



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 41 August 2012

#### **Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu den Verfassungsbeschwerden des Herrn R. (2 BvR 2155/11), des Herrn S. (2 BvR 2628/10) und der Herren Sch. und G. (2 BvR 2883/10) mittelbar gegen § 257c StPO**

##### **Mitglieder des Strafrechtsausschusses**

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender (Berichterstatter)  
RA Dr. Jan Bockemühl  
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm  
RA Thomas C. Knierim  
RA Dr. Daniel M. Krause  
RA Prof. Dr. Holger Matt  
RAin Anke Müller-Jacobsen  
RA Prof. Dr. Tido Park  
RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer (Berichterstatter)  
RA Dr. Jens Schmidt  
RAin Dr. Anne Wehnert  
RAin Dr. Annette von Stetten

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Richter am OLG Prof. Dr. Matthias Jahn, Erlangen-Nürnberg (Berichterstatter)

##### **Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses**

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender  
RA Dr. Christian-Dietrich Bracher (Berichterstatter)  
RA und Notar Dr. Wolfgang Kuhla  
RA Prof. Dr. Christofer Lenz  
RA Dr. Michael Moeskes  
RA Prof. Dr. Michael Quaas  
RA Dr. Gerhard Strate  
RA und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer  
RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband e.V.  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Redaktionen der NJW, *Strafverteidiger*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag, Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht

## Inhalt

A. Grundsätzliches .....	4
I. Absprachen im Strafverfahren und die BRAK.....	4
II. Ursachen für Verständigungen .....	5
III. Rechtstatsachen .....	5
1. Noch mangelnde Erfahrung zur gesetzeskonformen Praxis unter dem Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (VerstG) .....	5
2. Fehlende Empirie zu „deals“ unter dem VerstG .....	6
IV. Wissenschaftliche Untersuchungen .....	7
1. Niemz.....	7
2. Heller.....	7
3. Zwischenergebnis.....	8
V. Rechtliches Instrumentarium des VerstG .....	8
B. Ausgangsverfahren .....	8
I. Münchener Verfahren 2 BvR 2628/10 und 2 BvR 2883/10 .....	9
II. Berliner Verfahren 2 BvR 2155/11 .....	9
C. Zur Verfassungsmäßigkeit des VerstG.....	11
I. Kein Verstoß des § 257c StPO gegen das Schuldprinzip .....	11
1. Grundsatz der Amtsermittlung .....	12
2. Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit.....	13
3. Gebot bestmöglicher Sachaufklärung .....	14
4. Wirksame Strafrechtspflege und Sollvoraussetzung Geständnis.....	15
a) Fehltriteilsrisiko.....	15
b) Risiko fehlerhafter Strafzumessung .....	16
II. Sicherungen der Wahrheitsfindung.....	17
1. Dokumentations-, Mitteilungs- und Protokollierungsvorschriften.....	17
2. Belehrungsvorschriften .....	17
3. Verbot des Rechtsmittelverzichts.....	18
III. Zwischenergebnis .....	19
1. Kein struktureller Mangel des VerstG .....	19
2. Zur Frage des Bestehens einer gesetzgeberischen Beobachtungspflicht.....	19
D. Zu den Verfassungsbeschwerden .....	20

I. Vorbemerkung .....	20
II. Münchener Verfahren 2 BvR 2628/10 und 2 BvR 2883/10 .....	20
III. Berliner Verfahren 2 BvR 2155/11 .....	21
1. Zur einfachgesetzlichen Behandlung des Falles in der Tatsacheninstanz.....	21
2. Zur einfachgesetzlichen Behandlung des Falles in der Revisionsinstanz.....	22

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit zurzeit rund 159.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## A. Grundsätzliches

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) beobachtet das Phänomen der Absprachen bzw. Verständigungen im Strafverfahren seit vielen Jahren.

### I. Absprachen im Strafverfahren und die BRAK

Die BRAK hat erstmals im Jahre 1992 im Rahmen ihrer „Thesen zu Strafverteidigung“, erarbeitet vom Strafrechtsausschuss, zu einigen zentralen Fragen Stellung genommen (Thesen 38-43). In diesem Zusammenhang hat sie sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH grundsätzlich für die Möglichkeit von Absprachen ausgesprochen, allerdings angemahnt, dass hierbei mehr als nur ein „rechtsstaatlicher Mindeststandard“ (vgl. BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 27. Januar 1987 = NJW 1987, 2662) zu wahren ist und zu diesem Zweck Thesen aufgestellt. Diese streben die Verhinderung voreiliger und rechtswidriger Verständigungen an.

Mit Blick auf die Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen vom 3. März 2005 (BGHSt 50, 40 ff.), die in einem Appell an den Gesetzgeber mündet, „die Zulässigkeit, und bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln“, hat die BRAK durch ihren Strafrechtsausschuss noch im selben Jahr einen Gesetzesvorschlag erarbeitet (abgedruckt als Anhang 1 bei Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (VerstG), 2010, sowie in Auszügen in ZRP 2005, 235; dazu *Landau/Bürger* ZRP 2005, 268), der bei der späteren gesetzlichen Regelung in zentralen Teilen Beachtung gefunden hat (vgl. *Jahn/Müller* JA 2006, 681, 682; *dies.* NJW 2009, 2625, 2626). Darin verfolgte die Bundesrechtsanwaltskammer insbesondere das Anliegen, die Transparenz von Absprachen und darauf zielender Erörterungen zu gewährleisten, die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten zu schützen und das Gebot schuldangemessenen Strafens zu sichern.

## II. Ursachen für Verständigungen

Die Ursachen für Verständigungen sind nach Auffassung der BRAK vielfältig (Übersicht bei Widmayer/*Ignor/Matt/Weider* Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 13 Rn. 9 ff.; *Schlothauer* StraFo 2011, 488, je m.w.N.).

Sie liegen u.a. in der Expansion des materiellen Strafrechts (speziell des Wirtschaftsstrafrechts, dazu *Theile* MschrKrim 2010, 147), der Intensivierung der Strafverfolgung in bestimmten Bereichen und der Erschwerung der Rechtsanwendung bspw. durch die Zunahme unbestimmter Tatbestandsmerkmale, die allesamt vermehrte Belastungen für die Strafjustiz ohne entsprechende Erweiterung ihrer Ressourcen mit sich gebracht haben. Das Subsidiaritätsprinzip und der Ultima-Ratio-Grundsatz verlieren kontinuierlich an Bedeutung. Allerdings dürften Absprachen auch wegen ihrer Entlastungseffekte an sich beliebt sein. Ferner wird die Entwicklung einer zunehmend professionellen und konfliktbereiten, aber auch durch eine restriktive und schwer kalkulierbare Revisionsrechtsprechung verunsicherten Strafverteidigung hieran ihren Anteil haben. Schließlich spiegelt die Verständigungspraxis eine Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Bürger wider, das anstelle früherer Über- und Unterordnung zunehmend auch durch Aushandlungsprozesse und Übereinkünfte bestimmt wird (*J. Herrmann* Archivum Iuridicum Cracoviense 31/32 [1998/99] 55, 78 ff.).

## III. Rechtstatsachen

### 1. Noch mangelnde Erfahrung zur gesetzeskonformen Praxis unter dem Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (VerstG)

Nach den Erfahrungen der Mitglieder des Strafrechtsausschusses geht die Initiative zu Verständigungen von den Gerichten nicht weniger als von Verteidigern aus. Manche Verteidiger beklagen sich sogar darüber, dass sie allzu früh mit dem Angebot einer (möglichen) Verständigung konfrontiert würden, weil dadurch ein Druck gegenüber dem Angeklagten aufgebaut werde. Es wird aber auch berichtet, dass seit dem Inkrafttreten des VerstG die gerichtlichen Initiativen zurückgegangen seien. Manche Richter erklärten, dass ihnen das Verfahren insbesondere wegen der Dokumentationspflichten zu umständlich sei. Wieder andere böten deshalb informelle Absprachen unter Umgehung der gesetzlichen Vorschriften an. Ob insgesamt Verständigungen eher zugenommen haben oder zurückgegangen sind, lässt sich nach Auffassung der BRAK ohne großflächige empirische Studien, die nicht vorliegen und in der Kürze der für eine Stellungnahme zu den laufenden Verfassungsbeschwerdeverfahren zur Verfügung stehenden Zeit auch nur schwer zu leisten sein dürften, nicht sagen. Die gefühlte Wahrnehmung kann täuschen.

Zudem ist es angesichts des Verhältnisses des Zeitraums, in dem Absprachen bestenfalls praeter legem praktiziert wurden, also jedenfalls seit Ende der 1970er Jahre bis 2009, und dem seit Inkrafttreten des VerstG abgelaufenen Zeitraum von drei Jahren seit dem 4. August 2009 für eine aussagekräftige Evaluation des Gesetzes noch bei weitem zu früh. Es sei nur darauf verwiesen, dass neuere Evaluationsklauseln (z.B. in Art. 3 des Dopingbekämpfungsverbesserungsgesetzes – DBVG) bei Rechtsmaterien, die sich zumindest in der verfahrensmäßigen Umsetzung weitaus weniger komplex als das VerstG darstellen, aus guten Gründen den Zeitpunkt der Erstevaluation nach fünf Jahren ansetzen. Der darin zum Ausdruck kommende Wille des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der Praxis eine gewisse Zeit für die vollständige Erfassung und Umsetzung des normativen Programmes zuzubil-

ligen (vgl. nur BGH StV 2011, 202, 204 zu den §§ 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a S. 2 StPO), dürfte durch eine vorzeitige verfassungsgerichtliche Intervention konterkariert werden.

## 2. Fehlende Empirie zu „deals“ unter dem VerstG

Gesicherte empirische Erkenntnisse fehlen erst recht für den Anteil informeller Verständigungen (sog. „deals“; zur Terminologie *Jahn StV 2011, 497, 500*). Auch insoweit sind die Erfahrungen der Mitglieder des Strafrechtsausschusses und die ihnen mitgeteilten Erfahrungen von Berufskollegen unterschiedlich. Neben problematischen und eindeutig rechtswidrigen Verfahrensweisen gibt es aus Sicht der BRAK eine Vielzahl von Verfahren, in denen die gesetzlichen Vorschriften einwandfrei angewendet werden. Diese erreichen naturgemäß nicht den BGH und noch weniger das BVerfG. Überhaupt ist festzustellen, dass notleidenden Fällen in der öffentlichen Wahrnehmung, auch in der veröffentlichten Literatur, weitaus größere Aufmerksamkeit zuteil wird als den unspektakulären Normalfällen. Selbst in diesem Bereich sind – vorläufig – folgende Eckpunkte festzuhalten, die jedenfalls durch die zahlreichen veröffentlichten Rechtsprechungsübersichten zum VerstG (u.a. *Bittmann NSTZ-RR 2011, 102; Burhoff StRR 2011, 248; Jahn StV 2011, 497; Knauer/Lickleder NSTZ 2012, 366* und *Schlothauer StraFo 2011, 487*) bestätigt werden:

- **es ist kein Fall einer unzulässigen Schuldspruchverständigung bekannt geworden**
- **es ist ein Fall einer unzulässigen Maßregelverständigung dokumentiert (BGH StV 2011, 648)**
- **es sind keine Fälle einer Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens durch Einsatz von Nötigungsmitteln in einer der früheren Praxis vergleichbaren Weise bekannt geworden**
- **es ist keine Beanstandung eines Verständigungsurteils im Hinblick auf das Unter- bzw. Überschreiten der schuldangemessenen Strafe festzustellen**
- **allerdings sind mehrfache Verletzungen der Aufklärungspflicht und der ausreichenden Tatsachenfeststellung im Einzelfall festzustellen und**
- **die ungenügende Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zum Verständigungsverfahren durch den BGH (insbesondere: Mitteilungs-, Belehrungs- und Protokollierungspflichten) gibt Anlass zur Sorge.**

Bei der Bewertung von Regelverstößen, die es zweifellos gibt, ist erneut (siehe A.III.1) in Rechnung zu stellen, dass mehr als nur eine Generation von Strafjuristen in einem strafprozessualen Milieu gewirkt hat, das sich von den gesetzlichen Vorgaben der StPO von 1877 schrittweise entfernt hatte. Dies wurde in der Strafjustiz angesichts der verbreiteten Vorstellung, an die Grenzen der Leistungsfähigkeit geraten zu sein, und im Hinblick auf den zunehmend propagierten und rechtlich aufgewerteten Beschleunigungsgrundsatz als prinzipiell legitim erachtet. Zwar zog der BGH der Praxis im Wege eines Fallrechts gewisse rechtliche Grenzen, doch konnten diese vor dem Verständigungsgesetz durch die eingespielten Praktiken der Heimlichkeit und des Rechtsmittelverzichts probat unterlaufen werden.

Es liegt auf der Hand, dass eine Rückkehr zu einer strengen Gesetzesbindung, wie sie mit dem Verständigungsgesetz angestrebt wurde, unter diesen Voraussetzungen mindestens mit Anlaufschwierigkeiten verbunden sein musste, zumal dann, wenn Gesetzesverletzungen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht konsequent beanstandet werden.

Selbst in Fällen höchstrichterlich beanstandeter informeller Absprachen ist von etwaigen Disziplinarverfahren gegen die beteiligten Justizjuristen nichts bekannt geworden. Auch von Ermittlungen, die über das Stadium von AR-Verfahren hinausgelangt wären, wird nicht berichtet (s. den Hinweis bei *Jahn StV 2011, 497, 503 Fn. 73*; zur möglichen Strafbarkeit bei rechtswidriger Absprachen demgegenüber *Schlothauer in N/Sch/W, VerstG, Teil D Rn. 47 ff.*; *Dießner StV 2011, 43*; *Fahl Beulke-Symposium 2011, 19*).

Offensichtlich – und nahe liegend – muss Gesetzestreue im Bereich des Strafprozessrechts erst wieder erlernt werden.

#### **IV. Wissenschaftliche Untersuchungen**

Aus der Rechtstatsachenforschung, die sich mit dem neuen Gesetz naturgemäß erst seit dem 4. August 2009 beschäftigen kann, liegen ebenfalls kaum belastbare Zahlen vor. Auch dies verwundert nach Ablauf von nur drei Jahren nicht.

##### **1. Niemz**

In der quantitativen Untersuchung von *Niemz* (Urteilsabsprachen und Opferinteressen in Verfahren mit Nebenklagebeteiligung, 2012) findet sich zusammenfassend der Befund, dass die offenbar über Jahrzehnte eingeübten Routinen der Justizangehörigen – teilweise auch entgegen der gesetzlichen Bemühungen um mehr Transparenz – auch nach dem VerstG im Wesentlichen unverändert seien. So hätten substantielle Verständigungsgespräche weiterhin meist außerhalb der öffentlichen Sitzungen (94 %) bzw. vor der Hauptverhandlung (77 %) stattgefunden. Verständigungsinhalte seien im Wesentlichen das Strafmaß (97 %) und – im Gegenzug – die Erbringung eines (Teil-) Geständnisses (94 %). Bemerkenswert sei der vergleichsweise hohe Anteil von gegen die Vorschriften verstoßenden Abspracheinhalten (also, in der hier zugrunde gelegten Terminologie, „deals“): Über die Hälfte der Befragten (57 %) habe angegeben, dass auch der Schuldspruch entgegen § 257c Abs. 2 S. 3 StPO (sehr) oft einbezogen werde.

Der Strafrechtsausschuss kann diese prima facie sehr hoch erscheinenden Zahlen so aus eigener Kenntnis nicht bestätigen; zumindest in der veröffentlichten Literatur und Rechtsprechung reflektieren sie sich nicht.

##### **2. Heller**

Auch die Monographie von *M. Heller* (Das Gesetz zur Regelung der Verständigung in Strafverfahren, 2012, S. 295 ff.) enthält Ergebnisse einer eigenen Expertenbefragung aus dem Zeitraum August 2010

bis Dezember 2010, die dem Autor Anlass zu der Befürchtung geben, dass das VerstG auf die Absprachenpraxis keine bedeutsame Auswirkungen gehabt habe (aaO., S. 318).

Vor dem Hintergrund des Befragungszeitraums sind auch die hier gefundenen Ergebnisse nicht unbedingt überraschend.

### 3. Zwischenergebnis

Aus all dem folgt, dass sich derzeit keine empirisch belegte Aussage darüber treffen lässt, ob die gegenwärtige Praxis einen Rückschluss auf etwaige Strukturmängel des Verständigungsgesetzes zulässt, die einen rechtswidrigen oder gar verfassungswidrigen Vollzug des Gesetzes gleichsam strukturell hervorrufen..

## V. Rechtliches Instrumentarium des VerstG

Durch das Verständigungsgesetz unbestreitbar verbessert hat sich nach Auffassung der BRAK jedoch das *rechtliche* Instrumentarium, um das Zustandekommen rechtswidriger Verständigungen zu verhindern.

Insbesondere die gesetzlichen Dokumentationspflichten und die Möglichkeit ihrer Einforderung durch die Verfahrensbeteiligten bieten eine brauchbare Handhabe, rechtswidrige Ansinnen zurückzuweisen und aktenkundig zu machen. Diese Möglichkeiten werden durch das Verbot des Rechtsmittelverzichts bei Verständigungen (§ 302 Abs. 1 Satz 2 StPO) an sich wirksam unterstützt. Jedoch hat der BGH die Bedeutung der Dokumentationspflichten stark relativiert, indem er sie auf den Rang bloßer Ordnungsvorschriften herabgestuft hat (dazu näher unten C.II.1). Das Gleiche gilt für das Verbot des Rechtsmittelverzichts, das wegen einer vom BGH unbeanstandeten Umgehungsmöglichkeit im Gesetz – insoweit entgegen den ausdrücklichen ursprünglichen Vorschlägen der BRAK (vgl. § 302 BRAK-E in ZRP 2005, 235, 238) – praktisch leer laufen kann (siehe ebenfalls näher unten C.II.3).

Die BRAK würde daher eine Gesetzesänderung – oder verfassungskonforme Auslegung – begrüßen, die in konsequenter Fortführung von BVerfG StV 2012, 385 m. Anm. *Niemöller* der Verletzung der Dokumentationspflichten das Gewicht eines absoluten Revisionsgrundes beimessen und die durch die fachgerichtliche Rechtsprechung geschaffene Umgehungsmöglichkeit des Verbots des Rechtsmittelverzichts ausschlösse.

## B. Ausgangsverfahren

Die Verfassungsbeschwerden in den Verfahren den Verfahren 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und 2 BvR 2155/11 richten sich gegen strafgerichtliche Verurteilungen, denen eine Verständigung gemäß § 257 c StPO vorausgegangen ist.



## I. Münchener Verfahren 2 BvR 2628/10 und 2 BvR 2883/10

In den beiden Ausgangsverfahren 2 BvR 2628/10 und 2 BvR 2883/10 unterblieb in den mündlichen Verhandlungen vor der Großen Strafkammer des LG München II die Belehrung gemäß § 257c Abs. 5 StPO über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem nach § 257c Abs. 4 StPO in Aussicht gestellten Ergebnis. Der in Aussicht gestellte Strafraum wurde durch die Verurteilungen (zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren im Verfahren 2 BvR 2628/10 und zu Freiheitsstrafen von 3 Jahren und 4 Monaten bzw. 3 Jahren und 6 Monaten im Verfahren 2 BvR 2883/10) jedoch nicht überschritten. Die Verurteilungen beruhten wesentlich auf den Geständnissen der Beschwerdeführer.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs verwarf die Revisionen als unbegründet und verwies zur Begründung im Wesentlichen auf Rechtsprechung des 4. Strafsenats in der Sache 4 StR 228/10 (StV 2010, 675). Die angegriffenen Strafurteile beruhten nicht auf der Verletzung von § 257c Abs. 5 StPO. In seinem Beschluss vom 2. Oktober 2010, der Gegenstand des Verfahrens 2 BvR 2883/10 ist, führte der 1. Senat zusätzlich aus, es seien keine konkreten, fallbezogenen Gründe vorgetragen oder sonst ersichtlich, „die für eine - auch nur entfernte - Möglichkeit sprächen, dass sich der aufgezeigte Verfahrensmangel auf das Prozessverhalten der Angeklagten ausgewirkt haben könnte“.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Entscheidungen des Landgerichts und des Bundesgerichtshofs sowie mittelbar gegen die gesetzliche Regelung in § 257c StPO. Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG, aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und aus Art. 19 Abs. 4 GG, der Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 2628/10 zusätzlich aus Art. 101 Abs. 1 GG.

## II. Berliner Verfahren 2 BvR 2155/11

Der Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 2155/11 – ein Berliner Polizeivollzugsbeamter – wurde durch eine Große Strafkammer wegen zweier Fälle des schweren Raubes (§ 250 StGB) und wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung verurteilt.

Mit der zugelassenen Anklage wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe zusammen mit dem Mitangeklagten, einem weiteren Polizeibeamten, während seines Dienstes in zwei Fällen mobilen Zigarettenhändlern un versteuerte und unverzollte Zigaretten für eigene Zwecke weggenommen, wobei diesen zur Erreichung des Tatziels Handfesseln angelegt worden seien. In seinem Geständnis, das der Verurteilung zugrunde gelegt wurde, räumte der Beschwerdeführer pauschal die Richtigkeit des Anklagesatzes ein. Außerdem beantwortete er eine Frage des Gerichts zum Sachverhalt.

Anlässlich der Hauptverhandlung kam es zu Erörterungen über eine mögliche Verständigung, zu denen es sich teilweise widersprechende Darstellungen gibt. Im Urteil ist dazu ausgeführt:

*„Den Geständnissen ging folgendes Geschehen in und außerhalb der Hauptverhandlung voraus: Der Vorsitzende wies die Angeklagten nach Verlesung der Anklageschrift darauf hin, dass sie es nunmehr in der Hand hätten, eine sehr wichtige Weichenstellung vorzunehmen, und führte für die Kammer (un-*

*ter ausschließlicher Berücksichtigung der beiden angeklagten Raubtaten) Folgendes aus: Es gebe im Wesentlichen drei Möglichkeiten. Die erste sei ein Freispruch, also ein Verfahrensausgang ohne straf- und dienstrechtliche Konsequenzen. Die zweite sei eine Verurteilung wegen eines oder zweier Fälle des schweren Raubes mit einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren nach streitiger Beweisaufnahme. In einer solchen Konstellation verspüre die Kammer angesichts dessen, dass es sich um Taten im Dienst handele, wenig Neigung zur Annahme von minderschweren Fällen. Ein solcher Verfahrensverlauf werde also sowohl den Verlust der Beamtenstellung als auch Strafverbüßung zur Folge haben. Die dritte Möglichkeit schließlich sei hinsichtlich der Konsequenzen ein Mittelweg: Wenn die Angeklagten sich zu Geständnissen, die eine Beweisaufnahme überflüssig machen, entschließen würden, könnte dieser Umstand unter Umständen bei der Gesamtabwägung, ob minderschwere Fälle vorliegen, eine entscheidende Rolle spielen und letztlich den Ausschlag zu Gunsten der Angeklagten geben. In diesem Falle wären Gesamtfreiheitsstrafen zu erwarten, die zwar auch zum Verlust der Beamtenstellung kraft Gesetzes führen würden, deren Vollstreckung die Kammer jedoch zur Bewährung aussetzen könnte, so dass wenigstens kein Strafvollzug drohe.“*

Im Hauptverhandlungsprotokoll ist dazu festgehalten:

*„Der Vorsitzende schlug nach Beratung für den Fall, dass die Angeklagten glaubhafte Geständnisse ablegen und keine Beweisanträge zur Schuldfrage stellen, unter Ausscheidung des Vorwurfs der zweifachen Strafvereitelung im Amt, die Verhängung von Gesamtfreiheitsstrafen von jeweils einem Jahr und neun Monaten bis zwei Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung vor.*

*Die Prozessbeteiligten erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.*

*Die Angeklagten, ihre Verteidiger und der Vertreter der Staatsanwaltschaft stimmten dem Vorschlag zu.“*

Sechs Tage nach Verkündung des Urteils widerrief der Beschwerdeführer durch ein Schreiben an das LG Berlin sein Geständnis. Es sei ihm nach seinem subjektiven Empfinden unter Ausnutzung seiner sozialen Verantwortung für seine Familie abgerungen worden. Sein Verteidiger habe ihm mitgeteilt, dass alles, was er aussagen würde, „als unwahr oder Schutzbehauptung abgetan werde“. Er habe ihm verdeutlicht, dass er „am Ende des Verhandlungstages zu einer Freiheitsstrafe von mindestens vier Jahren verurteilt werde, weil das Gericht keine Zweifel am Wahrheitsgehalt der Anklageschrift habe“. Der Zeitdruck auf ihn sei „stetig erhöht“ worden und „die prognostizierte Saalverhaftung“ habe sich zusätzlich ausgewirkt. Das Geständnis entspreche nicht der Wahrheit.

Das Landgericht ist in den Entscheidungsgründen der Darstellung, auf den Beschwerdeführer sei Druck ausgeübt worden, entgegengetreten. Das Geständnis sei glaubhaft. Die Kammer habe nicht den geringsten Zweifel, dass die Geständnisse keine unwahren Selbstbezeichnungen allein aus prozesstaktischen Erwägungen gewesen seien. Mit der Revision rügte der Beschwerdeführer die Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) und des § 136a StPO sowie die Verletzung des § 257c StPO. Er legte eine eidesstattliche Versicherung der Verteidigerin des Mitangeklagten vor, in der dargelegt wurde, der Vorsitzende habe eine vierjährige Haftstrafe in Aussicht gestellt, sofern eine streitige Hauptverhandlung mit einem Schuldspruch ende. Wenn die Angeklagten geständig seien, sei eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung möglich. Die Entscheidung müsse vor Eintritt in die Beweisaufnahme getroffen werden. Während einer Beratung auf dem Flur (nach Sitzungsunterbrechung) sei der Vorsitzende gekommen und habe geäußert, die Zeit dränge. Auf den Hinweis, dass noch ein wenig Zeit benötigt würde, habe er erklärt, dass dies sicher schon vorbesprochen worden sei und nun eben nur noch entschieden werden müsste. Er habe

(wie schon zuvor) zum Ausdruck gebracht, es gebe nur die Entscheidung zwischen einer vierjährigen Haftstrafe und dem Vergleichsangebot.

Der Vorsitzende und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sind den Darstellungen des Beschwerdeführers und der Verteidigerin des Mitangeklagten in ihren dienstlichen Erklärungen in wesentlichen Punkten entgegengetreten. Der Vorsitzende habe auch die Möglichkeit eines Freispruchs dargestellt. Ein zeitlicher Druck sei nicht geschaffen worden. Das Gespräch auf dem Flur sei geführt worden, als bereits deutlich mehr als eine Stunde Bedenkzeit verstrichen gewesen sei. Der Vorsitzende habe lediglich bemerkt, dass die Angeklagten und ihre Verteidiger für den Fall einer streitigen Beweisaufnahme realistisch einschätzen sollten, was die Kammer wohl glauben würde und was nicht; im Übrigen seien keine Einschätzungen der Beweislage oder zur Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung mitgeteilt worden. Die Möglichkeit einer Saalverhaftung sei weder vom Gericht noch von der Staatsanwaltschaft angesprochen worden; sie wäre auch überhaupt nicht in Betracht gekommen.

Der 5. Senat des Bundesgerichtshofs (StV 2012, 5) verwarf die Revision als unzulässig, soweit sie auf eine Verletzung der §§ 136a, 244 Abs. 2 gestützt war; hinsichtlich der Rüge der Verletzung von § 257c StPO verwarf er sie – wohl entgegen dem Antrag des Generalbundesanwalts – als unbegründet.

Das Landgericht habe dem Beschwerdeführer vor Augen halten dürfen, dass im Verurteilungsfall nur unter der Voraussetzung eines Geständnisses der Strafraumen des § 250 Abs. 3 StGB eröffnet sein könnte. Eine Drohung mit einer willkürlich bemessenen „Sanktionsschere“ liege deshalb nicht vor. Zu allen darüber hinausgehenden Behauptungen unzulässigen Drucks fehle es schon an ausreichendem Revisionsvortrag; außerdem sei insoweit ersichtlich nichts erwiesen.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Entscheidungen des Landgerichts und des Bundesgerichtshofs. Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seiner Rechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG.

### **C. Zur Verfassungsmäßigkeit des VerstG**

Die gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 257 c StPO erhobenen fundamentalen Bedenken hält die Bundesrechtsanwaltskammer nicht für begründet.

#### **I. Kein Verstoß des § 257c StPO gegen das Schuldprinzip**

Ein unüberwindbarer Widerspruch zwischen dem verfassungsrechtlich abgesicherten Schuldprinzip und der einfach-rechtlichen Ausgestaltung des VerstG besteht nicht. Zwar wird zu Recht der „untrennbare Zusammenhang von materiellem Schuldprinzip und der Pflicht des hoheitlich tätig werdenden Staates zur Erforschung der objektiven Wahrheit“ betont (*Landau NStZ 2011, 537, 540*).

Allerdings ist dem Grundgesetz keine Entscheidung für (und auch nicht gegen) einen bestimmten strafprozessualen Wahrheitsbegriff zu entnehmen. Es gliche einer Fiktion und würde möglicherweise selbst die Kompetenz des Verfassungsgebers übersteigen, wenn man annähme, der Verfassungsge-

ber habe mit seiner Vorstellung vom Rechtsstaat i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG implizit auf eine im Jahr 1949 bestehende *communis opinio* zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff Bezug genommen. Wenn also auf die Gefahren für die Ermittlung des „wahren“ Sachverhalts hingewiesen wird, weil ohne eine streng gehandhabte strafprozessuale Inquisitionsmaxime i.S.d. Korrespondenztheorie kein „wahrer“ Sachverhalt und deshalb schlussendlich keine schuldangemessene Strafe festgesetzt werden könne (so insbes. *Radtke* GA 2012, 187, 189; *ders.* FS 300 Jahre OLG Celle, 2011, S. 515, 536; *ders.* Loccumer Protokolle 09/11, S. 131, 132 ff.), ist darauf hinzuweisen, dass es ohne Weiteres im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative liegt, wenn sich der StPO-Gesetzgeber für mehr konsensuale Erledigungsformen öffnet und damit das klassische Korrespondenzmodell zumindest modifiziert (*Kudlich* Gutachten zum 68. DJT 2010, S. C 57 ff.; weitergehend *Jahn* Loccumer Protokolle 09/11, S. 117, 121 f.),

Die Verständigung nach § 257c StPO steht im Spannungsverhältnis zwischen den Verpflichtungen zur Ermittlung des wahren Sachverhalts und der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe als Elementen des Schuldprinzips, zum Grundsatz des fairen Verfahrens und zu dem Gebot wirksamer Strafrechtspflege. Die gesetzliche Regelung ist ausgerichtet auf einen praktisch konkordanten Ausgleich zwischen diesen Grundsätzen. Sie schafft im Vergleich zu der Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung, auf die sich der Kammerbeschluss vom 27. Januar 1987 (NJW 1987, 2662) bezieht, und im Vergleich zu der richterrechtlichen Rechtsfortbildung des Strafprozessrechts, die der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs im Beschluss vom 3. März 2005 (BGHSt 50, 40) gebilligt hat, ein beträchtliches Maß an Rechtssicherheit. Tragende Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, insbesondere „verfassungsrechtliche Mindeststandards“ (*Landau* NStZ 2007, 121, 129), sind nicht verletzt. Der Gesetzgeber hat die ihm von Verfassungen wegen gesetzten Grenzen seiner legislativen Gestaltungsmöglichkeiten nicht überschritten.

## 1. Grundsatz der Amtsermittlung

§ 257c StPO entbindet das Gericht nicht von der Verpflichtung zu schuldangemessenen Strafen nach denselben Grundsätzen, die ohne die Verständigung anzuwenden wären (vgl. auch BT-Drucks. 16/12310, S. 8; zur früheren Rechtslage auch BGHSt 50, 40, 49). Daher gestattet § 257c StPO dem Gericht auch nicht die Verhängung einer Strafe auf der Grundlage tatsächlicher Annahmen, von denen es nicht überzeugt ist. Die Bindung des Gerichts an § 244 Abs. 2 StPO wird nicht eingeschränkt. Dies stellt § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO klar, wonach § 244 Abs. 2 StPO unberührt bleibt. Zudem setzt Satz 1 der Vorschrift voraus, dass sich der betreffende Fall nach Auffassung des Gerichts für eine Verständigung eignet.

Das in § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO bestimmte Erfordernis der Eignung des Falles für eine Verständigung wird zu Unrecht als funktionslos kritisiert. Richtig verstanden trägt es zu einer sinnvollen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Verständigung bei. Zwar mag die in den Materialien enthaltene Erläuterung, es hänge „von den konkreten Umständen“ ab, welche Fälle verständigungsgeeignet seien (BT-Drs. 16/12310, S. 13), für sich genommen nicht weiterführen (*Eschelbach* in Graf StPO § 257c Rn. 7; *Meyer-Goßner* StPO § 257c Rn. 6; *Murmann* ZIS 2009, 526, 534 f.). Andererseits trifft sie in der Sache zu. Die Frage der Geeignetheit ist vom Gericht fallbezogen anhand der gesetzlichen Voraussetzungen der Verständigung zu beurteilen. Danach kommt eine Verständigung nur in Betracht, wenn sich das Gericht im konkreten Fall in der Lage sieht, unter Verzicht auf die förmliche Erhebung sämtlich relevanter Beweise in der Hauptverhandlung bereits auf der Grundlage des Inhalts der Akten („unter freier Würdigung“, § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO), der Zustimmung des Angeklagten (§ 257c Abs. 3

Satz 4 StPO) und regelmäßig auch eines Geständnisses (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO) sowie ggf. einzelner Beweiserhebungen zur Überzeugung (§ 261 StPO) von der Wahrheit (§ 244 Abs. 2 StPO), insbesondere der Schuld des Angeklagten, zu gelangen. Erscheint dies nicht möglich, ist ein Fall für eine Verständigung ungeeignet. Bei der Beurteilung des Falles kommt dem Gericht sicherlich ein weiter, jedoch nicht grenzenloser Beurteilungsspielraum zu. Fehler können mit der Aufklärungsrüge beanstandet werden.

Nur auf den ersten Blick erscheint es dabei als „widersinnig“ (z.B. *Altenhain/Haimerl* JZ 2010, 327, 329), dass der Gesetzgeber mit dem Institut der Verständigung einerseits Strafverfahren fördern, d.h. beschleunigen, also die Beweisaufnahme verkürzen möchte, andererseits dem Gericht mit der Bestimmung des § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO uneingeschränkt die „Erforschung der Wahrheit“ (§ 244 Abs. 2 StPO) auferlegt. Genau besehen, besteht kein Widerspruch, mithin auch kein „Konstruktionsfehler“ (so aber *Fischer* ZRP 2010, 249, 251). Der Gesetzgeber hat sich in den Materialien ausdrücklich gegen die Einführung des Konsensprinzips ausgesprochen (BT-Drs. 16/12310, S. 8), wie es namentlich der Strafrechtsausschuss der BRAK seinem Gesetzesvorschlag zugrunde gelegt hatte. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll Grundlage des Urteils nicht die Verständigung selbst, sondern die Überzeugung des Gerichts von dem ungeachtet der Verständigung festzustellenden Sachverhalt sein (BT-Drs. 16/12310, S. 13). Der Verweis auf § 244 Abs. 2 StPO in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ist somit folgerichtig und bindet die Rechtsprechung (vgl. *Niemöller* in N/Sch/W VerstG Teil B Rn. 71 ff.). Die gemäß § 257c Abs. 3 S. 4 StPO erforderliche Zustimmung des Angeklagten bedeutet somit lediglich, dass er die vom Gericht vorgeschlagene Verständigung (faktisch) akzeptiert und insoweit auf förmliche Beweiserhebungen verzichtet. Insbesondere vermag sie nicht das Urteil zu rechtfertigen. Die Legitimation des Verständigungsurteils resultiert allein aus der Anwendung und Beachtung der einschlägigen strafprozessualen und materiell-rechtlichen Vorschriften durch das erkennende Gericht, das für die Rechtmäßigkeit des Urteils und des zugrunde liegenden Verfahrens die alleinige Verantwortung trägt. Folgerichtig hat der Gesetzgeber – entgegen der noch andersartigen Konzeption des Referentenentwurfs zum VerstG (Nachw. bei *Jahn* ZStW 118 [2006], 427, 435 f.) – von einer Einschränkung des Rechtsmittelrechts abgesehen. Die Rechtsmittelbefugnis bei Verständigungsurteilen besteht uneingeschränkt (vgl. BGH NJW 2012, 468, 469 Tz. 8 [m. Anm. *Jahn* JuS 2012, 470]: „Die Zustimmung des Angeklagten zu einer Verständigung nach § 257c StPO führt als solche [...] nicht zum Verlust einzelner prozessualer Rechte“).

Wegen § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO bemisst sich das Ausmaß der Aufklärungspflicht des Gerichts auch im Falle einer Verständigung grundsätzlich nach den traditionellen Regeln. Die zu erforschende „Wahrheit“ (§ 244 Abs. 2 StPO) ist Sache der rechtmäßig gebildeten und begründeten „Überzeugung“ des Gerichts (§§ 261, 267 StPO). Als nicht bloß urteilende, sondern auch ermittelnde Instanz bestimmt das Gericht den Umfang seiner Aufklärungspflicht nach „verständiger Würdigung der Sachlage“ (vgl. BGHR § 244 Abs. 2 StPO Umfang 1) bis an die Grenze, jenseits derer eine Aufklärungsrüge begründet wäre.

## 2. Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Die Eigentümlichkeit des Verständigungsverfahrens besteht mithin lediglich darin, dass das Gericht die förmliche Beweiserhebung in der Hauptverhandlung abkürzen kann, sofern es sich – redlicher Weise (vgl. *Fischer* ZRP 2010, 249, 250; *Ignor* in: Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz [2011], S. 53, 66 f.) – in der Lage sieht, „unter freier Würdigung aller Umstände des Falles“ (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO), d.h. insbesondere des Aktenin-



halts (der einen hinreichenden Tatverdacht begründen muss, § 203 StPO), ggf. einzelner Beweiserhebungen, ferner der Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO) und regelmäßig eines Geständnisses (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO) zur Überzeugung (§ 261 StPO) von der Schuld des Angeklagten zu gelangen sowie unter freier Würdigung der allgemeinen Strafzumessungserwägungen (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO) zu einer tat- und schuldangemessenen Strafe (§ 257c Abs. 4 Satz 1 StPO).

In der Möglichkeit, die Sachlage auch aufgrund der Akten zu würdigen, liegt eine Durchbrechung der Grundsätze der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit. Das Gericht muss die Beweismittel insofern nicht in der „bestmöglichen Form“ (vgl. BGHSt 46, 73, 79) erheben, d.h. in der Hauptverhandlung (vgl. *Eschelbach* in Graf StPO § 257c Rn. 8). Die (partielle) Durchbrechung der Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit begegnet jedenfalls in der vorliegenden Form – in der sie letztlich von der Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft abhängig ist – keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. In der verfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung besteht sogar die Auffassung, dass der in § 250 StPO aufgestellte Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung, der auch innerhalb der StPO zunehmend durchbrochen wird, kein grundrechtlich geschütztes Gebot wiedergibt (vgl. *Landau* NSTz 2007, 121, 129 m. Hw. auf BVerfGE 1, 418, 429, wo es heißt: „Das nicht in der Verfassung, sondern in der Strafprozeßordnung – §§ 250, 251 – geregelte Recht auf unmittelbare Beweisaufnahme ist kein Grundrecht, so daß selbst gegen seine Verletzung keine Verfassungsbeschwerde gegeben wäre, es sei denn, die Verletzung wäre derart schwerwiegend, daß dadurch der rechtsstaatliche Charakter des Verfahrens ernstlich beeinträchtigt würde“).

### 3. Gebot bestmöglicher Sachaufklärung

Das „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“ (BVerfGE 70, 297, 309) ist verfassungsrechtlich jedenfalls nicht mit dem Inhalt gewährleistet, dass jedes erreichbare Beweismittel auszuschöpfen ist. Aus ihm folgt, dass das Gericht „sich um den bestmöglichen Beweis zu bemühen hat“ (BVerfGE 57, 250, 277). Missverständlich ist die Formulierung, das Gericht sei verpflichtet, „alle bekannten Beweismittel vollständig zu erheben“ (BVerfGK 1, 145, 150). Steht der entscheidungserhebliche Sachverhalt zur Überzeugung des Gerichts in der Weise fest, dass die Erhebung weiterer Beweismittel dem Gericht allenfalls noch zusätzliche Bestätigungen verschaffen kann, so hat das Gericht seine Verpflichtung zur Ermittlung des wahren Sachverhalts (BVerfGE 57, 250, 275) erfüllt.

Insofern § 257c StPO dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, bei seiner Überzeugungsbildung die Zustimmung des Angeklagten zu einem Verständigungsvorschlag einzubeziehen, ist das Verständigungsverfahren dem Strafbefehlsverfahren vergleichbar, bei dem das Gericht auf der Grundlage eines hinreichenden Tatverdachts (vgl. § 408 Abs. 2 StPO) mit dem Strafbefehl quasi einen Urteilsvorschlag unter Antizipation einer möglichen Zustimmung des Beschuldigten erlässt. Verzichtet der Beschuldigte auf einen Einspruch, liegt darin seine konkludente Zustimmung. Das BVerfG hat nun aber mit Blick auf die Regelungen der §§ 408 Abs. 2 und 411 StPO das Strafbefehlsverfahren für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt, auch wenn es „seiner Natur nach mit Unzulänglichkeiten behaftet“ sei, weil „unzureichende Ermittlungen zu einem der wahren Sachlage nicht gerecht werdenden Strafbefehl führen“ könnten. Die Vorschrift des § 408 StPO gebe dem Amtsrichter die Möglichkeit, bei Bedenken gegen den Strafbefehlsantrag in einer Hauptverhandlung zu entscheiden; § 411 StPO verbürge das rechtliche Gehör des Angeklagten durch Zulassung des Einspruchs mit anschließender Hauptverhandlung (BVerfGE 3, 248, 253; seither st. Rspr.). Dort heißt es im Übrigen wörtlich: „Das Strafbefehlsverfahren ist, wie auch andere summarische Verfahren, mit dem Gedanken des Rechtsstaats nicht schon an sich unvereinbar. Es ist für die rasche Erledigung einer Vielzahl tatsächlich und recht-

lich einfach gelagerter Fälle bestimmt und im Rahmen des deutschen Strafprozeßsystems praktisch nicht zu entbehren.“

In vergleichbarer Weise stellen im Verständigungsverfahren die Voraussetzungen des § 257c Abs. 1 und 2 StPO sowie das Erfordernis der Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft – als Äquivalent für deren Strafbefehlsantrag (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO) – „Garantien für die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze“ (vgl. nochmals BVerfGE 3, 248, 253) dar. Es besteht nach dem VerstG zudem die Möglichkeit, noch in der Hauptverhandlung die Wahrheit aufzuklären, ohne dass es dafür erst der Anberaumung einer Hauptverhandlung wie im Strafbefehlsverfahren (§ 408 Abs. 3 StPO) bedarf. Die Beeinträchtigung der Autonomie durch einen gerichtlichen Verständigungsvorschlag ist nicht erheblicher als die mit § 411 Abs. 4 StPO verbundene Beeinträchtigung: Auch im Strafbefehlsverfahren muss der Angeklagte im Falle eines Einspruchs gegen den Strafbefehl damit rechnen, dass das Gericht zu einer schwereren Rechtsfolgenentscheidung gelangt, weil das Verbot der reformatio in peius nicht gilt. Im Strafbefehlsverfahren besteht zwar nicht ein erhöhtes Risiko eines falschen Geständnisses, aber das erhöhte Risiko der Hinnahme einer Verurteilung auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage, wenn ein Einspruch unterbleibt.

Im Übrigen ist der StPO auch außerhalb des Strafbefehlsverfahrens ein Verzicht auf die Erhebung von Beweismitteln in der Hauptverhandlung nicht fremd. Gemäß § 245 Abs. 1 S. 2 StPO kann von der Erhebung einzelner Beweise abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und der Angeklagte damit einverstanden sind. Bei einer Verständigung geschieht der Sache nach genau dies.

#### **4. Wirksame Strafrechtspflege und Sollvoraussetzung Geständnis**

Zusätzlich zu einem hinreichenden Tatverdacht aufgrund der Aktenlage (§ 203 StPO), einer Eignung des Falles für eine Verständigung (§ 257c Abs. 1 Satz 1 StPO) und der Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO) verlangt das Gesetz in der Regel („soll“) ein Geständnis des Angeklagten (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO). Auch diese Vorschrift ist verfassungsrechtlich bedenkenfrei. Weder Art. 1 Abs. 1 GG noch Art. 2 Abs. 1 oder Abs. 2 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip kann entnommen werden, dass ein Geständnis, von dessen Richtigkeit das Gericht aufgrund weiterer ihm (auch durch Aktenlektüre) bekannter Umstände überzeugt ist, nicht Grundlage einer schuldangemessenen Strafe sein könne, wenn weitere Beweismittel zur Verfügung stehen, die nach Einschätzung des Gerichts nur zu einer Bestätigung des von dem Angeklagten dargestellten Sachverhalts führen können.

##### **a) Fehltriteilsrisiko**

Das generell mit der Verurteilung auf der Grundlage eines Geständnisses verbundene Risiko eines Fehltriteils wird durch die gesetzlichen Verständigungsregelungen nicht signifikant erhöht. Sofern das Gericht im Verständigungsangebot das Erfordernis eines Geständnisses mit der Erwartung eines bestimmten Prozessverhaltens des Angeklagten verknüpft (§ 257c Abs. 2 Satz 1 StPO), wird es sich um den Verzicht auf Antrags- und Widerspruchsrechte der Verfahrensbeteiligten handeln (z.B. Beweis-antragsrechte, Widerspruch nach § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO), die ein geständiger Angeklagter ohnehin nicht mit dem Ziel ausüben wird, sein Geständnis in Frage zu stellen.

Sofern dem Gericht das Geständnis nicht ausreicht, darf es darauf keine Verurteilung gründen. Notfalls muss es die Verständigung aufkündigen (§ 257c Abs. 4 Satz 2 StPO). Das gleiche gilt, wenn sich ungeachtet des Geständnisses Umstände herausstellen, die dem Verständigungsvorschlag die Grundlage entziehen (§ 257c Abs. 4 Satz 1 StPO). Überhaupt ist es im Verständigungsverfahren nicht anders als sonst Sache des Gerichts, zu entscheiden, ob und wie weit es seine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten (§ 261 StPO) auf dessen Geständnis stützt.

Eine mögliche abstrakte Erhöhung des Risikos einer Verurteilung aufgrund eines falschen Geständnisses im Rahmen eines Verständigungsverfahrens könnte allerdings darin liegen, dass das Gericht zu seiner Überzeugungsbildung im Übrigen, wie oben unter C.I.2. ausgeführt, in Durchbrechung des Unmittelbarkeitssatzes unmittelbar auf die Akten zurückgreifen darf. Die Gefahren dieser „Risikoerhöhung“ werden indes in mehrfacher Hinsicht gemindert: Zum einen durch das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO); zum anderen durch die unbeschränkte Rechtsmittelbefugnis sowohl der Staatsanwaltschaft als auch des Angeklagten (näher unten C.II.3.). Nicht zuletzt wird in der Anwaltschaft die Auffassung vertreten, dass ein Verteidiger nicht bewusst an einem falschen Geständnis mitwirken darf und Missbräuchen entgegenzutreten soll (vgl. BRAK, Thesen zur Strafverteidigung, These 41; Widmaier/*Ignor/Matt/Weider* MAH Strafverteidigung § 13 Rn. 27 f.).

Eine Gefahr für ein falsches Geständnis, die zwar nicht aus dem Gesetz, aber aus der Praxis der Verständigung resultiert, erblickt die BRAK darin, dass manche Gerichte üblicherweise zusammen mit dem Strafrahmen für den Fall der Verständigung (vgl. § 257c Abs. 3 S. 2 StPO) eine „Alternativstrafe“ für den Fall benennen, dass eine Verständigung nicht zustande kommt. Empirische Befunde darüber, wie häufig das geschieht, fehlen. Nach der Rechtsprechung vor dem Verständigungsgesetz war die Nennung nicht verboten (so ausdrücklich BGH NStZ 2008, 170), allerdings mit der Maßgabe, das Gericht dürfe keinesfalls zur Erlangung eines Geständnisses eine (alternative) Strafhöhe bestimmen, die nicht dem Unrechtsgehalt der Tat gerecht wird (BGHSt 43, 195; GrS 50, 40, 51); eine „überhöhte Strafe“ beeinträchtigt den Angeklagten in seiner Willensfreiheit (bspw. BGH StV 2005, 201; NStZ 2008, 170; *Meyer-Goßner* § 257c Rn. 19) und potenziert die Gefahr materiell falscher Entscheidungen (BGHSt 43, 195, 204; GrS 50, 40, 50; BGH NStZ 2008, 170; vgl. dazu *König* StraFo 2006, 170 f.).

Schon im Hinblick auf den Wortlaut des § 257c Abs. 3 S. 2 StPO lässt sich mit guten Gründen die Zulässigkeit der Nennung einer Alternativstrafe bezweifeln (SK-StPO/*Velten* § 257c Rn. 21; *Niemöller* in N/Sch/W, VerstG, Teil B § 257c Rn. 47; *Schlothauer* StV 2011, 205, 207). Zweifelsohne ist eine solche Nennung rechtswidrig, wenn die Höhe unvertretbar ist. Dann liegt zudem ein Fall des § 136a StPO vor. Doch auch unterhalb der Schwelle des § 136a StPO kann das Aufzeigen einer Alternativstrafe den Wert eines Geständnisses infizieren und zu einem verfassungsrechtlich relevanten Aufklärungsdefizit führen, wie das vorliegende Berliner Verfahren (2 BvR 2155/11) zeigt, vgl. näher unter D. III.

## **b) Risiko fehlerhafter Strafzumessung**

Die Absprachenregelung ändert nichts am materiellen Strafrecht und auch nichts an den Grundlagen der Strafzumessung nach den §§ 46 ff. StGB. Es handelt sich um eine reine Verfahrensvorschrift, was insbesondere durch § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO und das Verbot der Absprache über den Schuldspruch sowie das Verbot der Vereinbarung einer Punktstrafe unterstrichen wird. Dementsprechend ändert sich durch die Absprachenregelung nichts an der Notwendigkeit der Verhängung einer tat- und schuldangemessenen Strafe. Das Gericht, das auch im „streitigen“ Verfahren einen gewissen Spiel-



raum bei der Findung einer tat- und schuldangemessenen Strafe hat, darf auch im Rahmen einer Verständigung nur einen solchen tat- und schuldangemessenen Strafraum (= Spielraum) angeben. Hierbei darf beispielsweise auch das Geständnis nicht mehr oder weniger schwer gewichtet werden, als es bei einer normalen Verhandlung mit Geständnis ohne Absprache gewichtet worden wäre. Halten sich Gericht, Staatsanwaltschaft – von deren Zustimmung das Zustandekommen der Verständigung sogar abhängt – und Verteidiger nicht an diesen Rahmen des Gesetzes, droht ihnen selbst Strafe.

## **II. Sicherungen der Wahrheitsfindung**

Die Vorschriften über die Verständigung enthalten desweiteren eine Reihe spezifischer Vorkehrungen gegen ein fehlerhaftes Verständigungsurteil, die den Grundrechtsschutz durch Verfahren verwirklichen.

### **1. Dokumentations-, Mitteilungs- und Protokollierungsvorschriften**

Hierzu gehören zunächst die als „schützende Formen“ gedachten gerichtlichen Dokumentations-, Mitteilungs- und Protokollierungsvorschriften (§§ 202a, 212, 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO). Sie sollen die Transparenz des Verständigungsverfahrens und dadurch die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften nach „innen“ (Rechtsmittelgerichte) und nach „außen“ (mit Blick auf die Öffentlichkeit) sicherstellen.

Leider ist aus Sicht der BRAK zu konstatieren, dass der BGH dazu neigt, bei Verstößen gegen die formellen Voraussetzungen einer Verständigung, namentlich die Dokumentations-, Mitteilungs- und Belehrungspflichten, ein Beruhen des Urteils auszuschließen (*Jahn StV 2011, 497, 502 m.* Hinweis auf BGH StV 2011, 202 m. abl. Anm. *Schlothauer* zu § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO und BGH StV 2011, 76 zu § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO; siehe auch *Schlothauer StraFo 2011, 487, 491 f.*). Der vom Gesetzgeber angestrebten Rechtssicherheit sowie Transparenz und Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens (BT-Drs. 16/12310) ist das nicht förderlich. Die Eindämmung informeller Absprachen wird dadurch erschwert.

### **2. Belehrungsvorschriften**

Auch die Belehrungsvorschriften, insbesondere § 257c Abs. 5 StPO, bedeuten eine Sicherung der Wahrheitsfindung, indem sie einer vorschnellen Zustimmung des Angeklagten zu einem Verständigungsvorschlag des Gerichts vorbeugen. Die Vorschrift verpflichtet das Gericht, den Angeklagten anlässlich einer Verständigung über die Möglichkeiten des Wegfalls der Bindungswirkung und die damit verbundenen Folgen nach Absatz 4 zu belehren. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers dem Angeklagten eine autonome Einschätzung des mit seiner Mitwirkung verbundenen Risikos gewährleisten (BT-Drs. 16/12310, S. 15). Leider wurde auch diese Vorschrift durch die Rechtsprechung des BGH stark relativiert, wie anlässlich der vorliegenden Verfassungsbeschwerden unten (D.2) noch näher auszuführen sein wird.

### 3. Verbot des Rechtsmittelverzichts

Des Weiteren soll der Gefahr eines fehlerhaften Verständigungsurteils nach dem Willen des Gesetzgebers durch das Verbot des Rechtsmittelverzichts bei Verständigungen (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO) vorgebeugt werden. Zu Recht hat er in der früheren Möglichkeit des Rechtsmittelverzichts eine der größten Gefahren fehlerhafter Urteile erblickt, weil dadurch eine wirksame Kontrolle von Verständigungsurteilen ausgeschlossen werden konnte. Zusammen mit der weithin praktizierten Heimlichkeit leistete der Rechtsmittelverzicht schuldunangemessenen Verständigungen entscheidenden Vorschub. Die Vorschrift des § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO erfasst nicht nur das Verbot der Abrede des Rechtsmittelverzichts, sondern auch die Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen (BT-Drs. 16/12310, S. 14).

Mit dem Verbot des Rechtsmittelverzichts ist der Gesetzgeber über die Vorgaben der Rechtsprechung hinausgegangen, die einen Rechtsmittelverzicht im Falle einer „qualifizierten“ Belehrung für zulässig erachtet hatte. In der Literatur wurde vorausgesagt, dass dieses Verbot durch die informelle Abrede, die Rechtsmittelfrist ungenutzt verstreichen zu lassen, umgangen werden könne (z.B. *Fahl/Geraats* JA 2009, 791, 796). Zwar hat BGHSt 55, 82 (m. abl. Anm. *Niemöller* StV 2010, 474 und Anm. *Jahn* JuS 2010, 742) ein derartiges Umgehungsverhalten unter Beteiligung des Gerichts zu Recht für unzulässig erachtet, es jedoch abgelehnt, die unabhängig von einer Abrede mit dem Gericht erfolgte, von vornherein geplante Einlegung und umgehende Rücknahme eines Rechtsmittels zum Zweck der Erzeugung von Rechtskraft für unzulässig zu erklären (der Gesetzentwurf des Strafrechtsausschusses der BRAK hatte zur Vermeidung dieses Umgehungsverhaltens ein Verbot der Rücknahme von Rechtsmitteln vor Fristablauf bei vorangegangener Verständigung vorgesehen). Diese Rechtsprechung des BGH bedarf der – wiederum einfach-rechtlichen – Korrektur (vgl. im Einzelnen *Niemöller* StV 2010, 597; dazu *Meyer-Goßner* StV 2011, 53 mit Replik *Niemöller* StV 2011, 54).

Verständigungsurteile müssen uneingeschränkt nachprüfbar sein, weil dadurch sichergestellt wird, dass sie formellem und sachlichem Recht entsprechen (vgl. §§ 337, 344 Abs. 2 StPO), also im Ergebnis (rechts-)richtig sind. Wie jedes Urteil muss auch ein Verständigungsurteil, um richtig zu sein, in einem fehlerfreien Verfahren zustande kommen und fehlerfrei begründet werden. Es bedarf mithin tragfähiger Feststellungen (vgl. BGH StV 2010, 60; BGH StV 2011, 608; *Schlothauer* StraFo 2011, 487, 490), einer richtigen Anwendung der materiellen Strafvorschriften sowie einer fehlerfreien Beweiswürdigung und Strafzumessung (vgl. *Eschelbach* in Graf, StPO, § 257c, Rn. 48). Die gelegentliche Bemerkung des BGH, dass die Urteilsgründe auch im Falle einer Verständigung „einem Mindestmaß an Sorgfalt“ genügen müssten (BGH NStZ-RR 2010, 336; NStZ-RR 2011, 52), dürfte ironisierend gemeint sein; anderenfalls entspräche sie nicht dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers und liefe dem Schuldprinzip zuwider. Unzureichend sind insbesondere bloße „Mindestanforderungen [...] an die richterliche Überzeugungsbildung“ (so aber BGH NStZ-RR 2012, 52 anlässlich eines Falles gänzlich fehlender Beweiswürdigung). Nur eine „rational begründete und tatsächengestützte“ (vgl. BVerfG, Kammer, NJW 2003, 2444, 2445), „intersubjektiv überprüfbare“ (*Herdegen* NStZ 1987, 193, 195) und rechtsfehlerfreie Beweisführung im Urteil garantiert eine durch das Schuldprinzip gebotene (soweit als möglich) richtige Entscheidung. Das nicht umgehbare Verbot des Rechtsmittelverzichts ist dafür zwingende Voraussetzung. Verletzungen sollten daher als absoluter Revisionsgrund ausgestaltet werden.

### III. Zwischenergebnis

#### 1. Kein struktureller Mangel des VerstG

Die BRAK vermag nach alledem nicht der in der Literatur vertretenen Auffassung zu folgen, die Verständigung nach § 257c StPO sei „gerade darauf gerichtet ..., die Suche nach der materiellen Wahrheit abzubrechen, weil dies den Verfahrensbeteiligten aus (hoffentlich) guten Gründen opportun erscheint“ (so *Radtke* FS 300 Jahre OLG Celle, S. 515, 535 m.w.N.). Das Gegenteil ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung und der im Gesetzgebungsverfahren dokumentierten Konzeption des Gesetzes.

Ebenso wenig vermag die BRAK die Auffassung zu teilen, im System der Absprachen gewinne derjenige Angeklagte am meisten, der zwar die ihm vorgeworfene Tat tatsächlich begangen hat, aber über ausreichende Ressourcen verfügt, um die Beweislage so zu verwirren, dass er für eine Erleichterung des Verfahrens einen hohen Preis in Form eines Strafnachlasses durchsetzen kann (so *Landau* NSZ 2007, 121, 122 m. Hw. auf *Weigend* in FS BGH Wissenschaft, 2000, S. 1012). Der BRAK erscheint bereits die Prämisse dieser Auffassung fragwürdig, wonach sich die Strafjustiz in einer zunehmenden Zahl von Verfahren vor einen Umfang des Entscheidungstoffes und einem Verhalten der Verteidigung gestellt sieht, die eine zügige Durchführung der Hauptverhandlung in Frage stellen (*Landau* aaO.). Insbesondere der zweite Teil dieser Prämisse ist empirisch nicht belegt. Abgesehen davon ermöglichen die gesetzlichen und von der Rechtsprechung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Möglichkeiten des Umgangs mit „dysfunktionalem“ Verteidigungsverhalten jedenfalls in der Mehrzahl solcher Fälle ein ordnungsgemäßes Prozessieren.

Überhaupt darf die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung nicht von einzelnen Missbrauchsmöglichkeiten abhängig gemacht werden. Selbstverständlich müssen Regelungen, die einen Missbrauch geradezu provozieren, vermieden werden. Aber Normen, die bei unterstellter Rechtstreue sinnvoll sind, dürfen nicht deshalb als ungeeignet angesehen werden, weil sie auch missbraucht werden können. Die Möglichkeit des Missbrauchs besteht bei nahezu jeder Norm. Der Gesetzgeber im Rechtsstaat muss grundsätzlich davon ausgehen (dürfen), dass sich die Organe der Rechtspflege rechtstreu verhalten.

Soweit in den Verfassungsbeschwerden und den vorliegenden Stellungnahmen Bedenken bzw. Einwände gegen § 257c StPO vorgebracht werden, betreffen diese bei näherem Hinsehen nicht die gesetzlichen Regelungen als solche, sondern deren Verletzung, Umgehung oder Nichtanwendung durch die Judikatur zum einfachen Recht.

#### 2. Zur Frage des Bestehens einer gesetzgeberischen Beobachtungspflicht

Die Vorschrift des § 257c StPO und die weiteren durch das Verständigungsgesetz geschaffenen Verständigungsregeln haben gegenüber dem früheren Rechtszustand ein ungleich größeres Maß an Rechtssicherheit gebracht. Ein Fortfall würde wegen des einleitend konstatierten Bedürfnisses der Praxis nach Verständigungen erneut der informellen Praxis des „deals“ Tür und Tor öffnen und das zugunsten des Angeklagten erreichte Schutzniveau einreißen. Die mit dem Gesetz angestrebte Rechtssicherheit und gleichmäßige Rechtsanwendung (BT-Drs. 16/12310, S. 1) gingen verloren.

Die BRAK lässt offen, ob es angesichts der Risiken der Manifestierung einzelner Fehlentwicklungen in der Auslegung und Anwendung des Gesetzes zu den Aufgaben des Gesetzgebers gehört, die Anwendung von § 257c StPO im Wege der Evaluation des VerstG unter Beteiligung der Strafprozessrechtswissenschaft gezielt zu beobachten und auf der Grundlage weiterer Erkenntnisse ggf. steuernd einzugreifen (zur Beobachtungspflicht verhältnismäßig restriktiv BVerfGE 88, 203, 310; tendenziell weiter BVerfG NJW 2012, 1563, 1568 Tz. 166).

## D. Zu den Verfassungsbeschwerden

Die BRAK hält die Verfassungsbeschwerden 2 BvR 2628/10 und 2883/10 für nicht begründet, hingegen die Verfassungsbeschwerde 2 BvR 2155/11 aus den nachfolgenden Gründen für begründet.

### I. Vorbemerkung

Die Auslegung und Anwendung des VerstG – auch und gerade in der Revision – ist nach Auffassung der BRAK zum Teil defizitär (oben C.II.): Beruhensfrage, Umgang mit Rechtsmittelverzicht (insbesondere die von BGHSt 55, 82 legitimierte Handlungsoption), teleologisch enge Interpretation von Formvorschriften. Hier mögen der fachgerichtlichen Rechtsprechung im Wege verfassungskonformer Auslegung Fingerzeige gegeben werden.

### II. Münchener Verfahren 2 BvR 2628/10 und 2 BvR 2883/10

Den Beschwerdeführern ist einzuräumen, dass die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO eine wichtige Bedeutung für die Gewährleistung der Autonomie der Entscheidung des Angeklagten vor der Mitwirkung an der Verständigung durch Ablegung eines Geständnisses hat. Eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines fairen Verfahrens bei der Verständigung liegt darin allerdings noch nicht; es handelt sich um eine Frage des einfachen Rechts.

Das Belehrungserfordernis hat den vom konkreten, für den Angeklagten im Einzelfall im Ergebnis »glücklichen« Ausgang unabhängigen weitergehenden Zweck, ihm eine *vollständig autonome* Entscheidung über das weitere Prozessieren zu ermöglichen. Auch der verteidigte Angeklagte kann deshalb geltend machen, dass er sich im Falle der Belehrung überhaupt nicht auf eine Verständigung eingelassen, sondern kontradiktorisch weiterverhandelt hätte. Begründen kann er dies damit, dass die abstrakte Gefahr eines Widerrufs der Verständigung nach § 257c Abs. 4 StPO für ihn nicht beherrschbar gewesen sei, insbesondere für den Fall des Übersehens wesentlicher Umstände durch das Gericht. Die *Senate* verstricken sich in Widersprüche, wenn sie unter Verweis auf die Gesetzesbegründung feststellen, die Belehrung diene dem Schutz des Angeklagten, dem die nachteiligen Folgen einer Abweichung des Gerichts vor Augen gehalten werden sollen, andererseits aber diese Folgen als in der Konsequenz »so selbstverständlich« oder »auf der Hand« liegend qualifizieren, dass eine Belehrung letztlich regelmäßig obsolet sei.

Es ist also entgegen der einfach-rechtlichen Rechtsprechung des 1., 3. und 4. *Strafsenats* regelmäßig

gerade nicht denkgesetzlich ausgeschlossen, dass sich der Angeklagte im Falle »streitiger« Verhandlung intensiver als geschehen verteidigt hätte (*Weider* in *N/Sch/W VerstG* Teil C Rn. 68; dem folgend *Schlothauer StraFo* 2011, 487, 491 und *Jahn StV* 2011, 497, 501 f.).

Ein Verstoß gegen das Grundgesetz ist in dieser fachgerichtlichen Rechtsprechung allerdings noch nicht zu erblicken. Die unterbliebene Belehrung nach 257c Abs. 5 StPO hat hier das Verfahren nicht insgesamt (zu diesem Maßstab nur *EGMR NJW* 2006, 3117, 3122; *BVerfG*, *Beschl. v. 14. März 2012 – 2 BvR 2405/11 Tz. 29*) unfair gemacht, da das Gericht letztlich von der Verständigung nicht abgewichen ist. Auch ist bei dieser Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, dass die Angeklagten jeweils im Beistand eines Verteidigers waren.

Es kommt hinzu, dass die Beschwerdeführer weder in den Revisionsbegründungen noch in den Verfassungsbeschwerden dargelegt haben, wie sie sich verhalten hätten, wenn die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO erfolgt wäre. Dieser Belehrung kommt aber jedenfalls keine größere verfassungsrechtliche Bedeutung zu als dem Anspruch auf rechtliches Gehör, so dass manches dafür spricht, die Rüge der Verletzung der Belehrungspflicht aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht mit geringeren Darlegungsanforderungen zu ermöglichen als die Rüge der Verletzung von Art 103 Abs. 1 GG (dazu z.B. *BVerfG* [3. Kammer des 2. Senats], *NStZ* 2004, 214, 215; *Jahn*, in: *Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge*, *Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen*, 2011, Rn. 381).

### **III. Berliner Verfahren 2 BvR 2155/11**

#### **1. Zur einfachgesetzlichen Behandlung des Falles in der Tatsacheninstanz**

Der Verfahrensgang zeigt zunächst, dass die einfach-rechtliche Anwendung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO in der höchstrichterlichen Rechtsprechung effektiven Rechtsschutz gefährdet, indem sie die Anforderungen an die Verfahrensrügen überspannt. Die Rügen der Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht und des § 136a StPO hätten nicht als unzulässig verworfen werden dürfen; vielmehr hätte der BGH die insoweit behaupteten Verfahrenstatsachen sachlich würdigen müssen. Außerdem hätte der BGH nicht die (zulässig) gerügte Verletzung des § 257c StPO, die er dem Rügevorbringen entnommen hat, als unbegründet verworfen dürfen.

a) Zur gerügten Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO): Das Landgericht hätte sich als Gegenleistung der Angeklagten für die in Aussicht gestellte Bewährungsstrafe nicht mit einem Formalgeständnis begnügen dürfen. Das gilt auch in Anbetracht der während der Sitzungspause durch den Angeklagten vorgebrachten neuen Sachverhaltsvariante. Das Landgericht hätte sich durch eine sonstige Beweiserhebung von der sachlichen Richtigkeit des Geständnisses überzeugen (dazu nur *BGH StV* 2011, 608, 609 und *OLG Celle StV* 2011, 341) müssen.

Mithin hätte der BGH das Urteil allein schon deswegen aufheben müssen, weil die formale Bestätigung des Anklagesatzes hier keine ausreichende Tatsachengrundlage für die richterliche Überzeugungsbildung darstellt. Das gilt umso mehr, als sich nach dem Hauptverhandlungsprotokoll beide Angeklagte weigerten, Fragen zum Sachverhalt zu beantworten.

b) Zur gerügten Verletzung des § 257c StPO: In welcher Form den Angeklagten mit einer Sanktionschere gedroht wurde, ist Gegenstand sich teilweise widersprechender Behauptungen. Auch wenn der BGH davon ausging, dass eine Drohung mit einer „willkürlich bemessenen“ Sanktionschere nicht dargetan sei, durfte er die gerügte Verletzung des § 257c StPO nicht ohne weiteres verneinen. Sowohl aus den Urteilsgründen wie aus der dienstlichen Stellungnahme des Vorsitzenden ergibt sich

nämlich der Hinweis an den Angeklagten auf die erhöhte Mindeststrafandrohung des § 250 Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren) für den Fall einer streitigen Beweisaufnahme, also die Nennung einer sog. Alternativstrafe (vgl. dazu oben C.I.4a). Dies führte im Verhältnis zu dem für den Fall eines Geständnisses, das eine Beweisaufnahme überflüssig machen würde, in Aussicht gestellten Strafraumen des § 250 Abs. 3 StGB (mindestens ein Jahr) und der Möglichkeit einer Bewährungsstrafe zu einer „Scherenbildung“.

c) Zur gerügten Verletzung des § 136a StPO: Zwar haben es die Verteidiger unterlassen, auf einer ordnungsgemäßen Mitteilung und Protokollierung der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Verständigungsgespräche zu bestehen, bei denen möglicherweise entgegen § 136 a StPO verfahren wurde. Doch hätte der BGH insoweit dem Rügevorbringen nachgehen müssen und die Rüge nicht ohne weiteres als unzulässig verwerfen dürfen. Der Fall macht erneut deutlich, welche Konsequenzen es haben kann, wenn § 243 Abs. 4 StPO im Ergebnis zu einer bloßen Ordnungsvorschrift degradiert wird (so aber BGH StV 2011, 202 m. abl. Anm. *Schlothauer*, OLG Celle StV 2012, 394 m. Anm. *Altenhain/Haimerl*). Es ist in diesem Zusammenhang entsprechend der vom BVerfG StV 2012, 385 m. Anm. *Niemöller* vertretenen Auffassung zu erwägen, bei Kontroversen über den Inhalt von außerhalb der Hauptverhandlung stattgefundenen Erörterungen von dem Vortrag des Beschwerdeführers auszugehen, wenn es in der Hauptverhandlung unterlassen wurde, deren Inhalt mitzuteilen und zu Protokoll zu nehmen.

## 2. Zur einfachgesetzlichen Behandlung des Falles in der Revisionsinstanz

Der BGH hätte im Ergebnis die Revision nicht verwerfen dürfen. Dass er dies unterlassen hat, ist kein Fehler, der seine Grundlage in der gesetzlichen Regelung der Verständigung hat, sondern resultiert aus einer Verkennung des Umfangs der gerichtlichen Aufklärungspflicht im Falle einer Verständigung, wie sie durch die gesetzlichen Regelungen des § 257c Abs. 1 S. 2 StPO im allgemeinen und des § 257c Abs. 3 S. 2 StPO im besonderen vorgegeben wird.

Indem der BGH gegen die Nennung einer Alternativstrafe keine grundsätzlichen Bedenken hat, sondern erst eine willkürlich bemessene Sanktionsschere für unzulässig erachtet, die im vorliegenden Fall nicht dargetan sei, orientiert er sich nämlich gerade nicht an der gesetzlichen Regelung des § 257 Abs. 3 S. 2 StPO, der die Nennung einer Alternativstrafe nicht vorsieht. Damit verkennt der BGH die mögliche Infizierung des Geständnisses durch das Aufzeigen einer Alternativstrafe und, korrespondierend damit, den Umfang der dem Tatgericht verbleibenden Aufklärungspflicht. Darin liegt letztlich eine Verkennung des in der Verfassung verankerten Schuldprinzips, das, soweit es die Sachverhaltsfeststellungen betrifft, vom BGH im Ergebnis auf ein Willkürverbot reduziert wird. Das wird dem Gehalt des Schuldprinzips nicht gerecht. Mithin hat der BGH gerade in Verkennung von Verfassungsrecht falsch entschieden: Ob und in welchem Umfang das Gericht verpflichtet ist, den Sachverhalt über ein Geständnis des Angeklagten hinaus aufzuklären, ist von dem jeweiligen Inhalt des Geständnisses abhängig. Je ausführlicher das Geständnis ist und je mehr die Befragung des Angeklagten eine Bestätigung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen zulässt, desto geringer ist der Bedarf nach einer weiteren Sachaufklärung. Je weniger substantiell das Geständnis und je unergiebig die Befragung des Angeklagten durch das Gericht ist, desto größer ist die gerichtliche Aufklärungspflicht. Das gilt insbesondere dann, wenn das Geständnis durch Nennung einer Alternativstrafe infiziert sein könnte, vgl. oben unter C.I.4a). So verhält es sich hier.

Zwar entspricht der Schuldspruch dem Anklagevorwurf. Er wird allerdings nur von einem inhaltsleeren Formalgeständnis getragen. Eine darüber hinausgehende Sachverhaltsaufklärung hat nicht stattgefunden. Zusätzlich ist es zu dem Geständnis erst nach Aufzeigen einer Alternativstrafe gekommen. Unter diesen Voraussetzungen kann der Schuldspruch auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten keinen Bestand haben.

Demgegenüber wird bei der Strafzumessung die schuldangemessene Strafe noch nicht unterschritten: Der Angeklagte war nicht vorbestraft, der Wert der entwendeten Zigaretten lag im Bagatellbereich, das Maß der angewendeten Gewalt war gering und unterschied sich nicht von der Gewalt, die im Rahmen einer Sicherstellung zur Anwendung gekommen wäre. Das Geschehen hatte aus der Sicht der Opfer eher betrugsmäßige Züge, weil sie nicht bemerkten, dass der Angeklagte sich die Zigaretten selbst aneignen wollte. Der Angeklagte hat durch die Verurteilung seine berufliche Stellung verloren. Dadurch wird auch der schulderhöhende Umstand kompensiert, dass die Tat in Ausübung und unter Missbrauch der beruflichen Stellung eines Polizeibeamten begangen wurde. Mithin konnte willkürfrei ein minder schwerer Fall i.S.d. § 250 Abs. 3 StGB angenommen werden.

- - -