

Aufsätze

U-Haft schafft Rechtskraft

Rechtswidrige „Post-mortem“-Absprache, Befangenheit und Fehlurteil

— Prof. Dr. Carsten Momsen, Berlin

I. Der Fall

Viele materiell-rechtliche Probleme wirft er nicht auf, der Fall, über den hier zu berichten ist. Der Angeklagte befindet sich in U-Haft wegen Fluchtgefahr, als das Landgericht in 1. Instanz sein Urteil spricht. Das Urteil lautet im Kern auf eine vollstreckbare Reststrafe von ca. dreieinhalb Jahren nach U-Haft-Anrechnung. Es entspricht damit den Erwartungen bei Berücksichtigung des vorangegangenen Verfahrensverlaufes. Den Antrag der Verteidigung, den Haftbefehl aufzuheben, lehnt das Gericht ab, mit Hinweis auf den fortbestehenden Haftgrund. Einem hilfsweise gestellten Antrag, den Haftbefehl außer Vollzug zu setzen, damit der Angeklagte die Weihnachtstage mit seiner Familie, insbesondere dem gerade geborenen Kind verbringen kann, gibt das Gericht unter der Auflage an den Angeklagten statt, eine Sicherheitsleistung (Kaution) in Höhe von EUR 10.000 zu stellen. Daraufhin erklärt der Mandant seiner Verteidigung, dass er eine solche Summe unmöglich aufbringen könne, und verweist auf seine – nicht zuletzt infolge der U-Haft – desolate wirtschaftliche Lage, die dem Gericht bekannt ist. Er bittet seine Verteidigung, bei Gericht nachzufragen, ob es keine andere Möglichkeit gäbe. Daraufhin bietet das Gericht an, den Haftbefehl nun doch aufzuheben, sofern der Angeklagte erkläre, auf die Einlegung von Rechtsmitteln zu verzichten. Der Mandant, von der Verteidigung über die Konsequenzen und die unklare Rechtslage informiert, will unbedingt Weihnachten bei seinen Kindern sein und akzeptiert dieses Angebot. Daraufhin stellt die nunmehr informierte Staatsanwaltschaft, wie vom Gericht zur Voraussetzung gemacht, einen Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls, welchem das Gericht stattgibt.¹

Der Fall ist typisch für Entscheidungen, wie sie in der nordwestdeutschen Provinz (und auch anderenorts) getroffen werden. Eine pragmatische Lösung, etwas hemdsärmelig, etwas patriarchalisch, aber letztlich doch im allseitigen Interesse. Also konnten alle einschlagen in dieses – ja was den eigentlich? Denn ebenso typisch für derartige Entscheidungen ist, dass man eine passende Rechtsgrundlage erst einmal finden muss. Genau genommen kann man aber auch insoweit pragmatisch vorgehen und sich mit einer einigermaßen plausiblen rechtlichen Einordnung begnügen, da eine Überprüfung des Urteils ja infolge des Rechtsmittelverzichts normalerweise nicht mehr erfolgen wird.

Tatsächlich aber liegt hier nur ein erstes und keinesfalls das schwierigste Problem für die Legitimierung dieser eigentlich doch so effektiven Erledigung (und das Wort passt hier in jeder seiner Bedeutungen). Um überhaupt die Legitimität verfahrensrechtlich hinterfragen zu können, müsste sich trotz des Verzichts auf Rechtsmittel ein Weg gerade dorthin finden lassen, zur zulässigen Einlegung einer Revision – in unserem Fall. Will man beurteilen, ob eine Revision trotz des Rechtsmittelverzichts zulässig eingelegt werden könnte, so müssten sich Gründe dafür finden lassen, dass dieser Verzicht nicht wirksam war. Die Beantwortung dieser Frage setzt jedoch ihrerseits einige rechtliche Vorüberlegungen voraus, so dass sie zunächst zurückgestellt wird.

II. Die haftgrundlose Haft

Der Haftbefehl ist in gewisser Weise die Wurzel der Problematik. Begründet wurde er nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO mit dem Haftgrund der Fluchtgefahr. Aufgrund des hier nur verkürzt wiedergegebenen Sachverhalts können weitere Voraussetzungen nicht überprüft werden, es sei aber unterstellt, dass sowohl ein dringender Tatverdacht vorlag als auch die Anordnung der Untersuchungshaft verhältnismäßig war. Weiterhin sei unterstellt, dass zum Zeitpunkt, in welchem der Haftbefehl erlassen wurde, die Annahme, eine Fluchtgefahr liege vor, auf hinreichende und konkrete tatsächliche Anhaltspunkte gestützt war.²

1. Verkündung des Urteils als Prognosezeitpunkt

Stellt sich die Frage, ob diese Voraussetzungen auch noch nach der Verkündung des Urteils vorlagen. Der Zweck der Anordnung von Untersuchungshaft liegt primär in der Sicherung des Strafverfahrens, hier gegen die Abwesenheit des

¹ Die Schilderung beruht im Wesentlichen auf einem kürzlich ergangenen Urteil des LG Osnabrück, dessen schriftliche Gründe noch nicht vorliegen. Da das Verfahren (möglicherweise) noch nicht rechtskräftig beendet ist, wurden zur Anonymisierung einige Einzelheiten verändert, ohne dass sich hierdurch der rechtliche Bewertungsrahmen verschieben würde.

² Zu den Voraussetzungen eines Haftbefehls nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO ausf. *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, S. 224 ff.

Beschuldigten oder Angeklagten. Gesichert werden kann sowohl das Erkenntnis- als auch das Vollstreckungsverfahren. Weder dürfen punitive Zwecke verfolgt werden noch – mit Ausnahme des systemwidrigen § 112a StPO (Wiederholungsgefahr) – präventive Zwecke, namentlich nicht solche der Gefahrenabwehr.³

Kann dieser Zweck durch die Rechtskraft des Urteils wegfallen? Ohne weitere Anknüpfungspunkte bietet in der Regel die Straferwartung das zentrale Kriterium für die Annahme von Fluchtgefahr. Dabei wird, häufig unzulässig generalisierend, als pseudorationale Erwägung zugrunde gelegt, dass Beschuldigte oder Angeklagte um so eher fliehen, je höher die Straferwartung ist.⁴ Welche Faktoren können nun zu einer signifikanten Abnahme des Fluchtimpulses nach Rechtskraft führen? Genauer gesagt: In welcher Form kann ein Rechtsmittelverzicht Fluchtanreize vermindern? Prinzipiell können alle anderen potentiellen Indikatoren für eine Fluchtprognose durch den Rechtsmittelverzicht nicht beeinflusst werden. Weder ändert sich etwas an den familiären und sozialen Verhältnissen – die im konkreten Fall (junge Familie, Kleinkind, feste Bindung) ohnehin nicht und immer weniger geeignet waren, eine Fluchtprognose zu stützen. Blicke als offenkundig bestenfalls laienpsychologischer Ansatz die Vermutung des Gerichts, wer ein Urteil anerkenne, erkenne damit zugleich an, dass die ausgeteilte Strafe „verdient“ und deshalb auf sich zu nehmen sei. Nicht auszuschließen, dass einzelne Gerichte sich solchen Selbstvergewisserungsphantasien hingeben.

Tatsächlich gibt es mindestens genauso gute Argumente dagegen. Solange die Chance besteht, ein erfolgreiches Rechtsmittel einzulegen, besteht die Möglichkeit einer geringeren Strafe, wenn nicht eines Freispruchs. Diese Hoffnung endet mit dem Rechtsmittelverzicht. Zudem verdichtet sich die unbestimmte Erwartung eines möglichen Freiheitsentzugs mit seinen negativen sozialen Folgen zu der Gewissheit, eine Strafe antreten zu müssen. Dies kann ein hochgradig traumatisierendes Erlebnis, eine intensive Ohnmachtserfahrung darstellen. Gerade der Zeitraum zwischen Rechtskraft und Strafantritt könnte daher auch die höchsten Fluchtimpulse freisetzen. Nicht zuletzt deshalb sind sogenannte „Saalverhaftungen“ bei Urteilsverkündung eine böse, aber gelegentlich notwendige Überraschung für Angeklagte.⁵

2. Einlegung von Rechtsmitteln kein Prognosekriterium

Da die Sicherung der Vollstreckung der rechtskräftigen Strafe ein gleichwertiger Haftzweck ist, spricht nichts dafür, dass der Rechtsmittelverzicht als solcher irgendeine Auswirkung auf die Fluchtprognose haben könnte. Vielmehr fehlt ein erkennbarer Konnex zwischen Rechtsmitteleinlegung oder Verzicht und der Annahme von Fluchtgefahr. Ein Punkt, auf den bei der Legitimität einer Absprache zurückzukommen sein wird. Sucht man wie notwendig nach konkreten Anhaltspunkten für das Entfallen der Fluchtgefahr, so liegen diese primär in dem Wunsch begründet, die Weihnachtstage mit der Familie zu

verbringen. Dies kann man durchaus verstehen als ein Zeichen über die Verurteilung hinaus bestehender enger familiärer Verbundenheit und damit gerade als Ausdruck fehlender Fluchtanreize. Der Verzicht auf Rechtsmittel hatte damit nichts zu tun. Dies führt zu einer weiteren Folgerung: Wenn nach der Erklärung des Rechtsmittelverzichts keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete Fluchtprognose vorlagen, so fehlten sie auch schon bei Urteilsverkündung. Dementsprechend war der Haftbefehl bereits von Amts wegen aufzuheben. Dieser Gedankengang ergibt sich auch eindeutig aus § 120 Abs. 2 StPO: „Durch die Einlegung eines Rechtsmittels darf die Freilassung des Beschuldigten nicht aufgehalten werden.“ Die Einlegung oder Nichteinlegung eines Rechtsmittels ist als solches kein relevantes Prognosekriterium. Diesem Aspekt durfte die Kammer daher bei der Entscheidung über die Aufhebung des Haftbefehls keine tragende Bedeutung einräumen.

3. Rechtswidrige Außervollzugsetzung gegen Sicherheitsleistung bei Wegfall des Haftgrunds

In dieser Situation war auch die Entscheidung, den Haftbefehl gegen eine Sicherheitsleistung außer Vollzug zu setzen, rechtswidrig. Eine Außervollzugsetzung setzt notwendig einen zu diesem Zeitpunkt bestehenden Haftgrund voraus. Ansonsten gibt es nichts zu sichern. Zweifelhaft ist zudem die Rechtmäßigkeit der Höhe der Sicherheitsleistung. Prinzipiell muss ein Gericht, das gerade ein Urteil unter Einbeziehung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten gesprochen hat, in der Lage sein, eine Sicherheitsleistung so zu bemessen, dass sie einerseits den Fluchtanreiz signifikant mindern und andererseits auch erbracht werden kann – und zwar vom Angeklagten selbst. Zwar räumt § 116a Abs. 2 StPO ein „freies Ermessen“ für die Bemessung der Sicherheitsleistung ein. Dies kann jedoch weder die gesetzlich vorgegebene Zweckbindung des § 116 Abs. 1 S. 1 StPO, der auch für die Sicherheitsleistung gilt, verändern noch sachfremde Erwägungen rechtfertigen. In beiden Fällen läge ein rechtswidriger Ermessensgebrauch vor. Die Sicherheitsleistung darf nicht unter Beeinträchtigung des Nemo-tenetur-Grundsatzes einen Angeklagten zur Preisgabe von Informationen zwingen, die mit den Mitteln legitimer Beweiserhebung nicht erlangt werden konnten. Sollte das Gericht daher bei der Festsetzung der Sicherheitsleistung bspw. ins Kalkül gezogen haben, der Angeklagte habe möglicherweise Zugriff auf verschleierte Vermögens- oder Beuteanteile oder Verwandte könnten einspringen, so wären diese Erwägungen ebenfalls rechtswidrig.⁶

³ SSW-StPO/Herrmann, Vor §§ 112 ff. Rn 6, § 112a Rn 1.

⁴ Schlothauer/Weider a.a.O. Rn 516, 565 ff.; zu Recht kritisch L. Wolf, Die Fluchtprognose im Untersuchungshaftrecht: Eine empirische Untersuchung der Fluchtgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO, 2017, S. 66 ff., 126 ff.; Morgenstern, Die Untersuchungshaft, 2018, S. 429 ff., 640 ff.

⁵ Schlothauer/Weider, a.a.O., Rn 712.

⁶ Schlothauer/Weider, a.a.O., Rn 603.

III. Der erzwungene Rechtsmittelverzicht

Blickt man nun zunächst auf den Rechtsmittelverzicht als solchen, so spricht zwar im Grundsatz nichts dagegen, diesen nach Urteilsverkündung zu erklären. Er kann ohne Einschränkung während der gesamten Einlegungsfrist für das Rechtsmittel erklärt werden.⁷ Die Problematik, ob der Verzicht bereits unmittelbar nach Ergehen der Entscheidung, also auch vor der Bekanntgabe der Urteilsgründe und somit bereits vor Beginn der Rechtsmittelfrist ausgesprochen werden kann⁸ oder sogar auch schon vor dem Erlass der Entscheidung erklärt werden darf,⁹ ist vorliegend nicht angesprochen, denn der Verzicht wurde erst nach Verkündung der Nebenentscheidungen erklärt.

1. Freiwilligkeit

Allerdings wurde der Verzicht nur deshalb erklärt, weil der Angeklagte über die Weihnachtstage bei seiner Familie sein wollte. Die Erklärung des Angeklagten beruhte also einerseits nicht auf einem im Ursprung selbstgesetzten bzw. freiwilligen Impuls und andererseits stand sie in einem Gegenseitigkeitsverhältnis Zug um Zug gegen Aufhebung des Haftbefehls. Diese Verzichtserklärung erfolgte von der Idee her unter der Bedingung der Aufhebung des Haftbefehls – und umgekehrt. Beide Punkte, die Motivation zum Verzicht durch die Weigerung des Gerichts, den Haftbefehl anderenfalls aufzuheben, sowie die daraus resultierende intentionale Bedingtheit der Erklärung, bedürfen der Analyse.

2. Zulässige Einflussnahmen auf den Entschluss zum Verzicht

Der Verzicht ist wie die Rücknahme grds. nicht anfechtbar und unwiderruflich.¹⁰ Hintergrund ist die Natur des Verzichts als rechts- (und verfahrens-) gestaltende Prozesshandlung. Daran ändert sich grundsätzlich auch dann nichts, wenn die Erklärung auf Irrtum, Täuschung oder Drohung beruht, da weder die §§ 119 ff. BGB noch § 136a StPO auf diese Erklärungen anwendbar sind.¹¹ Vergleicht man die bislang entschiedenen Konstellationen, so lässt sich keine zwingende Ableitung treffen. Zwar soll keine Drohung bspw. dann vorliegen, wenn die Staatsanwaltschaft erklärt, selbst ein Rechtsmittel einlegen zu wollen, sofern der Angeklagte das seinige nicht zurücknehme oder darauf verzichte. Das jedoch ist ein in der Regel informell ablaufender, aber alltäglicher Vorgang, letztlich auch insoweit nicht vergleichbar, als das Gericht nicht involviert ist.¹² Auch soll kein unzulässiger Druck anzunehmen sein, wenn der Angeklagte aufgrund der Zusage des Gerichts, im Falle der Revisionsrücknahme werde ein bestimmtes Strafmaß nicht überschritten und keine Maßregelverhängung geprüft oder angeordnet, die Rücknahme erklärt.¹³ Auf den ersten Blick ein-

schlägig scheint die Entscheidung des 5. Strafsenats zu sein, wonach es nicht als unzulässiger Druck zu beanstanden sei, wenn das Tatgericht dem nicht geständigen Angeklagten für den Fall einer ernstzunehmenden Rücknahmeankündigung eine Haftverschonung in Aussicht stellt.¹⁴ Jedoch bestehen zwei Unterschiede: Zum einen liegt eine explizite Verknüpfung zum Geständnis der Tat vor. Daneben wird lediglich Haftverschonung als Gegenleistung angeboten. Damit fehlt das für unseren Fall kennzeichnende Junktim von Herstellung der Rechtskraft und Haftgrund der Fluchtgefahr. Mit Blick auf eine mögliche Anwendung des § 302 Abs. 1 StPO ist zudem zu berücksichtigen, dass dessen Satz 2 nur den Verzicht in Bezug nimmt, nicht die Rücknahme. Gleichwohl bleibt auch die vorgenannte Entscheidung bedenklich.

Dass unverbindliche Vorgespräche im Vorfeld einer Absprache zu diesen Fragen als solche noch keine unzulässige Willensbeeinflussung darstellen, wenn die Voraussetzungen einer Absprache nach § 257c StPO später eingehalten werden, berührt unseren Fall in diesem Punkt nicht, wohl aber ist im Hinterkopf zu behalten, was zulässige Inhalte einer Absprache sein können.¹⁵

3. Unzulässige Einwirkungen als Verstoß gegen den Grundsatz des Fair Trial

Gleichwohl ist nicht nur aus Billigkeitsgründen sondern auch mit Blick auf den Grundsatz des Fair Trial (Art. 6 EMRK) der Schutzzweck des § 302 StPO zu beachten: Die freie Willensentschließung des Angeklagten soll vor sachwidriger Einflussnahme insbesondere durch das Gericht bewahrt werden. Eine Rolle spielt hier (und auch in einem weiteren Zusammenhang, s.u. V.) die Unschuldsvermutung. Denn sie gilt unbeeinflusst von der Entscheidung erster Instanz bis zum rechtskräftigen Abschluss des Erkenntnisverfahrens. Unfair ist eine Verhaltensweise des Gerichts daher, wenn sie den Angeklagten dazu nötigt, auf seine in der Unschuldsvermutung wurzelnden Rechte zu verzichten, um einen Vorteil zu erlangen, den das Gericht ihm – jedenfalls mit dieser Begründung – überhaupt nicht vorzuenthalten darf. Gegen den Fair Trial verstoßen daher auch sol-

⁷ OLG Köln NJW 1980, 2720; RGSt 2, 98; LR/Hanack Rn 7 f.; vgl. auch HKGS/Momsen, 4. Aufl. 2017, § 302 StPO Rn 6.

⁸ So mit der überwiegend vertretenen Ansicht Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 302 Rn 14.

⁹ Dafür AK-StPO/Achenbach § 302 Rn 17; SK-StPO/Frisch § 302 Rn 40 – allerdings erst nach vollständiger Verkündung; vgl. auch BGHSt 25, 235.

¹⁰ BGHSt 5, 338, 341; 37, 15, 17; BGH NStZ 2006, 464; NStZ-RR (B) 2008, 66; Rieß, Meyer-Goßner-FS, S. 654.

¹¹ HKGS/Momsen, § 302 StPO Rn 11; BGHSt 17, 14; BGH StV 94, 64; LR/Hanack § 301 Rn 47 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt § 302 Rn 10.

¹² Dazu KK-StPO/Ruß § 302 Rn 13 m.w.N.

¹³ Jedenfalls in ihrer knappen Begründung nicht vollends zu überzeugen vermag die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH v. 7.11.06 – 1 StR 463/06.

¹⁴ BGH v. 9.3.2006 – 5 StR 555/05.

¹⁵ BGH NStZ 2006, 464.

che Verfahrenshandlungen, die zwar nicht grundsätzlich unzulässig sind, wohl aber sachfremd mit anderen Verfahrenshandlungen verknüpft werden. Eine Rücknahme- oder Verzichtserklärung kann daher dann unwirksam sein, wenn das Gericht sie mit unbilligen Methoden erlangt hat.¹⁶ Zwar räumt die Revisionsrechtsprechung den Instanzgerichten hier einen sehr großzügig bemessenen Verhaltensspielraum ein, jedoch überschreiten bestimmte Konstellationen die Grenze der Verfahrensfairness.

So ist insbesondere die Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahr 1977 interessant. Hier entschied das Berliner Gericht lange vor Einführung des § 257c StPO, eine Berufungsrücknahme sei unwirksam, wenn ein in Vollzug befindlicher rechtswidriger (sic!) Haftbefehl den Angeklagten zu dieser Erklärung veranlasst habe, weil er seine Freilassung erreichen wollte.¹⁷ Hier hatte der Angeklagte nach Ansicht des Kammergerichts völlig unabhängig von der Rücknahme des Rechtsmittels einen unbedingten Anspruch auf Freilassung, schlicht weil der Haftbefehl rechtswidrig und schon deshalb aufzuheben war. Die Verknüpfung mit der Rücknahme war aus Sicht des Kammergerichts unter diesen Umständen offensichtlich unzulässig.

Diese Entscheidung liegt in verschiedener Hinsicht sehr nahe an der hier zu analysierenden Konstellation, insbesondere weil über das erstinstanzliche Urteil hinaus ein Haftbefehl, der als solcher unzulässig war, aufrechterhalten und seine Aufhebung mit dem Verzicht auf die Überprüfung des Urteils verknüpft wurde. Der insoweit identische Sachverhalt. Allerdings existierten 1977 keine Normen, welche die Absprachepraxis regulierten, diese war noch lange nicht als verfahrensrechtliches Problem ausgemacht und wohl auch nicht von vergleichbarer praktischer Bedeutung wie 40 Jahre später. In gewisser Weise schwingt in der Begründung des Kammergerichts auch Unverständnis für ein Instanzgericht mit, das auf die Idee kommt, sich nicht nur auf einen derartigen Kuhhandel einzulassen, sondern ihn auch noch anzuregen – um letztlich zwei Fliegen mit einer Klappe zu schlagen. Es entzieht den rechtswidrigen Haftbefehl einer Überprüfung und zudem sein eigenes Urteil, welches unter Umständen nicht frei von Reflektionen der rechtswidrigen Begründung der Freiheitsentziehung ist. Es wird nicht ausgesprochen, liegt aber nahe, auch den nächsten Schritt zu gehen und diese Gemengelage illegitimer Interessen mit als eine Form der Befangenheit zu deuten (näher unten VI.).

Die Erwägungen des Kammergerichts legen es auch in unserem Fall nahe, den Verzicht als unwirksam einzustufen. Dann wäre keine Rechtskraft eingetreten und es stellt sich die Frage der Wiedereinsetzung in die Revisionseinlegungsfrist (unten V.).¹⁸

4. Bedingtheit der Verzichtserklärung

Ein weiterer Aspekt stellt die Wirksamkeit des Verzichts formaliter in Frage. Der Rücknahmewille (bzw. Verzichtswille) muss aus der Erklärung eindeutig hervorgehen. Gleiches gilt aufgrund der unmittelbar eintretenden verfahrensgestaltenden

Wirkung richtigerweise auch für den Verzicht. Ebenso wie eine Rücknahme ist er nur unbedingt zu erklären.¹⁹ Daher ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Verzicht noch nicht abschließend, d.h. bindend, erklärt werden sollte, soweit er noch unter dem (ggf. einseitigen, aber für alle Seiten erkennbaren) Vorbehalt einer weiteren prozessualen Handlung eines anderen Prozessbeteiligten steht.²⁰ Würde man das Ganze hier als eine Art Absprache mit gegenseitigen „Leistungspflichten“ einordnen, so wäre der Verzicht jedenfalls zunächst noch nicht abschließend erklärt worden, bevor die Haftentlassung und endgültige Aufhebung des Haftbefehls erfolgten.

IV. Die rechtswidrige „Post-mortem“-Absprache

Ausdrücklich regelt die StPO lediglich die Urteilsabsprache nach § 257c. Dementsprechend nimmt auch die den Rechtsmittelverzicht betreffende Norm des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO nur diese Erscheinungsform der Absprache in Bezug: „Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist ein Verzicht ausgeschlossen.“

Aus dem Zusammenspiel beider Normen ergeben sich zwei einander ausschließende, aber jeweils gleichermaßen mögliche Folgerungen. Entweder versteht man § 257c StPO so, dass verbindliche Absprachen nur zu diesem Zeitpunkt – in der Hauptverhandlung und vor der Urteilsverkündung („dem Urteil vorausgegangen“) – möglich und in allen anderen Fällen unzulässig sind. Naheliegenderweise könnte § 302 Abs. 2 S. 1 StPO sich dann ebenfalls nur auf solche zulässigen Absprachen beziehen. Wenn in unserem Fall die Absprache nicht dem Urteil vorausging, sondern nachfolgte, wäre sie schon wegen der Exklusivitätswirkung des § 257c StPO unwirksam, denn sie erfolgte, nachdem sich das durch diese Norm geöffnete Zeitfenster der Zulässigkeit bereits wieder geschlossen hatte. Demgegenüber könnte man auch argumentieren, § 302 Abs. 2 S. 1 StPO betreffe nur Urteilsabsprachen, wohingegen alle anderen Absprachen jedenfalls nicht per se unzulässig seien und auch nicht den entsprechenden inhaltlichen Beschränkungen unterliegen würden.

¹⁶ Näher HKGS/Momsen § 302 StPO Rn 12; Meyer-Goßner/Schmitt § 302 Rn 10.

¹⁷ KG Berlin JR 1977, 34.

¹⁸ So zutreffend und näher zum Ganzen Kleinbauer, Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme des Beschuldigten im Strafprozeß, 2005, S. 368. Weitere Konstellationen betreffen täuschende Einflussnahmen, um die Einlegung eines Rechtsmittels zu verhindern, näher HKGS/Momsen § 302 StPO Rn 12; so etwa: keine Wirksamkeit, wenn der Angekl ausdrücklich vom Gericht falsch belehrt wird, dass keine Revision möglich sei (OLG Bremen JZ 1955, 680 m. Anm. Eb. Schmidt; LR-Hanack § 302 Rn 51 ff.), ebenso bei Irrtum über die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels infolge unzutreffender richterlicher Erklärung, OLG Zweibrücken StV 1982, 13 ff.

¹⁹ Zur Rücknahme: Meyer-Goßner/Schmitt § 302 Rn 7; KK-StPO/Ruß § 302 Rn 10; näher LR/Hanack § 302 Rn 33.

²⁰ Näher hierzu bei KK-StPO/Ruß Rn 12; vgl. auch HKGS/Momsen § 302 StPO Rn 7.

1. Zulässigkeit von „Post-mortem“-Absprachen (unmittelbar) nach Urteilsverkündung

Das Gesetz über die Verständigung im Strafverfahren²¹ aus dem Jahr 2009 bezweckte eine Regulierung der Absprachenpraxis sowie die Zurückdrängung stark angestiegener informeller und nicht dokumentierter Absprachen. Dementsprechend ergibt sich die Zulässigkeit einer Absprache erst nach dem verfahrensabschnittsabschließenden Ereignis (post mortem), dem Urteil, nicht aus § 257c StPO, der diesen Fall nicht regelt. Ebenso wenig findet sich an anderer Stelle eine Regelung darüber, dass die Aufhebung oder Außervollzugsetzung des Haftbefehls nach Urteilsverkündung Gegenstand einer „rechtlichen Erörterung“ sein dürfte.²² Vielmehr legt § 268b StPO nahe, als zulässigen Zeitpunkt die Urteilsverkündung selbst anzusehen, in deren Rahmen ein Beschluss über die Fortdauer der Untersuchungshaft zu treffen ist.²³ Auf der anderen Seite muss eine Aufhebung des Haftbefehls zu jedem Zeitpunkt unmittelbar erfolgen, nachdem kein Haftgrund mehr besteht, insbesondere nach der Verkündung eines freisprechenden, aber grundsätzlich auch jedes anderen Urteils (§ 120 Abs. 1 StPO). Wenn zudem § 120 Abs. 2 StPO bestimmt, dass „... durch die Einlegung eines Rechtsmittels ... die Freilassung des Beschuldigten nicht aufgehoben werden“ darf, so folgt daraus die Möglichkeit, den Aufhebungsbeschluss auch nach Urteilsverkündung vor Vollstreckungsbeginn – während der Rechtsmitteleinlegungs- oder Rechtsmittelbegründungsfrist – zu erlassen.

Allerdings ist eine Verständigung oder eine Erörterung mit den anderen Verfahrensbeteiligten in diesem Kontext nicht vorgesehen. Entsprechende Gespräche können also nur dann zulässig sein, wenn sie sich als Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Ergehen einer richterlichen Entscheidung darstellen (§ 33 Abs. 3 StPO greift ein, da kein Fall des Abs. 4 vorliegt). Eine echte „Post-mortem“-Absprache dürfte daher angesichts der regulierenden Zielsetzung des Verständigungsgesetzes unzulässig sein. Lässt man den bereits vorher eingetretenen Fortfall des Haftgrunds außer Betracht, so liegt eine Anhörung des Angeklagten und der Verteidigung jedenfalls grundsätzlich in ihrem Interesse, soweit es um die Aufhebung oder Außervollzugsetzung des Haftbefehls geht. Die Gespräche als solche könnten daher auch bei Annahme eines Verfahrensfehlers mangels Beschwer nicht durch den Angeklagten angefochten werden.

2. Unzulässiger Gegenstand der Absprache – § 302 Abs. 1 S. 2 StPO

Auf eine schlichte Gewährung rechtlichen Gehörs sind die Regelungen über Verständigungen und Erörterungen nicht anwendbar. Allerdings fragt sich, ob der Rechtsgedanke des § 302 Abs. 2 S. 1 StPO hier dennoch heranzuziehen ist. Dafür spricht, dass der Sachgrund des Wegfalls der Fluchtgefahr bereits vor Urteilsverkündung, also während der Hauptverhandlung eingetreten ist. Hätte die Kammer nach Maßgabe des § 120 Abs. 1 StPO unmittelbar bei Wegfall des Grundes

entschieden, hätte der Beschluss noch in der Hauptverhandlung erfolgen müssen. Die Erörterung über den Haftbefehl hätte sich in der Sache als Urteilsabsprache im Sinne des § 257c StPO dargestellt. Damit wäre auch § 302 StPO anzuwenden.

Unabhängig von den oben unter III. dargelegten Erwägungen würde die Unwirksamkeit des Verzichts aus § 302 Abs. 1 S. 2 StPO folgen.²⁴ Denn ein Rechtsmittelverzicht darf nicht Gegenstand einer Absprache sein.

3. Fehlende Freiwilligkeit des Verzichts als Verstoß gegen den Grundsatz des Fair Trial

Folgt man dem Gedankengang weiter, so wären auch mit Blick auf die als Absprache zu wertenden Verhandlungen über die Aufhebung des Haftbefehls die weiteren Voraussetzungen an die Zulässigkeit solcher Absprachen heranzuziehen. Mangels prozessualer Regelung würde es sich dann um eine informelle nicht protokollierte Absprache handeln, welche per se (argumentum § 257c StPO e contrario) unzulässig wäre.²⁵ Da eine der Erwägungen des Gesetzgebers gerade dahin ging, dass durch eine formalisierte Regelung der Verständigung verhindert werden sollte, dass ein Gericht in unzulässiger Weise Druck auf Verfahrensbeteiligte ausüben kann, würden die oben ausgeführten Erwägungen auch in diesem Begründungskontext dafür sprechen, einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens zu bejahen.

4. Das BVerfG: Anwendung des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO auf informelle Absprachen

Letztlich entscheidend ist aber hier die Rechtsprechung des BVerfG zu informellen Absprachen.²⁶ Zu einem wirksamen Rechtsmittelverzicht nach § 302 Abs. 1 S. 2 StPO kommt es nach Auffassung des Gerichts auch dann nicht, „wenn sich die Beteiligten unter Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften verständigt haben“. Richtigerweise kann diese Argumentation nur so interpretiert werden, dass „informelle“ Absprachen, die bewusst außerhalb des Regulationssystems des § 257c Abs. 1 S. 2 getroffen werden, generell die Unwirksamkeit eines etwa erklärten Rechtsmittelverzichts nach sich ziehen. *Jahn* und *Kudlich* begründen dies zutreffend damit, dass anderenfalls für die Verfahrensbeteiligten ein falscher Anreiz zu nicht

²¹ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009 (BGBl I S. 2353).

²² Vgl. §§ 160b, 202a, 212, 302 Abs. 1 S. 2 StPO.

²³ „Bei der Urteilsfällung ist zugleich von Amts wegen über die Fortdauer der Untersuchungshaft oder einstweiligen Unterbringung zu entscheiden. Der Beschluss ist mit dem Urteil zu verkünden“.

²⁴ In der Sache ebenso, wenngleich methodisch auf einen hier wohl nicht einschlägigen Schluss „a maiore ad minus“ gestützt, MüKo-StPO/*Jahn/Kudlich* § 257c Rn 121; vgl. SSW-StPO/*Ignor* § 257c Rn 62.

²⁵ MüKo-StPO/*Jahn/Kudlich* § 257c Rn 93 ff. – die die Frage stellen, inwieweit die gesetzessystematische Stellung des § 257c die Reichweite der Norm begrenzt.

²⁶ BVerfG, 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, BVerfGE 133, 168 Rn 78 = NJW 2013, 1058.

erwünschtem „informellem“ Prozessieren entstünde.²⁷ Im Ergebnis ist § 302 Abs. 1 S. 2 StPO daher bei informellen (und konkludenten) Verständigungen anwendbar.²⁸ Auch unter diesem Blickwinkel ist der Rechtsmittelverzicht nicht wirksam.

V. Die Zulässigkeit und Begründetheit des dennoch eingelegten Rechtsmittels

Wäre der Verzicht wirksam, so würde er das Rechtsmittel unzulässig machen und zur von der Kammer beabsichtigten Rechtskraft der Entscheidung führen. Auch eine Wiedereinsetzung wäre ausgeschlossen.²⁹ Vorliegend greifen aber die Argumente gegen die Wirksamkeit der Verzichtserklärung im Wege der „Post-mortem“-Absprache durch. Dementsprechend kann der Angeklagte eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumens der Rechtsmittelfrist beantragen.³⁰ Der Antrag wäre erfolgreich, sofern die Voraussetzungen der §§ 44–46 StPO im Übrigen vorliegen. Das Verstreichen der Wochenfrist nach §§ 314 Abs. 1, 341 Abs. 1 würde der Zulässigkeit einer Berufung oder (wie hier) Revision nicht entgegenstehen.

Fragt sich, ob das Rechtsmittel auch begründet wäre. Abgesehen von insoweit unabhängig geltend gemachten Sach- oder Verfahrensrügen könnte die Herbeiführung des unwirksamen Rechtsmittelverzichts durch die Kammer einen eigenen Revisionsgrund darstellen.

Geht man von der unter IV. dargestellten Auffassung des BVerfG aus, so wäre ein Verstoß gegen § 302 Abs. 1 S. 2 StPO grds. mit einer Verfahrensrüge zu rügen. Problematisch wäre allerdings die Begründung des Beruhens des Urteils auf diesem Fehler. Zum einen erfolgte die unzulässige Absprache erst nach Ergehen des Urteils. Zum anderen ist fraglich, ob der Vollzug bzw. die Nichtaufhebung eines Haftbefehls einen Einfluss auf Tenor und Begründung des Urteils haben können. Zwar hat sich das BVerfG anders als die Revisionsgerichte dafür ausgesprochen, bei den wie hier „quasi-absoluten“ Revisionsgründen die Beruhensprüfung gegebenenfalls „um normative Aspekte“ anzureichern. Damit, so das Gericht, gehe diese Voraussetzung „über eine reine Kausalitätsprüfung hinaus“.³¹ Ob damit allerdings der Erfolg einer entsprechenden Rüge herbeigeführt werden könnte, muss bezweifelt werden.

VI. Revisionsgründe

Die oben nahegelegte Auffassung, ein auf einer fehlerhaften Absprache beruhendes Urteil weise gleichsam einen absoluten Verfahrensmangel auf, fußt auf der Erkenntnis, nicht nur die informelle Absprache und deren Inhalt, sondern auch ein mögliches Beruhen nur schwer nachweisen zu können. Sie hat sich gleichwohl und auch mit Blick auf mögliche Nachteile für die betroffenen Angeklagten nicht durchsetzen können. Welche anderen Gründe sprechen hier gegen die Aufrechterhaltung des Urteils?

1. Befangenheit, § 24 StPO

Tatsächlich drängt sich aber eine weitere Begründung auf. Denn die verfahrensrechtswidrig herbeigeführte Verzichtserklärung kann zugleich ein Indiz für eine Befangenheit des Gerichts darstellen, die seit Wegfall des Haftgrunds und damit in jedem Fall vor Ergehen des Urteils bestanden hat.

Das Verhalten des Gerichts im Zusammenhang mit der Herbeiführung des Rechtsmittelverzichts dürfte sich als Unterform prozessualer Willkür, vor allem aber als Ausübung unzulässigen Drucks darstellen.³² Allerdings wurden die entsprechenden Prozesshandlungen wie erwähnt erst nach dem Urteilsspruch in der Sache vorgenommen. Sie können, wenn überhaupt, dann nur indiziellen Charakter für eine bereits vorher fehlende Objektivität entfalten.

Dafür spricht, dass das Gericht unmittelbar nach Urteilsfindung durch die sachfremde Verknüpfung von Haftentlassung und Verzicht letztlich die auch in diesem Verfahrensstadium fortgeltende Unschuldsvermutung nicht beachtet. Wenn eine solche Überzeugtheit von der Täterschaft des Angeklagten unmittelbar nach Verkündung sichtbar wird, spricht vieles dafür, dass dieselbe vorgefasste Einstellung auch Grundlage der Beweiswürdigung des Urteils war. Ebenso kritisch zu sehen ist die sich in dem Verhalten ausdrückende fehlende kritische Distanz des Gerichts zu seiner eigenen Spruchfähigkeit. Denn ersichtlich wertet die Kammer die Verzichtserklärung als eine Erscheinungsform des Geständnisses oder zumindest Bekenntnisses zur Tat. Allein das wäre ein denkmöglicher Ansatzpunkt, um den Verzicht in Beziehung zur Fluchtgefahr setzen zu können. Zu besorgen wäre daher, dass das Gericht den Haftbefehl auch vorher, obwohl der Haftgrund wie oben dargelegt nicht mehr bestand, nicht aufgehoben hat, um den Angeklagten zu einem Geständnis zu bewegen.

Zweifel an der Objektivität des Gerichts folgen auch aus dem Bestreben, die eigene Entscheidung mit sachwidrig verknüpften Gegenleistungen aus der Rechtsmittelinstanz herauszuhalten. Dies lässt besorgen, die Kammer könne den Eintritt von

²⁷ MüKo-StPO/Jahn/Kudlich § 257c Rn 28, 187.

²⁸ BVerfG, 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, BVerfGE 133, 168 Rn 78 = NJW 2013, 1058; OLG Celle, 27.9.2011 – 1 Ws 381/11, NSTZ-RR 2012, 20; OLG München, 31.5.2013 – 1 Ws 469/13, NJW 2012, 3193; OLG Köln, 7.8.2014 – 2 Ws 435/14, NSTZ 2014, 727 m. krit. Anm. Schneider, NSTZ 2015, 53. Anders Bittmann, wistra 2009, 414 (416); dazu zusammenfassend Schneider, NSTZ 2014, 2014, 252 (260) und umfassend MüKo-StPO/Jahn/Kudlich § 257c Rn 187; zu konkludenten Formen vgl. BGH NSTZ 2014, 113.

²⁹ BGH NJW 1978, 330.

³⁰ BGHSt 45, 227; BGH NSTZ 2002, 479, vgl. näher HKGS/Momsen § 302 StPO Rn 20.

³¹ MüKo-StPO/Jahn/Kudlich § 257c Rn 188 unter Bezugnahme auf BVerfG, 15.1.2015 – 2 BvR 878/14, NJW 2015, 1235 Rn 26 m. Anm. Deutscher, StRR 2015, 88 gegen BGH 29.11.2013 – 1 StR 200/13, NSTZ 2014, 221 Rn 16–18 = StV 2014, 651; zutreffend ablehnende Anmerkung zur letztgenannten Entscheidung von Voigt/König; vgl. auch Knauer/Pretsch, NSTZ 2015, 174.

³² MüKo-StPO/Conen/Tsambikakis § 24 Rn 37, 40.

Rechtskraft als eine Art eigenen Sieg, den Angeklagten damit zugleich als Gegner, betrachtet haben.

2. Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils

Die Konstellation liegt auch nahe eines von *Burhoff* geschilderten Falls,³³ in welchem noch dazu keine vergleichbare Zwangswirkung auf die Willensentschließung des Beschuldigten ausgeübt wurde. In größerem Zusammenhang ist die Argumentation mit der Diskussion um die sog. „apokryphen“ Haftgründe zu sehen, solche Fälle also, in denen ein Haftbefehl auf andere als in §§ 112 f. StPO normierte Gründe gestützt wird, ohne diese offenzulegen. In diesem Kontext ist auch der titelgebende plakative Satz „U-Haft schafft Rechtskraft“ entstanden. In einem vom OLG Köln entschiedenen Fall³⁴ hatte der Beschuldigte ein Geständnis abgelegt. Wegen eines Verstoßes gegen § 136a Abs. 1 S. 3 StPO sah das Landgericht davon ab, das Geständnis zu verwerten, und hatte deshalb die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den Beschuldigten abgelehnt. Das Gericht ging davon aus, dass dem Angeschuldigten, gegen den der Haftgrund der Fluchtgefahr zum Zeitpunkt von dessen Festnahme vorgelegen habe, ein i.S.d. § 136a StPO unzulässiger Vorteil versprochen worden sei, und führte aus, „*der Angeschuldigte habe gegenüber dem ihn vernehmenden Polizeibeamten seine Aussagebereitschaft von dem Nichtergehen eines Untersuchungshaftbefehls abhängig gemacht. Der Vernehmungsbeamte habe daraufhin mit der Staatsanwaltschaft Rücksprache gehalten und ihm anschließend erklärt, dass kein Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gestellt werde. Diese Vorgehensweise habe das Versprechen eines nicht vorgesehenen Vorteils beinhaltet*“. In unserem Fall würde jedenfalls der fehlende Zusammenhang bzw. die sachwidrige Verknüpfung von Rechtsmittelverzicht und Aufhebung des Haftbefehls einen entsprechenden Vorteil darstellen können. Soweit man wiederum mit einem fehlenden Beruhen argumentieren wollte, würde das Verhalten des Gerichts bei Verkündung des Urteils ebenfalls die Besorgnis der Befangenheit begründen.

VII. Konsequenz: die Gefahr des Fehltrteils

Die Verknüpfung von Rechtsmittelverzicht und Aufhebung des Haftbefehls stellt sich nach alledem als rechtswidrig dar. Durch diesen Akt prozessualer Willkür wird das erstinstanzliche Urteil einer Überprüfung durch eine unabhängige Instanz entzogen. So entfällt jede Möglichkeit, ein etwaiges Fehltrteil noch zu korrigieren. Damit versetzt sich das Gericht selbst in die Lage, willkürliche Bewertungen etwa im Hinblick auf Beweismittel zu treffen und diese eigenen Wertungen einer ausführlichen Begründung oder überhaupt einer Begründung zu entziehen. Auf diese Weise verschafft sich das Gericht selbst einen so nicht vorgesehenen übergroßen Ermessenspielraum. Selbst wenn ein so zustande gekommenes Urteil nicht zwingend ein sachliches Fehltrteil sein muss, wird die Möglichkeit der Fehlerkorrektur zerstört. Blicke diese Verfahrensweise zulässig, so läge darin geradezu eine Einladung, Fehltrteile zu fällen, indem man bei beweisrechtlich engen Schuldsprüchen vor dem Ergehen des Urteils den – nicht geständigen – Angeklagten ggf. in U-Haft nimmt, um unmittelbar nach Schuldspruch die Rechtskraft herbeizuführen. Zumindest psychologisch eröffnete diese Vorgehensweise einen Ausweg, solche Urteile zu fällen und rechtskräftig werden zu lassen, von denen das Gericht zwar beweismäßig oder rechtlich nicht überzeugt ist, sie aber gleichsam intuitiv für richtig hält. Hierin läge ein klarer, aber jedem Rechtsmittel entzogener Verstoß gegen die Unschuldsvermutung. Schon dieses Potential könnte dazu veranlassen, ein auf diesem Weg rechtskräftig gewordenes Urteil als prozessuales Fehltrteil einzuordnen. In jedem Fall wird völlig unnötig und contra legem ein zusätzliches signifikantes Risiko für auf falscher oder ohne zulässige Beweisgrundlage getroffenen Feststellungen beruhende Fehltrteile geschaffen.

³³ <https://blog.burhoff.de/2013/10/24737>.

³⁴ OLG Köln, Beschl. v. 24.6.2013 – 2 Ws 264/13.

Revisionsrechtlicher Paradigmawechsel durch das neue Bundesdatenschutzrecht?

Rechtsanwalt Hans Meyer-Mews, Bremen

Das Recht der Revision in Strafsachen imponiert durch das Kuriosum der Bindung der Beanstandung eines Verfahrensfehlers – mit anderen Worten: einer Verletzung des Verfahrensgrundrechts aus Art. 104 Abs. 1 GG – an ein

„Beanstandungsverfahren“. Verfahrensfehler genießen mit- hin Bestandsschutz durch die schützende Form eines Beanstandungsverfahrens. In Art. 104 Abs. 1 GG ist die schützende Form des Verfahrens noch als Verfahrensgrundrecht