2501 und NJW 2009, 605.

¹⁴ Vgl. auch die neueste, restriktive Rechtsprechung BGH NJW 2024, 1122, 1123 (dazu: Börner, NStZ 2024, 319 ff.; Schork, NJW 2024, 1122, 2217; Habetha, NJW 2024, 1547 ff.) sowie BGH NStZ 2024, 440; kritisch Habetha, NStZ 2024, 385 ff.; vermittelnd Gerson, HRRS 2024, 352 ff.

¹⁵ BVerfGE 63, 380, 390; BVerfG StV 2001, 601, 602; BGHSt 38, 372, 374; Rieß, JA 1980, 293; Fincke, ZStW 95 (1983), 918; Vogel/Matt, StV 2007, 206, 213; Basdorf, StV 2010, 414.

›Subjekt des Verfahrens‹ (Grund-)Recht auf kommunikative Beteiligung

Konkrete Forderungen an die Ausweitung der Kommunikation zwischen den an einem Strafverfahren Beteiligten müssen sich in dem durch das Verfassungsrecht gesteckten Rahmen halten. In den Mittelpunkt rückt dabei das Recht auf ein faires Verfahren, vom BVerfG abgeleitet aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, dem traditionell das Gebot der Gewährleistung einer effektiven Teilhabe am Verfahren entlehnt werden kann.

Das Recht des Beschuldigten und späteren Angeklagten auf Partizipation, d.h. auf »kommunikative Beteiligung am Verfahren«,¹⁶ wird überdies durch Art. 103 Abs. 1 GG abgesichert.¹⁷ Das dort garantierte Recht auf rechtliches Gehör ist als sog. grundrechtsgleiches Recht einzuordnen¹⁸ und stellt ein »prozessuales Urrecht des Menschen«¹⁹ (vgl. habeas corpus) dar. Als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips,²⁰ der Subjektstellung des Beschuldigten²¹ und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts²² ist es unmittelbar im Kerngehalt der Menschenwürde angesiedelt.²³ Als objektiv-rechtliches Verfahrensprinzip²⁴ gehört es zu derjenigen Dimension der Grundrechte, die Gerechtigkeit durch Verfahren²⁵ erzeugen (sollen).²⁶

Aus Art. 103 Abs. 1 GG ergibt sich zuvörderst ein Recht auf Information,²⁷ denn nur der informierte Belastete kann sach- und zweckdienlich auf die ihn adressierenden Vorwürfe reagieren. Das daran anknüpfende Recht auf Äußerung fordert ein, dass dem Betroffenen die Möglichkeit offensteht, rechtlich und effektiv zu den vorgebrachten Umständen Stellung zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich dabei nicht nur auf das Recht, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern.²⁸

16 BVerfGE 1, 428, 429; 6, 19, 20; 7, 53, 57; 8, 253, 256; Kühne, Strafprozessrecht (9. Aufl. 2015), § 12 Rn. 264.

17 Kühne (Fn. 16) § 12 Rn. 264; Nagel, StraFo 2013, 221, 222.

18 Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte (40. Aufl. 2024), § 31 Rn. 1176; Kühne (Fn. 16), § 12 Rn. 264.

19 BVerfGE 6, 12, 14; 9, 89, 96; 55, 1, 6; 107, 395, 408.

20 BVerfGE 9, 89, 95; 107, 395, 409.

21 BVerfGE 89, 28, 35; Rzepka (Fn. 3), S. 340; s.a. Epping/Hillgruber/Radtke/Hagemeyer, GG (3. Aufl. 2020), Art. 103 Rn. 1.

22 BVerfGE 27, 88, 103 (in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG).

23 BVerfGE 7, 275, 279; Kühne (Fn. 16), S. 93; Rzepka (Fn. 3), S. 340.

24 BVerfGE 55, 1, 6.

25 Vgl. BVerfG Beschl. v. 27.8.1978 – 1 BvR 361/78, BVerfGE 49, 220 ff., Rz. 20: »Das Verfahrensrecht dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber auch gerechter Entscheidungen. Sind dem Richter im Interesse einer angemessenen Verfahrensgestaltung Ermessensbefugnisse eingeräumt, so müssen diese Vorschriften im konkreten Fall im Blick auf die Grundrechte ausgelegt und angewendet werden; sie dürfen nicht zu einer Verkürzung des grundrechtlich gesicherten Anspruchs auf einen effektiven Rechtsschutz führen«; vgl. schon BVerfGE 42, 64, 73.

26 Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte (2000), S. 237; Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien: ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1981, S. 324 f.; 328.

27 BVerfGE 55, 95, 99.

28 BVerfGE 86, 133, Ls. 1.

Das betreffende Gehör muss in zumutbarer Weise²⁹ und mit genügender Vorbereitungszeit³⁰ gewährleistet sein. Das arrondierende Recht auf Berücksichtigung³¹ fordert, dass Äußerungen des Betroffenen von einem aufnahmefähigen und -bereiten Richter vernommen und gewürdigt werden, denn

»[w]er bei Gericht formell ankommt, soll auch substantiell ankommen, also wirklich gehört werden.«³²

Der Schutzbereich des rechtlichen Gehörs umfasst demzufolge das Recht, vor dem Erlass einer benachteiligenden Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Sicht eine Stellungnahme abgeben zu dürfen.³³ Der Anspruch auf rechtliches Gehör soll dadurch »Überraschungsentscheidungen« verhindern.³⁴ Die diesen Anforderungen genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen kann, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommt.³⁵ Das Recht auf Information, das Recht auf Mitteilung der eigenen Ansicht und das Recht auf Berücksichtigung derselben bilden das Fundament des kommunikativen »Über-sich-selbst-verfügens«.

Die in der Praxis zu beobachtende justizielle Skepsis gegenüber offenerer Kommunikation der neuen Zeit steht alledem entgegen. Dabei war die Rechtsprechung in diesem Punkt noch vor einigen Jahren weitaus aufgeschlossener. So konstatierte der BGH im Jahr 1996:³⁶

»Einem Richter ist es nicht verwehrt, zwecks Förderung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt aufzunehmen (BGH StV 1988, 417, 418 m.w.Nachw.). Gegen Rechtsgespräche ist generell nichts einzuwenden. Selbst Absprachen, die bei Beteiligten einen Vertrauenstatbestand schaffen, sind trotz der hiergegen geltend gemachten Bedenken nicht ohne weiteres prozeßordnungswidrig noch ein Verstoß gegen Prinzipien eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens.«

Die Ermöglichung solcher Rechtsgespräche soll auch in Zukunft nicht als Freibrief für ein Verhandeln neben dem Gesetz missverstanden werden. Ausgeschlossen war und ist seit jeher der »Handel mit der Gerechtigkeit«.³⁷ Doch ein solcher Ausverkauf der schützenden Formen droht nicht bereits dann, wenn sich Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung über den Stand des Verfahrens austauschen.

²⁹ Vgl. BGH NJW 1959, 1330: »Ein gläubiger Jude, gegen den an einem hohen jüdischen Feiertage (1. Tag des Laubhüttenfestes) eine Hauptverhandlung stattfindet, hat nicht das erforderliche rechtliche Gehör, wenn er sich zur Sache erklären will, sich daran aber durch das jüdische Gesetz gehindert sieht.«

³⁰ Vgl. BVerfGE 8, 89; zum Ganzen: Kühne (Fn. 16), § 12 Rn. 265.

³¹ BVerfGE 11, 218; 63, 80, 85 ff.; 86, 133 ff.; 115, 166, 180.

³² BVerfG Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, Rz. 2a,

³³ BVerfGE 69, 141 ff., Rn. 10; vgl. auch BVerfGE 50, 32, 36; 60, 247, 249; 250, 252; 65, 305, 307; s.a. Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 18), § 31 Rn. 1177.

³⁴ Vgl. BVerfGE 9, 259; BVerfG Beschl. v. 29.5.1991 – 1 BvR 1383/90, Rn. 7; BVerfG Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, Rn. 48; Kühne (Fn. 16), § 12 Rn. 265; Rzepka (Fn. 3), S. 168 m.w.N.; Meinecke, StV 2015, 325.

³⁵ BVerfG Beschl. v. 29.5.1991 – 1 BvR 1383/90, Rz. 7.

³⁶ BGH NJW 1996, 1763.

³⁷ BGH NJW 1987, 2662, 2663.

Mitteilungspflichten des Gerichts

In Bezug auf Mitteilungspflichten des Gerichts ist legislativ eine positiv zu bewertende Bewegung eingetreten: Durch die Erweiterung des § 265 StPO im Jahr 2017³⁸ hat der Gesetzgeber die normierten Hinweispflichten auf Fälle erweitert, in denen sich in der Hauptverhandlung die Sachlage gegenüber der Schilderung des Sachverhalts in der zugelassenen Anklage verändert hat. Der Angeklagte ist sodann nach § 265 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 StPO auf die geänderte Tatsachengrundlage »besonders« hinzuweisen. Dies gilt auch dann, wenn sich eine solche Änderung aus dem Gang der Hauptverhandlung ohne Weiteres ableiten lässt.³⁹

Dass dieser Fairnesszugewinn für die Praxis spürbare Effektivitätsverluste nach sich gezogen hat, wird nicht berichtet. Ganz im Gegenteil: Es kann der Grundsatz deduziert werden, dass das Gericht die Verteidigung nicht sehenden Auges in die »falsche Richtung« laufen lassen darf, sondern aus eigenem Antrieb darauf hinwirken muss, dass die Antragsstellung der Verfahrensbeteiligten den Zwecken des Verfahrens dienen. Dafür sind Hinweise erforderlich, die die Marschrichtung des Gerichts konturieren. Eine richterliche »Blackbox«, die erst im Urteil (bzw. bei der Urteilsverkündung) geöffnet wird, entspricht nicht (mehr) den Vorstellungen eines modernen Strafverfahrens. Sie wäre prozessökonomisch zudem ineffektiv. Vielmehr ist eine kommunikative Verhandlungsgestaltung angezeigt.

Auch das BVerfG hat in seinem »Verständigungsurteil« im Jahr 2013 deutlich auf die Bedeutung einer solchen kommunikativen Verhandlungsgestaltung hingewiesen:

»[D]as Grundgesetz [steht] unverbindlichen Erörterungen der Beurteilung der Sach- und Rechtslage zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten nicht entgegen. Eine offene, kommunikative Verhandlungsführung kann der Verfahrensförderung dienlich sein und ist daher heute selbstverständliche Anforderung an eine sachgerechte Prozessleitung. So begegnen etwa Rechtsgespräche und Hinweise auf die vorläufige Beurteilung der Beweislage oder die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.«⁴⁰

In der Praxis sind diese – noch unterhalb der Verständigung i.S.d. § 257c StPO angesiedelten und verfassungsrechtlich abgesegneten – Freigaben für die offene Kommunikation der Verfahrensbeteiligten allerdings noch nicht flächendeckend ins Bewusstsein der Justizakteure eingesickert. Diesem hinter den verfassungsrechtlichen Vorgaben zurückbleibendem Zustand ist daher abzuhelpen: Der justiziell dominierte Monolog des reformierten Inquisitionsprozesses⁴¹ ist mithilfe eines dialogischen⁴² Denkens zu überwinden.⁴³ Bereits jetzt enthält das geltende

³⁸ Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017, BGBl. I S. 3202.

³⁹ BGH Beschl. v. 14.6.2018 – 3 StR 206/18, Rz. 14 f.; zustimmend *Schlosser*, NStZ 2020, 267 ff.; a.A. BGH Beschl. v. 8.5.2018 – 5 StR 65/18, Rz. 5.

⁴⁰ BVerfG NJW NJW 2013, 1058, 1068.

⁴¹ Hierzu *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen (1967), S. 191ff.

⁴² So auch *Nagel*, StraFo 2013, 221, 226.

⁴³ *Kühne* (Fn. 16), S. 13 ff.; ähnlich *Ignor*, ZStW 119 (2007), 927, 930.

Verfahrensrecht Versatzstücke und Fragmente eines kommunikativen Verfahrensmodells,⁴⁴ so unter anderem in §§ 202a, 212, 257b StPO⁴⁵ und auch in § 265 StPO. Die Regelungen erscheinen zwar rudimentär,⁴⁶ weil sie vorrangig nur die Möglichkeit zur Erörterung des Verfahrensstands eröffnen. Sie zielen jedoch nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers darauf ab,

»dass sich die Verfahrensbeteiligten nicht voneinander abschotten, sondern da, wo es für das Verfahren geeignet erscheint, eine gemeinsame Aussprache suchen.«⁴⁷ Der »transparente Verfahrensstil« dient dabei »sowohl dem Interesse des Gerichtes, z.B. eine möglichst effiziente und zweckgerichtete weitere Gestaltung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten zu besprechen, wie auch den Interessen der anderen Verfahrensbeteiligten daran, ihr weiteres Prozessverhalten möglichst sachgerecht zu gestalten.«⁴⁸

Auch die strafprozessuale Verständigung nach § 257c StPO, die empirisch betrachtet »nicht tot«⁴⁹ ist, gehört in das Konvolut derjenigen Regelungen, die das Verfahren kommunikativer und konsensualer⁵⁰ ausgestalten (hätten) sollen.⁵¹

44 BT-Drs. 16/13095, S. 2; BVerfG NJW 2013, 1058 Rn. 106; *Leitner*, DRiZ 2013, 162; vgl. auch HK-GS/König/Harrendorf (5. Aufl. 2022), § 257b Rn. 1; KK-StPO/Moldenhauer/Wenske (9. Aufl. 2023), § 257b Rn. 2.

45 Zur Einfügung vgl. Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009 (BGBl. I S. 2353).

46 BeckOK-StPO/*Eschelbach* (52. Ed. 1.7.2024), § 257b vor Rn. 1: »Der Gesetzgeber hat aber eine bessere Ausgestaltung der Hauptverhandlung als offener Diskurs versäumt, weil es keine Voraussetzungen für die Durchführung eines Rechtsgesprächs und keinen Anspruch der Verfahrensbeteiligten darauf vorgesehen hat. Das wäre bei einer ernsthaften Modernisierung des Strafverfahrens angezeigt gewesen [...]«.

47 BT-Drs. 16/11736, S. 7.

48 BT-Drs. 16/11736, S. 10.

49 Treffend *Jahn*, StraFo 2021, 48, 50 ff. zu den Ergebnissen der Studie »Praxis der Verständigung im Strafprozess« von Altenhain/Jahn/Kinzig.

50 Für eine »echte« Konsensmaxime im Strafverfahren u.a. *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427, 460 f.; MüKo-StPO/*Jahn/Kudlich*, § 257c Rn. 41 ff.; *Kudlich*, Gutachten zum 68. DJT (2010), C S. 56 ff.; *Rosenau*, FS Puppe (2010), S. 1616, 1622 ff.; *Wilke*, StraFo 2019, 495; *Theile*, NStZ 2012, 666, 671; *Gerson* (Fn. 7), S. 351. Kritisch bis ablehnend hingegen *Schünemann*, GA 2018, 181, 184 ff.; ders., ZRP 2009, 104, 106; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (30. Aufl. 2022), § 17 Rn. 27; *Salditt*, FS Tolksdorf (2014), S. 377, 378 f.; *Dutge*, FS Schünemann (2014), S. 875, 887 f.; *Wohlers*, FS Neumann (2017), S. 1375, 1377; *Rönnau*, ZIS 2018, 167, 169 f.; *Greco*, GA 2016, 1, 11; *Herzog*, GA 2014, 688, 691 ff.; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 531 f.; *Wefblau*, StraFo 2007, 1, 4 f.; zur Rekonstruktion des Streitstands aus neuer Zeit: *Papathanasiou*, ZStW 134 (2022), 242 ff.

51 In eine gegenteilige Richtung gedeutet werden – als Grenze einer möglichen Verfahrenskommunikation – könnte der Beschluss des BVerfG v. 20.12.2023 (2 BvR 2103/20) [BVerfG Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, NJW 2024, 1103 = NStZ-RR 2024, 119 = StV Spezial 2024, 51 = wistra 2024, 194], zur Frage, in welchem Umfang ein Strafgericht den konkreten tatgegenständlichen Sachverhalt und die ihn bestimmenden Tatsachen durch Beweiserhebungen aufzuklären hat, in Fällen, in denen sich der Angeklagte (und Revisionsführer) zuvor erstinstanzlich im Rahmen einer Verständigung nach § 257c StPO geständig eingelassen hat. Der Gedankengang wirkt zunächst etwas bizarr, aber die gegenständliche Verfassungsbeschwerde war neben der Verletzung des Gebots schuldangemessenen Strafens explizit auch auf das Recht auf ein faires Verfahren gestützt, dessen Einhaltung der Bf. in Frage stellt, obwohl er eben selbst ganz maßgeblich am Ausgang des Verfahrens mitgewirkt hat. Der Fall selbst ist höchst spezieller Natur, was seine allgemeine Aussagekraft für die Parameter einer verfassungsrechtlich gebotenen Prozessgestaltung deutlich begrenzt. [Verständigung auf Vorschlag des Gerichts, inhaltlich knappes, »formales« Geständnis; schwierige Rechtsmaterie: § 266a StGB; komplexer Sachverhalt: 26 Taten, Beschäftigung von mind. 36 Personen in einem Zeitraum von fast drei Jahren; rund 500.000 Euro Schaden, Berechnungsgrundlage nicht im Urteil mitgeteilt.]

Die Leitlinien zum Amtsermittlungsgrundsatz und zum Gebot der Sachaufklärung, die das BVerfG aus Anlass des Falles nochmals festklopft, schließen eine gesetzgeberische Ausweitung und Strukturierung der Kommunikation unter den Verfahrensbeteiligten keinesfalls aus, im Gegenteil. Als Parameter und zugleich Zielvorgaben eines Verfahrens, das den Anforderungen an die verfassungsrechtlich gebotene Fairness entspricht, arbeitet das höchste deutsche Gericht heraus (plakativ): »justizförmig«, »Ermittlung des wahren Sachverhalts«, »Gebot der Verfahrensfairness und der Unschuldsvermutung«, »Verschränkung von Beweisaufnahme und Beweiswürdigung«. [BVerfG Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rz. 44 f.]

Fairnessgebot und Aufklärungspflicht

Offene Kommunikation widerspricht nicht der Aufgabe des Verfahrens

Die als zentrale Instrumente zur Ermittlung des Sachverhalts proklamierte richterliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) einerseits und das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung auf der Basis einer vollständigen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) andererseits werden durch »mehr Kommunikation« im Verfahren nicht in Frage gestellt. Im Gegenteil: Mehr Kommunikation hilft gerade dabei, »alle auf der Grundlage des materiellen Rechts entscheidungserheblichen Beweisfragen vorzunehmen und diese dem Urteil zugrunde zu legen«⁵² – und dient damit letztlich der Vermeidung von Fehlurteilen resp.: der Annäherung an die materielle Wahrheit.

§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO schließt derzeit jede Disposition über Gegenstand und Umfang der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens aus (kurz: »§ 244 Absatz 2 bleibt unberührt«).

Daraus leitet das BVerfG ab, dass nicht die Verständigung als solche die Grundlage eines Urteils bilden könne, sondern weiterhin allein und ausschließlich die – ausreichend fundierte – Überzeugung des Gerichts von dem von ihm festzustellenden Sachverhalt maßgeblich bleibe. Entgegengewirkt werden solle damit der »Fehleranfälligkeit« eines Geständnisses infolge der für den Angeklagten bestehenden »Anreiz- und Verlockungssituation« und der Gefahr von »Falschgeständnissen«.⁵³ Untersagt ist dem erkennenden Gericht so, »im Wege vertragsähnlicher Vereinbarungen mit den Verfahrensbeteiligten über die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit zu verfügen und sich von dem Gebot schuldangemessenen Strafs zu lösen«.⁵⁴

Das ist paradox und zugleich zutiefst paternalistisch: Über das Fairnessgebot versagt das BVerfG dem Angeklagten – quasi im Sinne und als Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Fürsorge (»Schutzkonzept zu Verständigungen im Strafverfahren«, »verfassungsrechtlicher Schutzgehalt des § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO«) – die Verurteilung auf der Grundlage eines (schmalen) Geständnisses, obwohl der Angeklagte es selbst abgegeben hat. Ob dieser Ansatz dogmatisch überzeugt oder eher nicht, sei dahingestellt. Der von einem auf Kommunikation ausgerichteten Verfahrenstypus zu leistende und vom Gericht im konkreten Fall verfahrensmäßig zu treffende Zielkorridor – die Rationalität der Entscheidung – bleibt jedoch immer noch weit geöffnet:

Methodisch lässt sich festhalten, dass das BVerfG (seiner Kontrollaufgabe entsprechend) nur das gegenwärtig geregelte Verfahrensrecht und seine Anwendung in der Praxis, an einem kaum exemplarischen Fall einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzieht und dabei insbesondere die Regelungen von § 244 Abs. 2 StPO und § 261 StPO goutiert – damit aber einem davon abweichend, stärker mit kommunikativen Elementen angereicherten Verfahrenssystem, wie im Folgenden gefordert, keinesfalls per se eine Absage erteilt.

⁵² BVerfG Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rz. 45.

⁵³ BVerfG Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rz. 46.

⁵⁴ BVerfGE 133, 168, 227, Rz. 105.

»[...] Verpflichtung [...], in Wahrung der Unschuldsvermutung bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen« um zu verhindern, „dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein kann«. ⁵⁵

Fazit

Ein auf Kommunikation ausgerichtetes Verfahrenssystem ist verfassungsrechtlich konstruierbar, wenn es die vom BVerfG verfassungsrechtlich determinierte »Aufgabe des Strafprozesses« erfüllt: »Den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten« ⁵⁶ und zugleich die »Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung« ⁵⁷ zu genügen.

Der über das Gebot der Verfahrensfairness, einem Grund- und Menschenrecht (Art. 6 Abs. 1 EMRK) des Angeklagten, vom BVerfG entwickelte Ansatz, dass ein Geständnis vom Gericht auf seinen Wahrheitsgehalt hin überprüft werden muss, ist Teil dieser Maxime, steht kommunikativen Elementen im Verfahren aber jedenfalls nicht entgegen. Gleiches gilt für das Schuldprinzip, dem auf einer kommunikativen Verfahrensbasis sogar besser Rechnung getragen werden kann.

Zur Gewährleistung des »fundamentalen und verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz[es] der Wahrheitsermittlung« sowie der Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe im Rahmen einer Verständigung (§ 257c StPO) betont das BVerfG in einem weiteren Beschluss aus der jüngeren Zeit ⁵⁸ die Notwendigkeit einer »Herstellung von Transparenz, Öffentlichkeit und einer vollständigen Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens«. Im Fokus steht dabei die Öffentlichkeit der gerichtlichen Hauptverhandlung. ⁵⁹ Auch diese Maßstäbe stehen einer Ausweitung kommunikativer Elemente im Strafverfahren offensichtlich nicht entgegen, da Kommunikation eher zu mehr als zu weniger Transparenz führt.

Ergo: Mehr Kommunikation wagen!

Durch eine Anreicherung der nachfolgenden Vorschriften um Elemente einer kommunikativen Verhandlungsgestaltung soll der Beschuldigte im Rahmen des aufgezeigten geltenden Verfassungsrechts – endlich – kommunikativ autonom gestellt werden, der »Blindflug« der Verteidigung beendet und die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden und der Justiz effektiviert werden.

⁵⁵ Vgl. BVerfG Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rz. 47 (Hervorhebungen nicht im Original).

⁵⁶ BVerfG Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rz. 44.

⁵⁷ BVerfG Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rz. 41.

⁵⁸ BVerfG Beschl. v. 8.11.2023 – 2 BvR 294/22, Rz. 46, NJW 2024, 1097 = NStZ 2024, 553 = StV Spezial 2024, 57 m. Anm. Wu – unter Hinweis auf BVerfGE 133, 168, 207, Rz. 67; BT-Drs. 16/12310, S. 12.

⁵⁹ BVerfG Beschl. v. 8.11.2023 – 2 BvR 294/22, Rz. 47.

II. Kommunikation

1. § 238 Abs. 1 StPO

Wir schlagen vor, § 238 Abs. 1 StPO wie folgt zu ergänzen:

Die Leitung der Verhandlung, die Vernehmung des Angeklagten und die Aufnahme des Beweises erfolgt durch den Vorsitzenden unter kommunikativer Einbindung der anderen Verfahrensbeteiligten.

Nach § 238 Abs. 1 StPO obliegt die Verhandlungsleitung grundsätzlich der/dem Vorsitzenden. Dieser ist damit nicht nur dazu angehalten, alle prozessleitenden Entscheidungen an einer zügigen und sachgerechten Prozessleitung orientiert zu treffen.⁶⁰ Überdies entscheidet der Vorsitzende auch über die Erteilung und Entziehung des Wortes.⁶¹ Diese Wortführungskompetenz charakterisiert das neo-inquisitorische Gepräge des Strafverfahrens wie kein anderer Umstand: Die Intensität der Irritation des Kognitionsbereichs des Gerichts darf ausschließlich von diesem selbst gesteuert werden. Das hat lange Tradition, wenngleich es keinen Mehrwert schafft. Es handelt sich hierbei um eine allenfalls aus Gründen der Aufrechterhaltung der »Hausordnung« sinnvolle Züchtigungsregelung, denn im Hinblick auf die wahrnehmungspsychologischen Grundlagen ist die asymmetrische Wortführung (»Zwangskommunikation«, vgl. bereits oben) kein geeignetes Mittel zu Aufklärung verdeckter Inhalte, sondern lediglich ein sicherer Pfad in gedankliche Sackgassen hinein.⁶² Mit Recht haben sich die Gepflogenheiten in der Praxis daher in den letzten Jahren und Jahrzehnten verändert und Gerichte auch von selbst damit begonnen, ihre nach dem Gesetz verliehene Wortführerschaft nicht mehr »eisern« auszunutzen.

Klar ist zugleich: Eine offene und kommunikative Verhandlungsführung ist der Verfahrensförderung dienlich und stellt eine »selbstverständliche Anforderung an eine sachgerechte Prozessleitung dar.«⁶³ Auch die vom BMJ(V) im Jahr 2014 eingesetzte Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens betonte in ihrem Abschlussbericht (2015), dass die Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Strafverfahrens durch Beschleunigungen und Verfahrensvereinfachungen stets unter der Wahrung der Rechte aller Verfahrensbeteiligten erfolgen müsse. Als Leitlinie zur Effektivierung des Strafverfahrensrechts wurde durch die Expertenkommission daher die Förderung von Transparenz und Kommunikation in der Verhandlungsführung ausgerufen.⁶⁴

⁶⁰ BeckOK-StPO/Gorf (52. Ed. 1.4.2024), § 238 Rn. 3.

⁶¹ MüKo-StPO/Arnoldi (2. Aufl. 2024), § 238 Rn. 5.

⁶² Hier kann auf die zahlreichen gesicherten Erkenntnisse der Wahrnehmungs- und Erkenntnispsychologie (Priming, Inertia, Perseveranz, Confirmation Bias, Rückschaufehler etc.) verwiesen werden, vgl. nur Gerson (Fn. 7), S. 150 ff. m.w.N. Je früher eine Einwirkung auf Überzeugungsbildungsprozesse erfolgt, desto effektiver ist die Intervention. Sukzessive Erschütterung der Überzeugungen verhindert zugleich die Bildung kognitiver Sackgassen.

⁶³ BVerfG Beschl. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 = BVerfGE 133, 168 Rz. 106.

⁶⁴ BMJV (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens (Oktober 2015), S. 2.

Obwohl die Vorzüge mithin offen zu Tage liegen, stellt die geforderte Verankerung einer Hinwirkung auf die kommunikative Einwirkung der übrigen Verfahrensbeteiligten keine Selbstverständlichkeit dar. Der Gesetzgeber hat sich der Idee einer kommunikativen Interpretation des Strafverfahrens zwar nicht abgeneigt gezeigt, beispielsweise, als er in der jüngeren Vergangenheit, durch Einführung des § 257b StPO, die Möglichkeit zu einer offenen und kommunikativen Verhandlungsführung in das Gefüge der prozessualen Hauptverhandlungsvorschriften implementierte. Die Einfügung bloßer kommunikativer Versatzstücke ändert jedoch noch nichts am Tenor und Gepräge des Gesamtsystems (vgl. die Einleitung oben). Das gebotene und grundlegende Bekenntnis zur Notwendigkeit einer kommunikativen Verhandlungsleitung sollte daher nicht zu einem »Stückwerk« verkommen, das in den Regelungen der StPO unsystematisch verstreut liegt.

Vor diesem Hintergrund scheint es sachgerecht und geboten, die für den Ablauf des Hauptverfahrens grundlegende Regelung zur Verhandlungsleitung in § 238 Abs. 1 StPO an diese Entwicklungen anzupassen und die/den Vorsitzenden ausdrücklich anzuhalten, die Verfahrensbeteiligten kommunikativ in die Verhandlungsleitung einzubinden. Die reformierte Vorschrift ist dabei weder als »Soll«-, noch als »Kann«-Vorschrift konzipiert, da es sich bei der Konzeption nicht um eine dem (gebundenen) Ermessen des Vorsitzenden anheimgestellte Obliegenheit handelt. Stattdessen wird ein Verfahrensgrundsatz, vergleichbar den Verfahrensmaximen der Unmittelbarkeit, der Beschleunigung und der Konzentration normiert: Der Grundsatz der kommunikativ-offenen Verfahrensleitung.

Eine in diesem Sinne kommunikative und offene Verhandlungsleitung versteht sich nicht nur als Ausdruck des Fair-trial-Grundsatzes i.S.d. Art. 6 EMRK und Art. 20 Abs. 3 GG, nach dem die Subjektstellung des Beschuldigten auch mittels der regelgerecht durchgeführten Verfahrensabläufe durchgehend konstituiert wird (positiver Schutzeffekt), sondern reduziert insbesondere auch die Gefahr von Kommunikationsdefiziten, die ihrerseits der prozessökonomischen Durchführung komplexer Hauptverhandlungen abträglich sein können (negativer Schutzeffekt).⁶⁵

Durch eine kommunikative Verhandlungsleitung können nicht zielführende prozessuale Abläufe präventiv verhindert, Ressourcen gespart, die Belastung aller Beteiligten verringert und das Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der Justizabläufe gesichert werden. So kann etwa die kommunikative Einbindung sämtlicher Verfahrensbeteiligten in die Gestaltung des Ablaufs des Beweisprogrammes verhindern, dass eine vom Gericht faktisch einseitig bestimmte Reihenfolge von Beweiserhebungen seitens eines anderen Verfahrensbeteiligten abgelehnt und in der Folge, neben einer angespannten Verhandlungsatmosphäre, auch durch entsprechende (Gegen-)Anträge umgangen oder nachhaltig in Frage gestellt wird. Das gemeinsame Gespräch über die geplanten Abläufe vor deren Vollzug verringert dadurch effektiv das Risiko eines Disputs über die Verfahrensumstände, die sich aus dem – zum Teil berechtigten – Gefühl der Verfahrensbeteiligten in Bezug auf ihre mangelhafte Partizipation speisen.

⁶⁵ BMJV, Bericht der Expertenkommission (Fn. 64), S. 113 f. In diesem Sinne auch BT-Drs. 16/12310, S. 11.

Im Gegenzug erlangt auch das Gericht Sicherheit im Hinblick auf getroffene Abreden zur Verfahrensgestaltung und kann selbst wiederum gestärkt auf die Einhaltung von gemeinsam getroffenen bzw. frühzeitig mitgeteilten Verfahrensabläufen pochen. Die kommunikative Einbindung der Verfahrensbeteiligten ist damit keineswegs als ein Freibrief für die Strafverteidigung zu verstehen, sich erst informieren zu lassen, um sodann noch effektiver das Verfahren obstruieren zu können. Indes kann die Alleinverantwortung und zentrierte Entscheidungsgewalt des Gerichts auf die übrigen Verfahrensbeteiligten (Strafverteidigung und Staatsanwaltschaft⁶⁶ – nicht: der Beschuldigte) – sofern sie sich dazu bereit erklären – (mit) verteilt werden, was diese Akteure stärker einbezieht, zugleich allerdings auch im Hinblick auf eigene Zusagen (je nach Ausgestaltung) verpflichtet.

Im Strafverfahren kann es sich naturgemäß nicht darum drehen, es »jedem recht zu machen«. Es geht für den Beschuldigten jedoch darum, »gehört« und »gesehen« zu werden.⁶⁷ Bei der Produktion des Ergebnisses mitwirken zu können, kreiert eine »gerechte Geschichtserzählung«,⁶⁸ die als Assoziationszusammenhang von allen Akteuren getragen wird. Eine auf Kommunikation abzielende Verhandlungsführung kann auf diese Weise Konflikte zwischen allen Verfahrensbeteiligten vermeiden. Die kommunikative Verhandlungsführung garantiert dabei nicht nur der Verteidigung die dringend erforderliche Transparenz. Vielmehr führt gerade die Einbindung der Verteidigung dazu, dass dieser einen Rahmen zur Offenlegung ihrer Verteidigungsziele gegeben und dadurch erkennbar bestehende Differenzen auf diese Weise gezielt zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden können.

In der aktuellen Praxis werden derartige Kommunikationsdefizite mittels der Stellung von Beweisanträgen ausgefüllt, denen aus Sicht der Verteidigung eine wichtige Funktion zukommen und die dem Antragsteller Hinweise zur Einschätzung des Gerichts über das Verfahren geben sollen.⁶⁹ Die Auslagerung der Kommunikation in das Recht der Beweisanträge ist jedoch nicht nur praktisch dysfunktional, sie ist auch artfremd. Sinn des Beweisantragsrechts ist es vielmehr, den Kognitionsbereichs des Gerichts über das von Amts wegen vorgesehene Beweisprogramm zu erweitern.⁷⁰ Dass hierüber versucht wird, zu »kommunizieren«, kann aufgrund des Mangels an Alternativen der Verteidigung zwar nicht negativ angelastet werden, ist aus Gründen der Funktionalität des Instruments des Beweisantrags jedoch seit jeher kritikwürdig und eher eine Art Notbehelf, der zudem nicht sonderlich verfahrensökonomisch ist. Eine Ausdehnung der Kommunikation auch im Hinblick auf verhandlungsleitende Elemente kann dem vorbeugen und führt damit auch zu einer Effektivierung der Hauptverhandlung.

⁶⁶ Eine Einbeziehung auch des Nebenklägers sollte – aufgrund seiner von Grund auf parteiischen Stellung – zwar nicht ausgeschlossen, jedoch aber mit gewisser Vorsicht erfolgen. Zweifellos gilt auch hier, dass die Gewährung von Mitsprache die (gefühlte) Verfahrensgerechtigkeit erhöht.

⁶⁷ Umfassend *Gerson*, GVRZ 2020, 9 ff. m.w.N.

⁶⁸ *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit (1992), S. 192 ff.

⁶⁹ Dies in Form der »Informationsfunktion des Beweisantrags« (vgl. HK-GS/König [Fn. 48], StPO, § 244 Rn. 4) im Rahmen des »formalisierten Dialogs«, vgl. BGH NSTZ 2019, 547.

⁷⁰ Vgl. vor allem *Börner*, JZ 2018, 232, 233 sowie ders., Legitimation durch Strafverfahren (2014), S. 483 ff.; i.E. ebenso *Basar*, KriPoZ 2017, 95, 102; LR/Becker, § 244 Rn. 58.

Insgesamt wird nicht verkannt, dass das Gelingen einer kommunikativen Verhandlungsführung entscheidend vom Agieren der Verfahrensbeteiligten abhängig ist. Eine gesetzliche Verankerung setzt nur einen Impuls, ersetzt jedoch nicht die gelebte Durchführung. Dennoch erscheint es aus der praktischen Erfahrung heraus angezeigt, eine gesetzliche Normierung anzustreben, um die kommunikative Einbindung der Verfahrensbeteiligten normativ zu verankern und zugleich einen vor die Klammer gezogenen, neuen Verfahrensgrundsatz zu implementieren.

2. § 238 Abs. 2 StPO

Wir schlagen vor, § 238 Abs. 2 Abs. 2 StPO wie folgt zu ergänzen:

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden von einer bei der Verhandlung beteiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht durch begründeten Beschluss.

Seit Inkrafttreten der Strafprozessordnung ist § 238 Abs. 2 StPO trotz seiner zentralen Bedeutung für den Strafprozess und mannigfaltiger sonstiger Reformen des Strafverfahrens nie geändert worden.

In der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur wird überwiegend vertreten, dass zurückweisende Beschlüsse »zumindest kurz« zu begründen seien. Allerdings soll auf die »zutreffenden Erwägungen« der Entscheidung des Vorsitzenden Bezug genommen werden dürfen. Daher fallen Begründungen in der Praxis oft floskelhaft und hinsichtlich des Aussagegehaltes unergiebig aus (»Die Beanstandung wird aus den zutreffenden Gründen der Anordnung des Vorsitzenden zurückgewiesen.«).

Abgesehen davon, dass die Chancen eines bestimmten weiteren prozessualen Vorgehens bei derartigen inhaltslosen Beschlüssen kaum eingeschätzt werden können und das Gericht Gefahr läuft, dass sein Urteil aufgehoben wird, weil die unzulängliche Begründung eine Überprüfung des Beschlusses verhindert,⁷¹ steht eine fehlende Begründungspflicht einer an den Verfahrenszielen orientierten Kommunikation der Verfahrensbeteiligten entgegen.

Um dieses Kommunikationsdefizit abzumildern, müssen die Entscheidungsgründe jedenfalls aufzeigen, von welchen tatsächlichen Umständen das Gericht bei der Beurteilung der Maßnahme des Vorsitzenden ausgegangen ist und welche rechtlichen Leitgesichtspunkte den Beschluss inhaltlich tragen. Darüber hinaus müssen sie erkennen lassen, dass sich das Gericht mit den Argumenten des Beschwerdeführers gegen die Zulässigkeit der beanstandeten Maßnahme inhaltlich auseinandergesetzt hat.

Schließlich fügt sich die Vorschrift harmonisch in den Vorschlag zu § 238 Abs. 1 StPO (vgl. oben) ein, da das Gericht sich auch dazu verhalten muss, ob der Vorsitzende die beanstandete prozessleitende Anordnung unter Verletzung des Gebots zur kommunikativen und offenen Verhandlungsführung getroffen hat.

■ 71 KK-StPO/Schneider (9. Aufl. 2023), § 238 Rn. 23; LR/Becker (Fn. 70), § 238 Rn. 49.

3. § 244 Abs. 6 S. 3 StPO

Wir schlagen vor, § 244 Abs. 6 S. 3 StPO wie folgt zu ergänzen:

Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme und der Verbescheidung der bis zu diesem Zeitpunkt gestellten Beweisanträge kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen.

Die vorstehende Formulierung versteht sich im Sinne dieses – auf Wahrung eines Mindeststandards prozessualer Kommunikation ausgerichteten – Papiers als eine mikroinvasive Reformanregung, die konkret auf einen spezifischen Aspekt des Beweisantragsrechts bezogen ist. Tatsächlich liegen die durch die jüngsten Eingriffe des Gesetzgebers auf diesem Gebiet geschaffenen Unwuchten tiefer und bedürften einer weiteren Reformbetrachtung,⁷² was nachfolgend allenfalls gestreift werden kann.

Dies vorausgeschickt, ist jedenfalls zu fordern, dass die Tatgerichte gehalten sind, vor einer Fristsetzung bislang nicht beschiedene Beweisanträge einer Entscheidung zuzuführen. Zudem sollten Beweiserhebungen, die durch vor Ablauf der Frist gestellte Beweisanträge bedingt sind und zur Stellung weiterer, in der Hauptverhandlung zu bescheidender, Beweisanträge berechtigen, zugelassen und ebenfalls in der Hauptverhandlung beschieden werden, sofern diese durch die Beweiserhebung thematisch veranlasst sind.⁷³

Bedingt ist diese Forderung durch die Prozesswirklichkeit, welche durch zwei einschneidende legislative Veränderungen im Beweisantragsrecht künstlich entstanden ist. Durch diese wurde in jüngerer Vergangenheit das Beweisantragsrecht der Verteidigung zum einen bedenklich eingeschränkt, zum anderen hierdurch auch ein der Prozessökonomie abträgliches Konfliktfeld zwischen den Verfahrensbeteiligten eröffnet, wie die jüngsten Entscheidungen des BGH⁷⁴ zu dieser Thematik belegen.

Nach gegenwärtiger Gesetzeslage und der hierzu ergangenen Judikatur ist es dem Vorsitzenden nach Abschluss der von Amts wegen (gerichtlich) vorgesehenen Beweisaufnahme möglich, eine Frist zur Anbringung von Beweisanträgen zu setzen, vgl. § 244 Abs. 6 S. 3 StPO. Anträge, die nach dieser Frist gesetzt werden, müssen nicht mehr in der Hauptverhandlung, sondern können erst im Urteil verbeschieden werden, mit der Folge, dass der Antragsteller auf die Gründe der Ablehnung nicht mehr reagieren kann.

Die Rechtsprechung hat in mehreren Urteilen deutlich gemacht, dass sie diese neue, das rechtliche Gehör der Verteidigung beschränkende Kompetenz der Tatgerichte keinerlei Beschränkungen unterwirft und sich damit von der ursprünglichen

⁷² Im Sinne einer auf Waffengleichheit abzielenden Kommunikation zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (insbesondere Verteidigung und Angeklagten) wäre darüber nachzudenken, die Gesetzesreform aus dem Jahr 2019, wenn nicht in Gänze so doch jedenfalls insoweit rückgängig zu machen, als dass die Fristsetzung wieder zweckgebunden zu einem Indikator für einen Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht zurückgestuft wird. Im Sinne der Prozessökonomie wäre dies, im Einklang mit der ursprünglichen Ausgestaltung dieses Instituts, vollkommen ausreichend.

⁷³ So jetzt auch *Trüg*, FS Leitner (2025), S. 551, 558 f.

⁷⁴ BGH Beschl. v. 19.12.2023 – 3 StR 160/22 = NJW 2024, 1122 = StraFo 2024, 105; BGH Beschl. v. 10.1.2024 – 6 StR 276/23 = NJW 2024, 1594 = StraFo 2024, 187.

Idee einer Fristenlösung zur Einhegung potenziell missbräuchlicher Antragsstellungen gänzlich löst.⁷⁵

Damit ist im Zusammenspiel zwischen jüngerer Gesetzgebung und deren Rezeption eine Situation entstanden, welche die Verfahrensfairness und -teilhabe wie sie seit jeher in der StPO angelegt war, ohne Not beschneidet und der Prozessökonomie vermeintlich den Vorzug vor umfassender Sachaufklärung einräumt.

Nach dem Beschluss des 6. Strafsenats vom 10.1.2024⁷⁶ wird das Beweisantragsrecht seiner – faktisch existenten – Dialogfunktion weitgehend entkleidet, deren Bedeutung der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs jüngst noch betont hatte.⁷⁷ Denn nach der Entscheidung des 6. Senats, die sich zwar am Wortlaut von § 244 Abs. 6 StPO orientiert, dadurch jedoch die Verfahrensfairness allenfalls noch postuliert und nur schwerlich einlöst,⁷⁸ ist es dem Tatgericht u.a. unbenommen, die von der Verteidigung bereits während der von Amts wegen stattfindenden Beweisaufnahme gestellten Beweisanträge ebenso unbeschieden zu sammeln wie die noch vor Ablauf der Frist gestellten. Diese können sodann sämtlich erst im Urteil beschieden werden. Die Folge: Beweisanträge, welche die Verteidigung in Reaktion hierauf nunmehr anbringt – und sei es nur in Form von Nachbesserungen, weil aus Sicht des Gerichts zuvor gestellten Anträgen die Beweisantragsqualität, etwa mangels hinreichender Konnexität, fehlte – können in der Hauptverhandlung unbeschieden bleiben – und werden es auch regelmäßig.

Dieses nunmehr höchststrichterlich legitimierte Prozessverhalten von Tatgerichten hat mit der Zurückweisung von einer als u.U. »missbräuchlich« in Anspruch genommenen Antragsbefugnis der Verteidigung wenig zu tun. Es stellt sich alleinig als Verkürzung des rechtlichen Gehörs dar, dessen prozessökonomische Wirkung im Übrigen mit Fug zu bezweifeln ist. Zum einen wird regelmäßig Streit zwischen den Akteuren in derartigen Konstellationen entstehen, der sich in weiteren Anträgen und Beanstandungen und mitunter auch in Befangenheitsgesuchen äußert und mutmaßlich mehr Ressourcen binden wird als eine schlichte Bescheidung der (noch) in Rede stehenden Beweisanträge. Zum anderen werden derartige Konstellationen nach Instanzabschluss regelmäßig in Revisionen münden, welche die Prozesslage mit aufwändigen Verfahrensrügen rekonstruieren. Auch das lässt sich auf Seiten der Justiz jedenfalls nicht ressourcenschonend bearbeiten.

⁷⁵ BGH Beschl. v. 19.12.2023 – 3 StR 160/22 = NJW 2024, 1122 = StraFo 2024, 105; BGH Beschl. v. 10.1.2024 – 6 StR 276/23 = NJW 2024, 1594 = StraFo 2024, 187; zu den Anforderungen an den Antragsteller, sich von einem schuldhaften Fristversäumnis zu exkulpieren nun BGH Beschl. v. 13.03.2024 – 5 StR 393/23 = NStZ-RR 2024, 257.

⁷⁶ BGH Beschl. v. 10.1.2024 – 6 StR 276/23 = NJW 2024, 1594 = StraFo 2024, 187.

⁷⁷ BGH Beschl. v. 13.12.2023 – 1 StR 340/23 = NStZ 2024, 379, 380 Rz. 7.

⁷⁸ Vgl. hierzu die Anm. v. Georg, NStZ 2024, 439 f. und umfassend Gerson, HRRS 2024, 352 ff.

Exkurs: Historie und Ist-Zustand der »Fristenlösung«

In die Strafprozessordnung wurde das vom BGH in richterrechtlicher Rechtsfortbildung geschaffene Institut der »Fristenlösung« am 24.8.2017 eingeführt.⁷⁹ Ziel war die Verhinderung einer ausufernden und nicht mehr auf Sachaufklärung abzielenden Beweisaufnahme durch die fortwährende Stellung entsprechender Beweisanträge.⁸⁰ Diese richterrechtliche, angesichts von Extremfällen (u.a. das NSU-Verfahren) aus der Taufe gehobene Fristenlösung, erhielt dann in zwei legislativen Etappen ihre heutige, extensive gesetzliche Form.

Zunächst wurde in einem ersten gesetzgeberischen Schritt dem Vorsitzenden gemäß § 244 Abs. 6 S. 2 StPO a.F. nach Durchlaufen des vom Gericht für erforderlich gehaltenen Beweisprogramms das Recht eingeräumt, den Verfahrensbeteiligten eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen zu setzen. War die Frist verstrichen und konnte der Antragsteller nicht glaubhaft machen, zu einer früheren Stellung seines Antrags nicht in der Lage gewesen zu sein, durfte dieser Antrag in den Urteilsgründen beschieden werden (§ 244 Abs. 6 S. 3 StPO a.F.), wobei der Gesetzgeber den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht aus § 244 Abs. 3 S. 2 StPO a.F. im Auge hatte.

Gewichtige Fragen blieben schon damals offen. So verhielt sich der Gesetzgeber nicht dazu, was unter einer »angemessenen« Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu verstehen war; ein Problem, das auch die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Folge weder praktikabel konturierte noch gar löste. Die Meinungen im Schrifttum hierzu differierten.⁸¹ Uneinigkeit herrschte auch darüber, ob die Frist zur Anbringung von Beweisanträgen bereits dann gesetzt werden durfte, wenn das Gericht das Beweisprogramm absolviert hatte, welches es zur Aufklärung des Sachverhalts für erforderlich angesehen hatte,⁸² oder ob eine Fristsetzung nur dann in Betracht kommen sollte, wenn zu befürchten stand, dass zukünftige Beweisantragstellungen lediglich den Abschluss des Verfahrens verzögern sollten.⁸³ Aus der Kopplung der Fristsetzung an die Gefahr einer Prozessverschleppung wurde teilweise gefolgert, dass die Fristsetzung den Verfahrensbeteiligten angekündigt und ihnen gegenüber begründet werden müsste.⁸⁴

Etwas mehr als zwei Jahre nach der Aufnahme der »Fristenlösung« hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019⁸⁵ diese erneut verändert und in ihrer heutigen Fassung ausgeweitet.

⁷⁹ Art. 3 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 (BGBl. I S. 3202). Vgl. zur Entstehung der Fristenlösung BGH Beschl. v. 14.6.2005 – 5 StR 129/05.

⁸⁰ BT-Drs. 18/11277, S. 34 f.

⁸¹ Zeitangaben schwankten zwischen einer und drei Wochen. Für eine Woche etwa *Mosbacher*, NStZ 2018, 9, 11; ähnlich *SSW-StPO/Sättele* (5. Aufl. 2022), § 244 Rn. 129; für eine dreiwöchige Frist: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO (67. Aufl. 2024), § 244 Rn. 95d, vgl. zum Ganzen jetzt auch *Trüg*, FS-Leitner (2025), 551 ff. Andere Stimmen verwahrten sich gegen konkrete Zeitangaben und zogen sich auf den Standpunkt zurück, die Angemessenheit der Frist müsse anhand des konkreten Einzelfalls bestimmt werden, vgl. *KK-StPO/Krehl* (9. Aufl. 2023), § 244 Rn. 87c.

⁸² *Schneider*, NStZ 2019, 489, 494.

⁸³ So noch *Krehl*, FS Fischer (2018), S. 705 (708); *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, 2651.

⁸⁴ So *Mosbacher* (Fn. 81). Darüber hinausgehend sahen einige Autoren die Möglichkeit zur Fristsetzung nur in Umfangsverfahren von einiger Dauer als gegeben an, da lediglich in diesen einigermaßen sicher auf eine Verschleppungsabsicht des Antragstellers geschlossen werden könne, vgl. *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177, 191.

⁸⁵ BGBl. I S. 2121.

Nicht nur bedarf es zur Ablehnung eines in Prozessverschleppungsabsicht gestellten Antrags auf Beweiserhebung nunmehr keines Gerichtsbeschlusses mehr. Hinzu kommt, dass der Befund der Prozessverschleppung keine erhebliche Verzögerung des Verfahrens mehr voraussetzt. Ausreichend ist das Begehren einer Beweiserhebung, die überflüssig ist, »weil sie nichts Sachdienliches zugunsten des Antragstellers erbringen kann«, womit jede prognostizierte noch so geringe Verzögerung des Verfahrens für die Annahme von Verschleppungsabsicht ausreichen kann.⁸⁶

Die gesetzlich vorgegebene »Entwertung« des in Prozessverschleppungsabsicht gestellten Beweisantrags zu einer bloßen Beweis Anregung, über die der Vorsitzende lediglich am Maßstab der gerichtlichen Aufklärungspflicht befindet, hat aber auch der nach wie vor im Gesetz verankerten Fristenlösung ein gänzlich anderes Gepräge gegeben: Das Verstreichenlassen einer gesetzten Frist zum Anbringen von Beweisanträgen ist als Indikator für das Vorliegen einer Prozessverschleppungsabsicht überflüssig geworden. Hiervon nun losgelöst ist das Fristenlösungsmodell zu einem Instrument erstarkt, dem Tatgericht die im Beweisantragsrecht – eigentlich verbotene – Beweis antizipation zu ermöglichen. Ohne Bindung an den nicht mehr vorhandenen Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht kann die Frist gesetzt werden, wenn das Gericht davon ausgeht, seiner Sachaufklärungspflicht Genüge getan zu haben. Der Beschluss des 3. Strafsenats des BGH vom 19.12.2023 bringt dies in der systematischen Analyse der aktuellen gesetzlichen Regelungen in § 244 StPO konsequent – und insoweit in sich stimmig – auf den Punkt.⁸⁷

Ebenso deutlich äußert sich der 6. Strafsenat des BGH in seinem Beschluss vom 10.1.2024.⁸⁸ Die Setzung einer Frist zur Stellung von Beweisanträgen solle es dem Tatgericht ermöglichen, nach Durchführung der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme den Abschluss des Verfahrens zügig herbeizuführen.⁸⁹ Die Fristsetzung dürfe dabei ohne Nennung eines Grundes erfolgen,⁹⁰ wenn sich das Gericht durch weitere Beweiserhebungen keinen Erkenntnisgewinn mehr verspricht, mithin antizipiert, dass weitere Beweiserhebungen zur Aufklärung des Sachverhalts nicht mehr vonnöten sind. Insbesondere sei der Vorsitzende auch nicht gehalten, Ausführungen dazu zu machen, dass aus seiner Sicht das Beweisprogramm abgearbeitet sei. Vor Durchführung der für erforderlich gehaltenen Ermittlungen sei eine Fristsetzung zur Anbringung weiterer Beweisanträge qua Gesetzes gar nicht möglich. Das Gesetz liefere den Anlass für die Frist damit selbst. Den Verfahrensbeteiligten entstünde dadurch allerdings kein Nachteil, denn ihnen stünde der Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO zur Verfügung, wobei sich der Senat aber nicht dazu verhält, wie die Begründung eines auf einen derartigen Zwischenrechtsbehelf ergehenden Beschlusses auszusehen hat.⁹¹

⁸⁶ KK-StPO/Krehl (Fn. 81), § 244 Rn. 128.

⁸⁷ BGH NJW 2024, 1122 = StraFo 2024, 105.

⁸⁸ BGH NJW 2024, 1594 = StraFo 2024, 187.

⁸⁹ BT-Drs. 18/11277, S. 34.

⁹⁰ Nicht nur der Anlass für die Fristsetzung und die Überzeugung des Gerichts, dass weitere Ermittlungen nicht zu führen sind, bedürften keiner Begründung. Auch die Dauer der Frist zur Anbringung weiterer Beweisanträge muss der Vorsitzende im Regelfall nicht vor den Verfahrensbeteiligten rechtfertigen, vgl. BGH NJW 2024, 1594, 1595.

⁹¹ Siehe hierzu *Habetha*, NJW 2024, 1547, 1549, der der Meinung ist, der Beschluss des Gerichts müsse eine tragfähige Begründung enthalten. Dafür, dass dies von der Rechtsprechung rezipiert wird, sind indes keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

In ihrem Verbund sind die Gesetzesänderungen aus 2017 und 2019 sowie die Fassung der Lage durch die Rechtsprechung (vgl. den Exkurs soeben) gravierend. Insbesondere die »Entkopplung« der Fristenlösung von einem Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht schwächen nicht nur die Stellung der Verfahrensbeteiligten – und hier natürlich insbesondere die Stellung des Angeklagten und seines Verteidigers – gegenüber dem Gericht erheblich. Sie drohen auch auf Kosten der gebotenen Wahrheitsfindung zu gehen, da sie dem Antragssteller die Möglichkeit der Nachbesserung nehmen. Die Gesetzesänderungen verringern fraglos die Teilhabe an der Beweiserhebung. Durch Fairness gebotene Mitgestaltung der Beweisaufnahme tritt zurück. In den Vordergrund drängt die Vorstellung des Gerichts von der »erforderlichen« Sachverhaltsaufklärung. Mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und entsprechenden verfassungsrechtlichen Garantien aus Art. 20 Abs. 3 GG ist dies nur schwerlich zu vereinbaren, denn Verfahrensbeteiligte genießen hieraus einen Anspruch auf kommunikative Teilhabe an der Wahrheitsermittlung, gerade auch um deren Qualität zu sichern.

Den Regelungsgehalt des § 246 StPO, dass Beweisanträge keiner Präklusion unterliegen sollen, haben die Gesetzesnovellierungen jedenfalls nachhaltig entwertet. Der Antragsteller sieht sich dabei mit zwei elementaren Nachteilen konfrontiert: Zum einen nimmt ihm die Bescheidung seines Antrags erst in den Urteilsgründen die Möglichkeit, sein Prozessverhalten an der (ablehnenden) Rechtsauffassung des Gerichts auszurichten, und zum anderen verliert der erst im Urteil behandelte Antrag erheblich an revisionsrechtlichem Gewicht.⁹² Die fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags durch Beschluss in der Hauptverhandlung führt nahezu zwangsläufig zur Aufhebung des Urteils in der Revision, weil in der Regel nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil bei ordnungsgemäßer Bescheidung anders ausgefallen wäre. Wäre das Tatgericht gezwungen gewesen, den Beweis zu erheben, hätte sich womöglich eine anders zu bewertende Tatsachenbasis ergeben. Hätte es zur Ablehnung des Antrags der Heranziehung eines anderen als des gewählten Ablehnungsgrundes bedurft, wäre dem Antragsteller die Möglichkeit an die Hand gegeben worden, diese Antragsablehnung erfolgversprechend mit anderslautender rechtlicher Argumentation in Frage zu stellen und sein rechtliches Gehör tatsächlich effektiv prozessorientiert wahrzunehmen.

Besonders – und aus unserer Sicht zu weit – geht der 6. Strafsenat, insoweit er die Möglichkeit einer Fristsetzung selbst dann für gegeben hält, wenn noch nicht beschiedene Beweisanträge der Verfahrensbeteiligten im Raum stehen. Ein essenzieller kommunikativer Ausdruck des rechtlichen Gehörs in der gerichtlichen Hauptverhandlung während der von Amts wegen erfolgenden Beweisaufnahme – und ein solcher ist ein gestellter Beweisantrag – darf mit Blick auf die Garantie auf ein faires Verfahren nicht nachträglich durch eine gerichtliche Entscheidung ohne Eröffnung der Möglichkeit einer Reaktion des Antragstellers entwertet werden. Eine Beweisaufnahme kann erst dann als abgeschlossen gelten, wenn nicht nur das vom Gericht vorgesehene Beweisprogramm durchexerziert, sondern erst dann, wenn auch über die bis zu jenem Zeitpunkt angebrachten Beweisanträge der anderen Verfahrensbeteiligten befunden wurde. Erst deren (negative) Bescheidung stützt

■ 92 Zum Ganzen Alsberg/Güntge, *Der Beweisantrag im Strafprozess*, 8. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 140 ff.

die Annahme des Gerichts eines ausermittelten Sachverhalts. Insoweit erscheint eine Aufteilung der Beweisaufnahme in einen »Offizial-Block« und einen »Adversativ-Block« als verfehlt.⁹³ Mag dies auch mit dem – ohnehin kritikwürdigen – Wortlaut der Vorschrift im Einklang stehen, indiziert dies gerade die Reformbedürftigkeit

Gleiches muss auch für noch ausstehende, durch Beweisanträge veranlasste Beweiserhebungen, die nach Fristablauf geplant sind, gelten. Denn diese dürften konsequenterweise – weil nicht von Amts wegen veranlasst – gemäß der vorzitierten Auslegung von § 244 Abs. 6 StPO ohne Einfluss auf gesetzte Fristen und deren Rechtsfolgen sein. Noch nicht behandelte Beweisanträge seien lediglich Prozessklärungen der Antragsteller. Es ist in der Literatur zwar umstritten, ob eine Kommunikation zwischen Gericht und Verteidigung über den Inhalt eines auf Beweiserhebung zielenden Antrags überhaupt wünschenswert ist (vgl. bereits oben unter 2.).⁹⁴ In Ansehung der gegenwärtigen Verfasstheit der StPO und ihrer eingeübten Praxis wird man jedoch nicht bestreiten können, dass auch ein konfrontativer Dialog zwischen dem Beschuldigten und seiner Verteidigung einerseits und dem Gericht andererseits über Zulässigkeit und Erforderlichkeit einer Beweiserhebung ein tatsächlicher Kommunikationsakt ist, der Einfluss auf das weitere Verfahren nehmen kann.⁹⁵ Diese tatsächliche Kommunikation wird durch die Fristenlösung in § 244 Abs. 6 StPO unterbunden.

⁹³ *Habetha*, NJW 2024, 1547, 1548 f.; diff. *Gerson*, HRRS 2024, 352, 361 f. (zumindest systematisch stimmig).

⁹⁴ Hiergegen wird zum Teil vorgebracht, dass dies Belange des Beschuldigten und der Verteidigung beeinträchtigen könne, vgl. *Jahn*, StV 2009, 663, 664; *Beulke/Witzigmann*, StV 2009, 58, 61; *Eidam*, JR 2008, 520, 521.

⁹⁵ *Alsberg/Güntge* (Fn. 92), Kap. 5 Rn. 54 m.w.N.

4. § 257 Abs. 4 StPO

Wir schlagen vor, in § 257 StPO einen neuen Absatz 4 einzuführen:

Beinhaltet die nach Absatz 2 abgegebene Erklärung einen Verwertungswiderspruch gegen einen erhobenen Beweis, so ist dieser Verwertungswiderspruch zum frühestmöglichen Zeitpunkt, spätestens aber vor Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme, zu bescheiden.

Steht ein Beweisverwertungsverbot im Raum, muss nach der gegenwärtigen, durch reines Richterrecht geprägten Rechtslage ein (begründeter) Widerspruch gegen die Verwertung des erhobenen Beweises unmittelbar im Anschluss zum Zeitpunkt des in § 257 Abs. 2 StPO verbrieften Erklärungsrechts erhoben werden, um das Verwertungsverbot noch revisionsrechtlich geltend machen zu können.⁹⁶

Diese strengen Anforderungen, die den Angeklagten und seine Verteidigung zu einer schnellstmöglichen Reaktion auf eine ggf. die subjektiven Rechte des Angeklagten verletzenden Beweiserhebung zwingen, finden keine Entsprechung in einer etwa gebotenen Reaktion des Gerichts auf diesen Einwand. Nach herrschender, rein richterrechtlich geprägter Meinung ist eine Bewertung des erhobenen Verwertungswiderspruchs durch das Tatgericht im Rahmen der Hauptverhandlung nicht veranlasst.⁹⁷

Diese richterrechtlich begründete Prozesslage verletzt die Verfahrensfairness zu Lasten des Angeklagten und seiner Verteidigung eklatant. Sie gestattet es, letztere während der gesamten Hauptverhandlung darüber im Dunkeln zu lassen, welche Beweise respektive Beweismittel das Gericht seiner Urteilsfindung und dem abschließenden Urteil zugrunde legen wird. Folgendes Beispiel soll dies kurz illustrieren:

Beispiel

In der zeugenschaftlichen Vernehmung des polizeilichen Ermittlungsbeamten in der Hauptverhandlung stellt sich heraus, dass dieser im Ermittlungsverfahren den Beschuldigten vor einer Äußerung, die als Geständnis gewertet werden kann, nicht nach § 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2-6, Abs. 2-5 StPO belehrt hat. Es bleibt aber unklar und für unterschiedliche Bewertungen der Verfahrensbeteiligten offen, ob die Äußerung des Beschuldigten als sog. Spontanäußerung zu werten ist, mit der Folge ihrer Verwertbarkeit (BGH NJW 2009, 3589) oder ob der Beschuldigte – so die Ansicht der Verteidigung – von der Ansprache des Beamten zu ihr veranlasst wurde, mit der Folge ihrer Unverwertbarkeit (grundlegend BGHSt 38, 214).

Der Verteidiger widerspricht rechtzeitig im Zeitpunkt des § 257 Abs. 1 StPO der Verwertung der Aussage des Beamten, der die selbstbelastende Aussage des Angeklagten im Ermittlungsverfahren referierte, wegen Verstoßes gegen die Belehrungspflicht gem. § 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2-6, Abs. 2-5 StPO und begründet dies entsprechend. Das Gericht protokolliert den Widerspruch, verhält sich aber nicht inhaltlich zu ihm. Der Verteidiger beantragt, das Gericht möge den Widerspruch inhaltlich bescheiden, da die Entscheidung über den

⁹⁶ St. Rspr., vgl. Nachweise etwa bei KK-StPO/Gericke, (9. Aufl. 2023) § 344 Rn. 43.

⁹⁷ BGH NSTZ 2007, 719; s. a. BVerfG Nichtannahmebeschluss v. 18.2.2009 – 2 BvR 2025/07.

Schuldspruch maßgeblich davon abhängen, ob das Gericht die Aussage des Ermittlungsbeamten verwerte. Der Angeklagte müsse sein Prozessverhalten hierauf einrichten können, um ggf. eine bislang in Betracht gezogene Freispruchverteidigung aufzugeben und auf eine Strafmaßverteidigung umzustellen. Das Gericht bescheidet diesen Antrag durch Beschluss, in dem es mitteilt, dass es die Frage der Verwertbarkeit entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Schlussberatung vorbehalte und sich hierzu in der Hauptverhandlung nicht verhalten werde.

Der Angeklagte und seine Verteidigung sind überzeugt, dass bei korrekter Würdigung der Aussage des Ermittlungsbeamten das Gericht nicht von einer »Spontanäußerung« ausgehen könne und schweigen bis zum Ende der Beweisaufnahme in der Annahme, das Gericht werde freisprechen müssen. Dieses verurteilt den Angeklagten indes unter Verwertung der Aussage des Ermittlungsbeamten als dem maßgeblichen Beweismittel.

Das vorstehende Szenario ist kein forensischer Exot. Es ließen sich zahlreiche weitere Konstellationen aus der Praxis anführen. Regelmäßig erfährt der einer Beweisverwertung widersprechende Angeklagte während der Hauptverhandlung nicht, ob das Gericht seinen Widerspruch für begründet erachtet. Die Entscheidung des Gerichts ist für ihn regelmäßig auch kaum antizipierbar. Sie hängt von normativen Faktoren ab, deren richterliche Gewichtung kaum prognostizierbar ist. Erachtet das Gericht einen Verfahrensverstöß bei der Beweiserhebung für erwiesen? Welches Gewicht misst das Gericht bei relativen Beweisverwertungsverböten einem ggf. erwiesenen Verfahrensverstöß im Verhältnis zum staatlichen Strafanspruch zu und wie wird die tatrichterlich veranlasste Abwägung hierzu ausfallen?

Der Anforderung der Widerspruchslösung an die Verteidigung, Verwertungsverböte durch Widerspruch in kürzest möglicher Frist in foro geltend zu machen, steht das richterrechtlich geschaffene Recht justizieller Intransparenz im Umgang mit diesem Widerspruch gegenüber. Es kommt hinzu, dass sich das Tatgericht selbst im Urteil nicht zur Verwertungsproblematik verhalten muss und der zu begründende Widerspruch der Verteidigung mithin nicht nur zu keinem Zeitpunkt in der Hauptverhandlung, sondern auch im Urteil keine justizielle Würdigung erfahren muss. Denn insoweit gilt nach neuerer Rechtsprechung, dass Ausführungen zu Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Beweisverwertungsproblemen »tunlichst« aus den Urteilsgründen herauszuhalten seien.⁹⁸

Ein legitimer Grund, den Angeklagten im Unklaren darüber zu belassen, ob das Gericht einen Beweis entgegen seinem erhobenen Widerspruch verwerten wird, ist rechtlich und praktisch nicht ersichtlich.

Die Frage ist stets als isolierter Teilaspekt (etwa: Wurde ordnungsgemäß belehrt oder eben nicht) unproblematisch vor und unabhängig von der Schlussberatung ohne eine Gesamtwürdigung der erhobenen Beweise zu beantworten. Insofern gilt nichts anderes als für die Konstellation in § 257c Abs. 4 S. 4 StPO, in welcher das Gericht ebenfalls noch in der Hauptverhandlung, und zwar »unverzüglich« mitzuteilen hat, ob das Prozessverhalten des Angeklagten nicht die Prognose des

⁹⁸ BGH 6 StR 252/21; BGH 5 StR 582/17, jeweils unter Berufung auf BGH 4 StR 623/11 = BGHSt 57, 273, 281.

Gerichts nach geschlossener Verständigung erfüllt hat oder sein Geständnis hinter den Erwartungen des Gerichts zurückblieb.

Es wäre im Übrigen auch prozessökonomischer, den Angeklagten darüber zu informieren, ob das Gericht seinem Widerspruch entsprechend ein Beweismittel nicht verwertet oder entgegen selbigem seiner Entscheidung zugrunde legen wird. Die Verteidigung könnte sich sodann auf diese Lage einrichten und entweder auf eine Strafmaßverteidigung »umschwenken« (die regelmäßig prozessverkürzend ist) bzw. davon absehen, die angestrebte Nichtverwertbarkeit durch weitere Anträge vermeintlich abzusichern bzw. den Versuch zu unternehmen über weitere, etwa bedingte Anträge auf Umwegen herauszufinden, wie sich das Gericht zu dem erhobenen Verwertungswiderspruch im Ergebnis verhalten wird.

Das richterrechtlich etablierte vorstehend beschriebene kommunikative Defizit, welches es dem Gericht gestattet, einen Angeklagten gänzlich im Unklaren darüber zu lassen, ob es ein Beweismittel für verwertbar hält oder nicht, ist ein Fremdkörper im deutschen Prozessrecht, den es legislatorisch zu beheben gilt:

Im Zivilprozessrecht verpflichtet § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO das Gericht, eine Partei darauf hinzuweisen, wenn sie in ihrem Vortrag einen Gesichtspunkt übersehen oder für unerheblich gehalten hat. Hierunter lässt sich unproblematisch ein Parteivortrag subsumieren, der Beweismittel anführt, die einem Verwertungsverbot unterliegen.

Gleiches gilt gem. § 139 Abs. 3 ZPO, nach welchem das Gericht die Parteien auf Bedenken aufmerksam zu machen hat, die hinsichtlich von Amts wegen zu berücksichtigender Punkte bestehen – mithin ebenfalls, wenn angebotene Beweismittel und der entsprechende Beweis im Falle seiner Erhebung einem Verwertungsverbot nach der Rechtsordnung unterliegen.

Im Strafprozessrecht ist zudem anerkannt, dass das Gericht selbst dann eine Hinweispflicht trifft, wenn es in der Hauptverhandlung bereits erhobene Beweise zu Taten, die zwar prozessordnungsgemäß geklärt wurden, indes im Laufe des Verfahrens nach § 154 StPO eingestellt worden sind, für die noch zur Aburteilung stehenden Vorwürfe heranziehen will.⁹⁹

Wird mithin ein Hinweis für die Verwertung von Beweisen verlangt, die in der Hauptverhandlung zum einen ordnungsgemäß erhoben wurden und bei denen eine Verwertbarkeit zum anderen auch in keiner Weise im Streit steht, ist es als Wertungswiderspruch hierzu nicht verständlich, warum ein Widerspruch zur Frage der Verwertbarkeit unbeschieden bleiben und das Gericht zum Schweigen über dessen Schicksal berechtigt sein soll.

Die Forderung nach einer frühzeitigen Bekanntgabe der nach Einschätzung des erkennenden Gerichts feststehenden Verwertbarkeit bzw. Nichtverwertbarkeit eines erhobenen Beweises und damit des für die richterliche Urteilsfindung zur Verfügung stehenden Beweisstoffes gegenüber dem Angeklagten und seinem Verteidiger ist Ausdruck der Verfahrensgarantien aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK (Unterrichtung über Art und Grund der erhobenen Beschuldigung) und Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK (Ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der

■ 99 BGH wistra 2016, 502.

Verteidigung), die ihrerseits einen zentralen Aspekt der im Verfahren gegen den Beschuldigten und späteren Angeklagten zu gewährleistenden Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 EMRK) darstellen.

Gegenstand der von Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK geforderten und im gesamten Verfahrensgang zu gewährleistenden Unterrichtung ist der Vorwurf des strafbaren Verhaltens (»nature and cause of the accusation [charge]«). Dazu zählen alle Tatsachen, auf die sich der Vorwurf gründet, als auch die daraus hergeleiteten rechtlichen Bewertungen, grundsätzlich jedoch nicht die Beweismittel, auf die sich der Verdacht gründet, da diese in einem frühen Verfahrensstadium oft noch vage sind.¹⁰⁰

Die Frage der Notwendigkeit einer Unterrichtung über die Verwertbarkeit eines allen Beteiligten bekannten Beweises in der gerichtlichen Hauptverhandlung ist hiervon allerdings deutlich zu trennen – und zu bejahen, was sich aus einer Zusammenschau mit Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK ergibt.

Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK will sicherstellen, dass dem Beschuldigten nach der Eröffnung der gegen ihn erhobenen Beschuldigung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK (Unterrichtungs- und Informationsrecht) ausreichend Zeit und Gelegenheit gewährt wird, seine Verteidigung entsprechend vorzubereiten (»adequate time and facilities for the preparation of his defence«) – und dies effektiv.

Der Beschuldigte muss daher jederzeit in der Lage sein, alle aus seiner Sicht erforderlichen Maßnahmen zur Vorbereitung seiner effektiven Verteidigung in die Wege zu leiten, ggf. aber auch bestimmte Maßnahmen zu unterlassen, deren prozessuale Folgen unwiderruflich sind. Die geforderte frühzeitige Bekanntgabe des (un)verwertbaren Beweisstoffes resultiert aus der für das Gericht bestehenden prozessualen Fürsorgepflicht, dem Beschuldigten stets eine effektive Ausübung seiner Verteidigungsrechte zu gewährleisten.¹⁰¹

Für die in der gerichtlichen Hauptverhandlung anstehende Entscheidung über die konkret einzuschlagende Verteidigungsstrategie ist die Gewissheit über die nach Ansicht des erkennenden Gerichts vorliegende Verwertbarkeit bzw. Nichtverwertbarkeit erhobener Beweise essenziell, jedenfalls wenn sie dem Nachweis zentraler Umstände der Tat dienen oder im Beweisspektrum von entscheidender Aussagekraft sind. Eine Verbescheidung der Verwertbarkeit im Urteil kommt zur Wahrung der Verfahrensfairness evident zu spät und widerspricht dem von Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK geforderten Zeitfenster für eine effektive Ausrichtung, Vorbereitung und Gestaltung der Verteidigung.

¹⁰⁰ Vgl. EGMR Brozicek/Italien, 19.12.1989, Nr. 10964/84, § 42.

¹⁰¹ LR/Essex, EMRK, 27. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 329.

5. § 257b StPO

Wir schlagen vor, § 257b StPO wie folgt zu ergänzen:

ABSATZ 1: Das Gericht soll in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern.

ABSATZ 2 (NEU): Findet das Verfahren in erster Instanz vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht statt, so hat das Gericht den Stand des Verfahrens auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten mit den Verfahrensbeteiligten zu erörtern.

Die vorgeschlagene Ergänzung der Vorschrift soll die offene Kommunikation über den Stand der Beweisaufnahme stärken:

Nach Absatz 1 der vorgeschlagenen Änderung soll das Gericht grundsätzlich (auch) von sich aus offen den bisherigen Stand der Beweisaufnahme erörtern, sobald hinsichtlich einzelner oder mehrerer Aspekte der Beweisaufnahme Erörterungsreife eingetreten ist. Mit der vorgeschlagenen Ausgestaltung als Soll-Vorschrift wird einerseits dem praktischen Bedürfnis nach mehr Transparenz und Kommunikation – auch im Hinblick auf das für das rechtliche Gehör grundlegende Informationsbedürfnis des Angeklagten – entsprochen, andererseits aber auch keine sämtliche Strafgerichte erfassende Erörterungsverpflichtung statuiert, die seitens der Justiz als zusätzliche Belastung empfunden werden könnte.

In – potenziell länger andauernden, aufwändigeren oder rechtsfolgenintensiveren – erstinstanzlichen land- und oberlandesgerichtlichen Verfahren wird dagegen über den neu zu schaffenden Absatz 2 die Einführung eines Anspruchs der Verfahrensbeteiligten auf entsprechende Erörterungen vorgeschlagen. Dieser Anspruch auf Kundgabe einer entsprechenden »Zwischenbilanz«¹⁰² soll verhindern, dass in vielen Verfahren ressourcenverschwendend zu nur vermeintlich streitigen Aspekten der Beweisaufnahme verteidigt wird. Dieser neu zu schaffende »Anspruch auf Erörterung« kann und soll es dabei auch ermöglichen, nachfolgend in Verständigungsgespräche i.S.d. § 257c StPO einzutreten, die dem jeweiligen Stand der Beweisaufnahme entsprechen und sich mithin nicht an den Anklagevorwürfen, sondern am aktuellen Stand der Beweisaufnahme orientieren (dazu noch unten, III.).

In der Fachliteratur wird bereits de lege lata diskutiert, ob das eröffnete (Erörterungs-)Ermessen je nach den Gegebenheiten des Einzelfalls eingeschränkt, auf Null reduziert oder ob das Gericht bei einer entsprechenden Anregung zu Erörterungen über den Stand der Beweisaufnahme jedenfalls verpflichtet wäre, eine begründete Ablehnungsentscheidung zu treffen.

In der Praxis sind die Gerichte dagegen diesbezüglich oft extrem zurückhaltend und lassen eher selten erkennen, wie sie die Beweislage nach dem aktuellen Stand der Beweisaufnahme bewerten. Die Gründe für diese Rechtspraxis lassen sich nur vermuten: Furcht vor nachfolgenden Befangenheitsanträgen oder zielgerichteteren Verteidigungsaktivitäten wären naheliegende Erklärungen. Die hier vorgeschlagene gesetzliche Normierung eines entsprechenden Anspruchs für erstinstanzliche land-

■ 102 Vgl. MüKo-StPO/Kudlich, 2. Aufl. 2024, StPO, § 257b Rn. 8.

und oberlandesgerichtlichen Verfahren wird insoweit zu einer offeneren Kommunikation und im Ergebnis wohl auch zu kürzeren und damit ressourcenschonenderen Verfahren beitragen; sie wird zugleich nur auf tendenziell umfangreichere und solche Verfahren beschränkt, an denen stets mindestens zwei Berufsrichter mitwirken.

Auf entsprechende Änderungen in den Parallelvorschriften (§ 160b StPO für das Ermittlungsverfahren; § 202a StPO für das Zwischenverfahren; § 212 StPO für den Zeitraum zwischen der Eröffnungsentscheidung und dem Beginn der Hauptverhandlung) sollte indes verzichtet werden, weil diese Erörterungen zeitlich noch – teilweise sehr deutlich – vor Beginn der Beweisaufnahme liegen. Insofern dürfte eine gewisse Vorsicht geboten sein, dass das Verfahren nicht zu einem »Aktenprozess« verkommt, in welchem die Hauptverhandlung in ihrer Eigenschaft als »Kontrollinstanz« über das bisherige Verfahren an Bedeutung zu verlieren droht.¹⁰³

■ 103 Ähnlich: MüKo-StPO/Kudlich (Fn. 102), § 257b Rn. 9.

6. Erörterungen (insbes. verständigungsbezogene Erörterungen) zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht sind zu dokumentieren.

Gemäß §§ 243 Abs.4 S. 1, 202a, 212 StPO sind sämtliche richterlich geführten Gespräche, die eine mögliche Verständigung zum Gegenstand haben, aktenkundig zu machen und bekanntzugeben. Weder das Gesetz noch die Rechtsprechung unterscheiden, ob es sich hierbei um Gespräche mit der Verteidigung oder der Staatsanwaltschaft handelt. In der forensischen Praxis werden Gespräche von Tatrichtern mit der Staatsanwaltschaft indes regelmäßig nicht aktenkundig gemacht, sodass dies der Klarstellung bedarf. Nicht selten wird bei entsprechenden Erörterungen im Vorfeld einer anzuberaumenden Hauptverhandlung, etwa gemäß § 202a StPO, richterlich bekannt gegeben, was sich die Staatsanwaltschaft im Falle geständiger Einlassungen als Verfahrensergebnis erwarte. Den Vermerk über das mit dieser Mitteilung verbundene vorangegangene Gespräch sucht man in den Akten in aller Regel vergeblich. Der Grund hierfür mag darin liegen, dass die Staatsanwaltschaft – anders als die Verteidigung – regelmäßig keine Revision wegen unterbliebener Veraktung oder Mitteilung der mit ihr geführten Gespräche führen wird und insoweit die korrekte Wiedergabe und Veraktung dieser Gesprächsführung für den revisionsrechtlichen Bestand des Urteils kaum im gleichen Maße von Gewicht ist, wie dies betreffend der mit der Verteidigung geführten Gespräche gilt.

Indes gefährdet diese justizielle Übung das Transparenzgebot hinsichtlich verständigungsbezogener Gespräche nicht minder als ungenügende Dokumentation von Unterredungen mit der Verteidigung und ist insoweit auch nicht minder geeignet, informelle Verständigungen mit der Staatsanwaltschaft zu zeitigen bzw. mindestens den entsprechenden Verdacht nahezulegen und mithin die Integrität des Verfahrens und seines Ergebnisses zu unterlaufen.

Gemäß Nr. 123 RiStBV hat die Staatsanwaltschaft alles zu vermeiden, was auch nur den Schein einer unzulässigen Einflussnahme auf das Gericht erwecken könnte, mag die kollegiale Nähe zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht doch häufig dazu führen, dass zwischen diesen Verfahrensbeteiligten auch ohne Einbeziehung der übrigen Beteiligten bilaterale Gespräche stattfinden. Das kann bis hin zu Absprachen per E-Mail über den abzuurteilenden Tatablauf gehen (so etwa zuletzt im Mordfall ›Hanna‹¹⁰⁴).

Klar ist: Mit §§ 243 Abs. 4 S. 1, 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a StPO ist sowohl der Inhalt einer Verständigung als auch von Vorgesprächen mit Blick auf diese, und zwar unabhängig davon, ob die Verständigung später zustande kommt oder nicht, offenzulegen, um für alle Verfahrensbeteiligten und Rechtsmittelgerichte überprüfbar zu sein. Diese Protokollierungsverpflichtung dient der Transparenz und Dokumentation des mit der Verständigung verbundenen Geschehens.¹⁰⁵ Nur die umfangreiche Mitteilungs- und Protokollierungspflicht kann die vom Bundesverfassungsgericht besonders betonte Transparenz eines verständigungsbasierten Verfahrens sicherstellen.¹⁰⁶ Dies gilt gerade auch für die Fälle, in denen eine Verständigung außerhalb der

¹⁰⁴ <https://www.br.de/nachrichten/bayern/mordfall-hanna-diese-revision-ist-besonders-warum,U7XROA6>.

¹⁰⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 1.

¹⁰⁶ BeckOK-StPO/Peglau (52. Ed. 1.7.2024), StPO, § 273 Rn. 24.

öffentlichen Hauptverhandlung vorbereitet wird, um die Öffentlichkeit (»das Volk«) einzubeziehen, in dessen Namen das Urteil gesprochen wird.

Aufgrund des in der Praxis zu beobachtenden lässlichen Umgangs mit den zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft geführten Orientierungsgesprächen, ist es geboten, die entsprechende Protokollierungspflicht derselben zwar letztlich deklaratorisch, aber bindend explizit gesetzlich festzuschreiben, um der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich Rechnung zu tragen.

III. Verständigung

1. Förderung einer Verständigung auch nach veränderter Bewertung des Anklagevorwurfes

Wir schlagen vor, einen neuen § 257c Abs. 2 S. 2 StPO einzufügen:

Eine Verständigung über die Rechtsfolgen ist auch dann zulässig, wenn das Gericht in der Hauptverhandlung zuvor durch einen rechtlichen Hinweis im Sinne des § 265 StPO eine vom Eröffnungsbeschluss abweichende vorläufige tatsächliche oder rechtliche Bewertung zum Ausdruck gebracht hat.

Zwar sind Verständigungen abseits der Anklagevorwürfe bzw. nach veränderter tatsächlicher oder rechtlicher Bewertung der Anklagevorwürfe bereits nach der geltenden Rechtslage zulässig. Eine diesbezügliche gesetzgeberische Klarstellung erscheint dennoch geboten, da sich die Gerichte in der Praxis derzeit – auch aufgrund insoweit unklarer Ausführungen in der einschlägigen Kommentarliteratur – wegen des Wortlauts von § 257c StPO sehr häufig an Verständigungen, die nicht auf den tatsächlichen und rechtlichen Annahmen der Anklageschrift fußen, gehindert sehen.

§ 257c Abs. 2 StPO bestimmt de lege lata ausdrücklich, dass »nur die Rechtsfolgen« (Satz 1) Gegenstand der Verständigung sein dürfen und der »Schuldspruch« (Satz 3) dies gerade nicht sein darf. Verengt man den Blick auf diese Formulierungen, könnte man – wie die überwiegende Rechtspraxis – versucht sein, den (letztlich falschen) Schluss zu ziehen, dass das Gericht im Rahmen von Verständigungsvorschlägen stets ausschließlich die (im Rahmen der tatsächlichen und rechtlichen Bewertung durch den Eröffnungsbeschluss zugelassenen) Anklagevorwürfe zugrunde legen kann.

§ 257c Abs. 2 S. 3 Var. 1 StPO verbietet in der geltenden Fassung allerdings nur Verständigungen über den Schuldspruch. Dies bedeutet nicht, dass es dem Gericht untersagt wäre, tatsächliche oder rechtliche Wertungen zugrunde zu legen, die von der Anklageschrift abweichen. Dies hat der Bundesgerichtshof in zwei Entscheidungen ausdrücklich festgestellt.¹⁰⁷

Zutreffend weist der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs dabei darauf hin, dass einem solchen – von der Anklageschrift abweichenden – Verständigungsvorschlag »weder Verfassungs- noch Strafverfahrensrecht« entgegensteht,¹⁰⁸ wobei er auf das »Verständigungsurteil« des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁹ verweist, wo es diesbezüglich allerdings – weniger eindeutig – heißt, es sei zwar

»Gericht und Staatsanwaltschaft untersagt, (...) mit dem Angeklagten einen bestimmten Schuldspruch (...) zu vereinbaren. (...) Demgegenüber steht das Grundgesetz unverbindlichen Erörterungen der Beurteilung der Sach-

¹⁰⁷ BGH Beschl. v. 12.12.2013 – 3 StR 210/13 – Rz. 18 bis 20 – juris; Beschl. v. 25.11.2015 – 1 StR 79/15 – BGHSt 61, 43.

¹⁰⁸ BGH Beschl. v. 12.12.2013 – 3 StR 210/13 Rz. 19 = NStZ 2014, 284.

¹⁰⁹ BVerfG Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 Rz. 105 f. = NJW 2013, 1058.

und Rechtslage zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten nicht entgegen. Eine offene, kommunikative Verhandlungsführung kann der Verfahrensförderung dienlich sein und ist daher heute selbstverständliche Anforderung an eine sachgerechte Prozessleitung. So begegnen etwa Rechtsgespräche und Hinweise auf die vorläufige Beurteilung der Beweislage oder die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.«

Der entscheidende Unterschied zwischen einer zulässigen oder unzulässigen Verständigung abseits der Anklagevorwürfe besteht de lege lata mithin darin, dass man eine abweichende tatsächliche oder rechtliche Wertung nicht (konsensual) vereinbaren kann, es hingegen aber zulässig ist, einem Verständigungsvorschlag eine abweichende tatsächliche oder rechtliche Wertung zugrunde zu legen, die der aktuellen Würdigung des aktuellen Standes der Beweisaufnahme durch das Gericht entspricht:

»Denn es ist dem Gericht unbenommen, im Sinne einer transparenten und kommunikativen Verhandlungsführung ein mögliches Prozessergebnis bei einem Geständnis des Angeklagten in Aussicht zu stellen, solange damit keine endgültige Festlegung oder Zusage verbunden ist.«¹¹⁰

Die Kommentarliteratur beschränkt sich insoweit im Wesentlichen auf die Wiederholung des Gesetzeswortlauts von § 257c Abs. 2 S. 3 Var. 1 StPO, wonach der Schuldspruch nicht Gegenstand der Verständigung sein darf.¹¹¹ Dabei wird überwiegend (nur) auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs verwiesen, in denen die Instanzgerichte sich mit den Verfahrensbeteiligten – unzulässig – auf eine bestimmte rechtliche Wertung verständigt und nicht nur – was zulässig gewesen wäre – der vorgeschlagenen Verständigung eine mögliche von der Anklageschrift abweichende tatsächliche oder rechtliche Bewertung zugrundegelegt haben.¹¹² Letztlich verhält sich die Kommentarliteratur zu dieser Frage unklar, was zu der oben beschriebenen restriktiven Verständigungspraxis beiträgt.

Vor diesem Hintergrund sind die in der Praxis bei den Gerichten zu beobachtenden Unsicherheiten nachvollziehbar und eine gesetzgeberische Klarstellung angezeigt. Dabei erscheint es zweckmäßig und im Hinblick auf die Vermeidung zu großer (revisibler) Fehleranfälligkeit von Verständigungsentscheidungen auch geboten, einem von der Anklageschrift abweichenden Verständigungsvorschlag zwingend einen entsprechenden gerichtlichen Hinweis i.S.d. § 265 StPO vorausgehen zu lassen.

Ein solcher Hinweis schafft zum einen für die Verfahrensbeteiligten eine gewisse Sicherheit, zum anderen verhindert er, dass die Zulässigkeit einer solchen Verständigung von missverständlichen Formulierungen des Verständigungsvorschlages beeinträchtigt wird, die sonst auf eine (unzulässige) Verständigung über den Schuldspruch hindeuten könnten.

¹¹⁰ BGH Urt. v. 14.7.2022 – 3 StR 455/21, Rz. 29 m.w.N. (hier außerhalb einer förmlichen Verständigung).

¹¹¹ Vgl. etwa BeckOK-StPO/*Eschelbach* (53. Ed. 1.10.2024), § 257c Rn. 11; KK-StPO/*Moldenhauer/Wenske* (9. Aufl. 2023), § 257c Rn. 18; LR/*Stuckenberg*, StPO, (27. Aufl. 2020), § 257c Rn. 33; MüKo-StPO/*Jahn* (2. Aufl. 2024), § 257c Rn. 116)

¹¹² BGH Beschl. v. 1.3.2011 – 1 StR 52/11; Beschl. v. 16.3.2011 – 1 StR 60/11.

2. Ausschluss der reformatio in peius nach einem auf Verständigung beruhendem Urteil

Das Verbot der Verschlechterung der Rechtsposition (*reformatio in peius*) ist keine zwingende Folge des Rechtsstaatsprinzips.¹¹³ Vielmehr ist es eine dem alleinigen Rechtsmittelführer vom Gesetzgeber gewährte Rechtswohltat, welcher der Gedanke zu Grunde liegt, dass er nicht von der Einlegung eines Rechtsmittels abgehalten werden soll, weil er befürchten muss, dass ihm durch die Einlegung eines Rechtsmittels ein Nachteil entsteht.¹¹⁴ Entsprechende Regelungen hat der Gesetzgeber in § 331 StPO (Berufung), § 358 Abs. 2 S. 1 und 3 StPO (Revision) und § 373 Abs. 2 StPO (Wiederaufnahme) getroffen. Dass diese Entscheidung kein zwingender, dem Rechtsstaatsprinzip geschuldeter Rechtsgrundsatz ist, zeigt allein der Blick auf das Strafbefehlsverfahren in den §§ 407 ff. StPO.¹¹⁵

Mit dem Verständigungsgesetz aus dem Jahr 2009 hatte der Gesetzgeber sich unmissverständlich dafür entschieden, dass in Fällen der Verständigung die Möglichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln nicht beschränkt ist und insbesondere auch nicht vereinbart werden darf.¹¹⁶ Dieses lässt sich zwanglos den Regelungen in § 302 Abs. 1 S. 2 StPO (kein Rechtsmittelverzicht bei vorausgegangener Verständigung) und § 35a S. 3 StPO (Freiheit, Rechtsmittel einzulegen) entnehmen.

An dieser grundlegenden gesetzgeberischen Intention sollte angesichts des diffizilen Verständigungssystems festgehalten werden. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 19.3.2013¹¹⁷ hervorgehoben, dass die Überprüfbarkeit im Rechtsmittelweg ein wesentlicher Umstand im System der Verständigung ist.

Überlegungen, die Möglichkeit von Rechtsmitteln gegen Urteile, die auf einer Verständigung basieren, einzuschränken, sind an diesem, durch das BVerfG betonten Maßstab zu messen. Überlegungen, das Rechtsmittelsystem bei Urteilen, die auf einer geschlossenen Verständigung basieren, dahingehend einzuschränken, dass das Verbot der *reformatio in peius* aufgehoben oder eingeschränkt wird, sind grundsätzlich abzulehnen.

Insbesondere können Einzelfälle, in denen nach einer getroffenen Verständigung das Rechtsmittel gesucht wird, um auszutesten »wie weit es in der nächsten Instanz noch nach unten geht«, keine andere Sichtweise rechtfertigen.¹¹⁸ Das Rechtsmittelsystem sollte insofern ein einheitliches bleiben. Ein »Rechtsmittelsystem light« für das Verständigungsverfahren ist nicht angezeigt. Die Rechtsprechung hat bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes probate Lösungen für die Behandlung derartiger Fälle entwickelt. Wird nach einer getroffenen Verständigung in einem amtsgerichtlichen Verfahren Berufung eingelegt und in

¹¹³ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 81), § 331 Rn. 1 m.w.N.

¹¹⁴ Ergeht nach zulässigem Einspruch durch den Angeklagten nach durchgeführter Hauptverhandlung ein Urteil, gilt das Verbot der Verschlechterung nach § 411 Abs. 4 StPO nicht, vgl. auch SK-StPO/Frisch (6. Aufl. 2022), § 331 Rn. 2; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 81), § 331 Rn. 1 m.w.N.

¹¹⁵ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 81#), § 411 Rn. 11; LR/Gaede (27. Aufl. 2022), § 411 Rn. 56; Dabei ist es unerheblich, ob es sich beim Einspruch gegen den Strafbefehl von der Natur her um ein Rechtsmittel handelt (so die Mot. S 238); dem Gesetzgeber wäre eine den §§ 331, 358, 373 StPO gleichlautende Vorschrift nicht verwehrt gewesen.

¹¹⁶ LR/Stuckenberg (Fn. 111), § 257c Rn. 35.

¹¹⁷ BVerfG Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und 2 BvR 2155/11, Rz. 114.

¹¹⁸ Dies gilt schon deswegen, da eine empirische Untersuchung zu der Anzahl solcher Fälle fehlt.

der zweiten Instanz eine Freispruchverteidigung eingeschlagen, so ist der Umstand, dass in der ersten Instanz ein Geständnis abgegeben wurde, selbstredend zu würdigen. Das Verwertungsverbot des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO ist insoweit nicht einschlägig und hindert das Gericht nicht an dieser Feststellung.¹¹⁹

Vielmehr sprechen andere, gewichtige Umstände für eine Beibehaltung des Verbotes der reformatio in peius. So sind Fälle Praxis Legion, in denen u.a. Schlechtverteidigung oder kollusiv durch Gericht und Verteidigung in Verständigung ge-
drängte Angeklagte eine vollumfängliche Nachprüfung des Urteils, welches auf einer Verständigung beruht, erforderlich machen.¹²⁰ Es sind nun gerade solche Fälle, die ein Festhalten am Verbot der reformatio in peius rechtfertigen.

¹¹⁹ BGH Beschl. v. 24.2.2010 – 5 StR 38/10.

¹²⁰ Zur Rechtswirklichkeit der Verfahrensabsprachen in dem Jahrzehnt nach dem mahnenden Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2013 vgl. *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess (2021), passim.

Rechtspolitischer Kreis Schwanenwerder:
Kommunikation und Verständigung im Strafverfahren
Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]
Berlin 2025

Strafverteidigervereinigungen | Organisationsbüro
Münchener Str. 16
10779 Berlin

