

Entscheidungsbesprechung

Zur Verfassungsgemäßheit der Verständigung im Strafverfahren

1. Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.

2. Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung, die dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze zusagen und eine Strafuntergrenze ankündigen, tragen das Risiko in sich, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden. Gleichwohl ist es dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen. Er muss jedoch zugleich durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmechanismen hat der Gesetzgeber fortwährend zu überprüfen. Ergibt sich, dass sie unvollständig oder ungeeignet sind, hat er insoweit nachzubessern und erforderlichenfalls seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren.

3. Das Verständigungsgesetz sichert die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in ausreichender Weise. Der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung.

4. Mit den Vorschriften des Verständigungsgesetzes hat die Zulassung von Verständigungen im Strafverfahren eine abschließende Regelung erfahren. Außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende sogenannte informelle Absprachen sind unzulässig. (Amtliche Leitsätze).

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3
StPO § 257c

*BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11*¹

I. Einleitung

In der Praxis der Strafgerichte ist es – ohne gesetzliche Grundlage – spätestens in den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts einrissen, dass Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger geheime „Urteilsabsprachen“ treffen.² Gegenstand

der Absprachen war grob gesagt der Handel: verfahrensabkürzendes „Geständnis“ gegen milde Bestrafung (und günstige Nebenentscheidungen).³ Einem breiteren Publikum offengelegt wurde diese Praxis erst im Jahre 1982, und zwar von einem Autor, der es seinerzeit noch vorzog, sich hinter dem Pseudonym *Detlef Deal* (aus Mauschelhausen) zu verstecken.⁴ Der Grund für ein solches Absprechen des Urteils liegt vor allem in der „Verheißung [...], allen Beteiligten das Leben angenehmer zu machen“,⁵ nämlich Richtern und Staatsanwälten erhebliche Arbeitserleichterung zu verschaffen (abgekürzte Hauptverhandlungen, abgekürzte Urteilsgründe, kein Drohen der „Demütigung“ durch Aufhebung des Urteils bzw. keine Präsenzpflicht, keine anstrengend-zermürende Hauptverhandlung, keine Überprüfung des Urteils auf Rechtsfehler),⁶ den Verteidigern höhere Einnahmen durch die Bearbeitung von mehr Fällen in derselben Zeit zu ermöglichen,⁷ und schließlich darin, dem Angeklagten ein günstiges Ergebnis in Form einer milden Bestrafung zu verschaffen – wobei derjenige am meisten zu gewinnen hat, der am meisten Schuld auf sich geladen hat. Das BVerfG nennt als Gründe für die Absprachepaxis vor allem die Arbeitsüberlastung der Justiz: wenig Personal, die Komplexität der Lebensverhältnisse und die Regeldichte des materiellen Strafrechts.⁸

Einige der in den Hinterzimmern der Gerichte abgesprochenen Urteile wurden dann in der Folgezeit mit der Revision angegriffen und fanden so den Weg zum BGH, der in zwei Entscheidungen versuchte, der Praxis einen rechtsstaatlichen Rahmen zu geben, sie insbesondere aus dem Dunkel der Hinterzimmer in das Licht der öffentlichen Hauptverhandlung zu ziehen, und der dazu gewisse Grundsätze für Urteilsabsprachen aufstellte.⁹ Verbunden hat er dies mit dem Ruf nach dem Eingreifen des Gesetzgebers: Es bestehe „drängender Regelungs-

die Gesetzesfassung den Begriff der „Verständigung“ wohl deshalb, weil das BVerfG in seiner Entscheidung zu einem Sonderfall der Urteilsabsprache eine „Verständigung über Stand und Aussichten des Verfahrens“ (*Hervorhebung des Verf.*) für zulässig befunden hatte (vgl. BVerfG. NJW 1987, 2662 [2663]).

³ *Hettinger*, in: Jung (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 267.

⁴ *Deal* (alias *Hans-Joachim Weider*), StV 1982, 545.

⁵ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (214), spricht mit Blick auf das Justizpersonal von einem „Korruptionsphänomen“.

⁶ *Hettinger* (JZ 2011, 292 [293]) hält gegeneinander: 80-100 Urteilsseiten bei „streitigem“ Verhandeln gegenüber zwei bis vier Urteilsseiten bei abgesprochenem Urteil.

⁷ Ein „Verteidigen“ nach herkömmlicher Methode ist zudem anstrengend und setzt Sachkompetenz voraus.

⁸ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 3.

⁹ BGHSt 43, 195; (GrS) 50, 40. Zusammengefasst und wiedergegeben werden die Grundsätze der Rechtsprechung auch im hier besprochenen Urteil (BVerfG NJW 2013, 1058 [1059-1061 Rn. 53-63]); ferner etwa bei *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, S. 688 ff.; *Putzkel/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 572.

¹ NJW 2013, 1058.

² Dieser Ausdruck trifft die Sache wohl am besten (vgl. bei *Hettinger*, JZ 2011, 292 [293]). Der Gesetzgeber wählte für

bedarf“.¹⁰ Der Ruf wurde schnell erhört, im Jahre 2009 trat das Verständigungsgesetz in Kraft, dessen „Herzstück“¹¹ die Regelung des § 257c StPO ist, der gewisse Verständigungen über den „Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens“ erlaubt.¹²

Im Vorfeld des Gesetzes tobte ein wissenschaftlicher Streit zwischen Verfechtern und Gegnern der Absprachepraxis, vor allem darum, ob sich für Urteilsabsprachen überhaupt ein rechtsstaatlicher Rahmen ziehen lasse.¹³ Um die Kritiker milde zu stimmen, bemühte sich der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung darzutun, dass bei Verständigungen alles mit rechtsstaatlichen Dingen zugehen könne. Dazu legte er besonderen Wert darauf, die Vorgaben des BVerfG umzusetzen: Rechtsstaatliche Grundsätze, so sagte es das BVerfG seinerzeit in dem hier interessierenden Begründungsteil, schließen es aus, „die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Straf bemessung in einer Hauptverhandlung, die letztlich mit einem Urteil zur Schuldfrage abschließen soll, ins Belieben oder zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen. Dem Gericht und der StA ist es deshalb untersagt, sich auf einen ‚Vergleich‘ im Gewande des Urteils, auf einen ‚Handel mit der Gerechtigkeit‘ einzulassen. Der Richter darf sich also beispielsweise nicht mit einem Geständnis des Angekl. begnügen, das dieser gegen die Zusage oder das In-Aussicht-Stellen einer Strafmilderung abgelegt hat, obwohl er [der Richter, J.S.] sich beim gegebenen Verfahrensstand im Blick auf das Ziel der Wahrheitserforschung und der schuldangemessenen, gerechten Ahndung der Tat zu weiterer Beweiserhebung hätte gedrängt sehen müssen. Er muß es sich auch versagen, den Angekl. auf eine in Betracht kommende geständnisbedingte Strafmilderung hinzuweisen, mit der er den Boden schuldangemessenen Strafens verläße. Darüber hinaus ist die Freiheit der Willensentschließung und Willensbestätigung des Angekl. vor beachtenswerter Beeinträchtigung geschützt, [...]“.¹⁴

Die mit dem Verständigungsgesetz vorliegende Umsetzung des Gesetzgebers, der das Verfassungsrecht mit dem Zuschnitt der Verständigungserlaubnis in § 257c StPO beachtet zu haben meinte, ließ die Kritiker aber nicht verstummen. Eingewendet wird nach wie vor und insbesondere: Der verbotene „Handel mit der Gerechtigkeit“ finde nun einmal statt und lasse sich nicht hinwegbegründen, hinwegwünschen oder hinwegbehaupten.¹⁵ Dass die Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO) von einer Verständigung „unberührt“

bleibe, sei, da es bei der Urteilsabsprache gerade um eine Verkürzung der Beweisaufnahme gehe, nicht mehr als ein frommer Wunsch.¹⁶ Das Gericht schöpfe die eigene „Überzeugung“ von der (begrenzten) Schuld des Angeklagten nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung, wie § 261 StPO es anerkanntermaßen vorschreibe; denn die Absprache werde zumeist festgezurret in „vorbereitenden Gesprächen“ und daher ohne die Schöffen (am amtsgerichtlichen Schöffengericht in der Regel also ohne die 2/3-Drittel-Mehrheit des Gerichts!), die Hauptverhandlung sei dann nur noch „Theater“ für die Öffentlichkeit.¹⁷ Die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten werde verletzt, weil er in ein System gerate, das ihm kaum eine andere Wahl lasse als zu „kooperieren“: „Der Angeklagte“ müsse „seine Situation als ausweglos empfinden, während der Richter als Verhandlungspartner seine neutrale Stellung verliert und deshalb nach einer gescheiterten Absprache strukturell voreingenommen“ sei.¹⁸ Die Verfahrenswirklichkeit lasse nicht einmal erwarten, dass die Begrenzung des § 257c Abs. 2 S. 3 StPO (Verbot einer Verständigung über den Schuldspruch) eingehalten werde.¹⁹

Das BVerfG erkennt zwar an, dass diese Gefahren der Verständigungsregelung existieren (Leitsatz 1).²⁰ Es sieht das Verständigungsgesetz aber trotz des in der Praxis aufgedeckten erheblichen Vollzugsdefizits *derzeit* noch im Einklang mit der Verfassung (Leitsatz 3). Das Gesetz sei insbesondere abschließend, informell-heimliche Absprachen seien rechtswidrig (Leitsatz 4). Den Verfassungsbeschwerden gibt der Senat gleichwohl Erfolg, weil die Strafurteile und die Revisionsentscheidungen Grundrechte der Beschwerdeführer verletzt bzw. die Rechtsverletzung vertieft hätten (Art. 1 Abs. 1 mit Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG).

II. Die Sachverhalte

Das BVerfG hatte über drei Urteilsverfassungsbeschwerden zu entscheiden. Gemeinsam war den drei Fällen, dass die jeweils angegriffene Verurteilung und Strafverhängung auf einer Verständigung beruhte.

1. Belehrungsmangel (2 BvR 2628/10 und 2 BvR 2883/10)²¹

Die Beschwerdeführer waren wegen vieler Betrugsstraftaten zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt worden. Die Verurteilungen beruhten maßgeblich auf den (schmalen) Geständnis-

¹⁰ Fezer, NStZ 2010, 177 (182).

¹¹ Hettinger, JZ 2011, 292 (298). Dort auch mit der treffenden Beschreibung: „Die Hauptverhandlung ist [...] nicht etwa eine bloße Wiederholung dessen, was die Staatsanwaltschaft als ihre Sicht der Sache schon veraktet und angeklagt hat und worauf das Gericht seinen Eröffnungsbeschluss gestützt hat. Vielmehr wird in dieser Hauptverhandlung das im Urteil verwertbare Wissen des Gerichts *erst hergestellt*; und nur auf dieses Wissen darf das Gericht seine Überzeugung und sein Urteil stützen“ (a.a.O. 294 f., *Hervorhebungen des Verf.*).

¹² Schünemann, ZRP 2009, 104 (107).

¹³ Fischer, NStZ 2007, 435; Hettinger, JZ 2011, 292 (300).

¹⁴ Und näher BVerfG NJW 2013, 1058 (1067 Rn. 99).

¹⁵ BVerfG NJW 2013, 1058 (1059, nicht abgedruckter Originaltext in Rn. 25-28 des Urteils).

¹⁰ BGHSt (GrS) 50, 40 (57).

¹¹ Hettinger, JZ 2011, 292 (297); der Gesetzesentwurf spricht von der „zentralen Norm für die Verständigung im Strafverfahren“ (BT-Drs. 16/12310, S. 13).

¹² Zum besseren Verständnis des Urteils und dieser Besprechung sollte § 257c StPO (falls unbekannt) zunächst gelesen werden.

¹³ Vgl. dazu bei Fischer, StraFo 2009, 177; Hettinger, JZ 2011, 292; Jahn, StV 2011, 497; Meyer-Goßner, ZRP 2009, 107; Schünemann, ZRP 2009, 104.

¹⁴ BVerfG NStZ 1987, 419.

¹⁵ Hettinger, JZ 2011, 292 (301).

sen der Angeklagten sowie auf – im Selbstleseverfahren eingeführten (§ 249 Abs. 2 StPO) – polizeilichen Vernehmungsprotokollen; in einem Fall wurden noch einige Zeugen gehört und Urkunden in Augenschein genommen oder verlesen (Bf. zu I.).

Das Gericht versäumte jeweils eine Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO, also darüber, dass das Gericht gemäß § 257c Abs. 4 StPO nicht mehr an die Verständigung (und insbesondere an die genannte Strafobergrenze) gebunden ist, wenn es entweder nachträglich schulderhöhende Umstände entdeckt (und die zugesagte Strafobergrenze dann nicht mehr schuldangemessen ist) oder wenn der Angeklagte in absprachewidriger Weise weiterprozessiert (etwa einen Befangenheitsantrag doch nicht zurücknimmt). Diese Gefahren, vor denen die Belehrungen den Angeklagten warnen sollen, haben sich aber nicht realisiert; vielmehr haben sich die Gerichte an die Zusage der Strafobergrenze gehalten.

Die gegen die Verurteilungen eingelegten Revisionen, die den Verstoß gegen die Belehrungspflicht rügten, verwarf der BGH: zum einen mit der Überlegung, dass die Strafobergrenze ja von den Tatgerichten eingehalten worden sei, sodass die Urteile nicht auf dem Unterlassen der Belehrung „beruhen“ könnten (§ 337 Abs. 1 StPO), sie also *mit* der Belehrung nicht anders hätten ausfallen können;²² zum andern mit der Erwägung, die Revision lege nicht einmal eine entfernte Möglichkeit plausibel dar, dass sich der Verfahrensmangel, Nichtbelehren, auf das Prozessverhalten des Angeklagten ausgewirkt habe.

2. Aufklärungsmangel/Sanktionsschere (2 BvR 2155/11)²³

Der Beschwerdeführer zu III. wurde wegen zweifachen schweren Raubes und Sachbeschädigung zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt; die Vollstreckung wurde zur Bewährung ausgesetzt. Zum Ablauf der Verständigung heißt es beim BVerfG: „Der Vorsitzende hatte die Angeklagten nach Verlesung der Anklageschrift darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Raubtaten im Wesentlichen drei Möglichkeiten gebe. Die erste sei ein Freispruch, die zweite eine Verurteilung wegen eines oder zweier Fälle des schweren Raubes mit jeweils einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren nach streitiger Beweisaufnahme. In der zweitgenannten Konstellation – so die Urteilsgründe – ‚verspüre‘ die Kammer angesichts dessen, dass es sich um Taten handele, die die Angeklagten als Polizeibeamte im Dienst begangen hätten, ‚wenig Neigung‘ zur Annahme von minder schweren Fällen. Die dritte Möglichkeit schließlich sei hinsichtlich der Konsequenzen ein Mittelweg: Falls die Angeklagten sich zu Geständnissen, die eine Beweisaufnahme überflüssig machen, entschlossen, könne dieser Umstand bei der Gesamtabwägung, ob minder schwere Fälle vorliegen, eine entscheidende Rolle spielen und letztlich den Ausschlag zugunsten der Angeklagten geben. In diesem Fall seien Gesamtfreiheitsstrafen zu erwarten, deren Vollstreckung

²² Zum Beruhen i.S.d. § 337 Abs. 1 StPO vgl. bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 565; *Hellmann* (Fn. 9), Rn. 918 ff.

²³ BVerfG NJW 2013, 1058 (1059, nicht abgedruckter Originaltext in Rn. 29 f. des Urteils).

die Kammer zur Bewährung aussetzen könne. Während einer 85-minütigen Verhandlungspause hatten die Angeklagten Gelegenheit, über den Vorschlag des Gerichts nachzudenken und ihn mit ihren Verteidigern zu beraten. Der Vorsitzende mahnte derweil zur Eile. Nach dem Vortrag des Beschwerdeführers zu III. warnte ihn sein Verteidiger zudem vor der Möglichkeit einer ‚Saalverhaftung‘²⁴, wenn er der vorgeschlagenen Verständigung nicht nähertrete.“

Nach der Verhandlungspause verständigten sich alle Beteiligten auf den dritten vom Gericht aufgezeigten Weg: Der Angeklagte bestätigte schlicht den Anklagevorwurf – und später auf Nachfrage des Gerichts weiter, dass er seine Dienstwaffe zur Tatzeit bei sich geführt hatte. Die Feststellungen im Urteil beruhen ausschließlich auf den Erklärungen der Angeklagten und entsprechen weitgehend dem Anklagesatz.

Der BGH wies die Revision durch Beschluss ab (§ 349 Abs. 2 StPO). Ergänzend bemerkte er zur Rüge der Verletzung der §§ 136a, 257c StPO durch das Tatgericht, dass das Landgericht dem Angeklagten habe vor Augen halten dürfen, welchen Einfluss ein Geständnis auf die Annahme eines „minder schweren Falles“ (§ 250 Abs. 3 StGB) habe. Eine Drohung mit einer willkürlich bemessenen „Sanktionsschere“ liege nicht vor.

III. Die Urteilsgründe

1. Das Verständigungsgesetz: „derzeit“ verfassungsgemäß!

Die Kardinalfrage, ob das Verständigungsgesetz mit der Verfassung in Einklang steht, bejahen die Verfassungsrichter – jedenfalls „derzeit“. Was meint das?

a) Der *Senat* verwendet viel Raum auf die Darlegung, dass der Gesetzgeber das konsensuale Element des § 257c StPO so in den Strafprozess implementieren wollte, dass es nicht mit überkommenen Verfahrensgrundsätzen bricht, sondern sich diesen einpasst.²⁵ So stelle etwa die Regelung des § 257c Abs. 1 S. 2 StPO klar, dass der Auftrag zur Wahrheitssuche im Rahmen der Amtsaufklärungspflicht buchstäblich „unberührt“ bleibe, also ohne Abstriche fortgelte. Es fragt sich allerdings, wie das in der Praxis funktionieren soll. Gegenstand und Ziel der Absprachen war ja stets (auch) die Verfahrensabkürzung. Hier ist schon ein neuralgischer Punkt erreicht. Die Kritiker der Absprachenpraxis stehen auf dem Standpunkt, dass die Zulassung der Verfahrensvereinfachung nur um den Preis zu haben ist, dass die Amtsaufklärungspflicht über Bord geworfen wird. Die Fortgeltung der Amts-

²⁴ Von einer Saalverhaftung spricht man, wenn der bis zur Urteilsverkündung sich auf freiem Fuß befindende Angeklagte unmittelbar nach der Urteilsverkündung verhaftet wird, um ihn bis zur Rechtskraft des Urteils in Untersuchungshaft zu halten (Fluchtgefahr). Dass der Angeklagte nun eher als im Zeitraum der Hauptverhandlung fliehen werde, wird damit begründet, dass die Verkündung einer (mehrjährigen) Freiheitsstrafe einen starken Fluchtanreiz schaffe. Dies ist zumindest nicht in jedem Einzelfall plausibel – vor allem dann nicht, wenn die Verhängung der Freiheitsstrafe vorhersehbar war.

²⁵ Vgl. zum Folgenden BVerfG NJW 2013, 1058 (1062 ff. Rn. 65-74).

aufklärung lasse sich nur verbal aufrechterhalten. In den Worten *Stuckenberg*: „Zwar besteht zwischen Verständigung und Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit kein logischer Widerspruch, wohl aber ein teleologischer, der im Schrifttum vielfach dargetan wurde [...]. Eine Verständigung ist sinn- und zwecklos, wenn die Wahrheitssuche nicht verkürzt wird. Mit § 257c StPO stellt der Gesetzgeber ein Handlungsmuster zur Verfügung, das nur funktioniert, wenn man sich über das Gesetz, nämlich § 257 Abs. 1 S. 2 StPO, hinwegsetzt.“²⁶

Der letzte Gedanke ist wohl richtig, wenn man die Verständigungen herkömmlicher Art vor Augen hat: Ein unüberprüftes Formalgeständnis führt zur schnellen Abwicklung der Hauptverhandlung (etwa in dem vom Beschwerdeführer zu III. vorgelegten Fall). Doch genau dies erklärt das BVerfG nun für unvereinbar mit dem einfachen Gesetz und mit der Verfassung: Der Verweis des § 257c Abs. 2 S. 2 StPO schließe „jede Disposition über Gegenstand und Umfang der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens aus“.²⁷ Und später: „Aufgrund des klarstellenden Hinweises auf § 244 Abs. 2 StPO durch § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO bedurfte es auch keiner zusätzlichen ausdrücklichen Festlegung der an ein Geständnis zu stellenden ‚Qualitätsanforderungen‘. Vielmehr genügt dieser Hinweis, um einerseits zu verdeutlichen, dass auch in der Verständigungssituation ein bloßes inhaltsleeres Formalgeständnis – vor allem, wenn die Beantwortung von Fragen zum Sachverhalt verweigert wird – oder gar die nicht einmal ein Geständnis darstellende schlichte Erklärung, der Anklage nicht entgegenzutreten, allein keine taugliche Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein“ könne.²⁸ Anders gesagt: Das Geständnis vermag nur dann die Abkürzung der Beweisaufnahme zu gestatten, wenn es aus sich heraus oder im Verbund mit Beweismitteln auf seine Glaubhaftigkeit überprüft werden kann. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der Aufklärungspflicht genüge getan. Das BVerfG betont zu Recht, dass die Amtsaufklärungspflicht bei einer Verständigung nicht weiter reicht als bei „streitigem“ Prozessieren. Und dort darf die Beweisaufnahme enden, wenn sich ein Geständnis (unter Heranziehung von Beweismitteln) bei Abwesenheit von Zweifeln als glaubhaft darstellt.²⁹

²⁶ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215).

²⁷ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 68.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 70.

²⁹ Ein Einwand könnte sich aus § 257c Abs. 2 S. 2 StPO ergeben: „Bestandteil jeder Verständigung *soll* ein Geständnis sein.“ Als bloße Sollvorschrift erlaubt die Norm offenbar Verständigungen ohne Geständnis. Warum sollen dann, wenn es sogar ganz ohne Geständnis geht, besondere Anforderungen an das Geständnis gestellt werden? Diese Anforderungen werden eben nur mit Blick auf die Amtsaufklärungspflicht gestellt. Ist der Aufklärungspflicht (ohne Geständnis des Angeklagten) genüge getan, dürfen sich die Prozessbeteiligten über anderes verständigen, etwa über das Pro-

Das BVerfG ist sich bewusst, dass diese Lesart des § 257c Abs. 2 S. 2 StPO den Raum für Verständigungen, vor allem für „das Ausmaß möglicher Verfahrensabkürzungen“ spürbar einengt.³⁰ Dies sei aber die logische Konsequenz des gesetzgeberischen Ziels, konsensuale Verfahrenselemente in den herkömmlichen, der Aufklärungspflicht unterliegenden Strafprozess einzupassen.

b) Diese restriktive Auslegung läuft den Interessen der (professionellen) Prozessbeteiligten zuwider. Es stellt sich daher die Frage, ob sie ausreichende Chance auf Beachtung hat. Hier kommt nun ins Spiel, dass sich im Verfahren vor dem BVerfG die professionellen staatlichen Akteure des Strafprozesses als nicht sehr gesetzestreu erwiesen haben. Eine von *Altenhain* im Auftrag des BVerfG durchgeführte empirische Studie, für die 190 Richter und je um die 70 Staatsanwälte und Verteidiger befragt worden sind, hat ein desaströses Ausmaß der Gesetzesmissachtung aufgezeigt.³¹ Insbesondere gaben fast 60 % der befragten Richter für das Jahr 2012 an, die Hälfte ihrer Absprachen „informell“ durchgeführt zu haben. Die Offenlegungspflicht (§ 243 Abs. 4 StPO) werde als „überflüssiger Formalismus“ empfunden. Das sogenannte „Negativattest“ (§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO) werde oft nicht beachtet. Gegenstand der Verständigungen sei vielfach auch die Einstellung von Verfahren (§ 154 StPO), die nicht Gegenstand des laufenden Verfahrens seien (dies entgegen § 257c Abs. 1, 2 StPO).³² Fast 40 % der Richter gaben an, die Glaubhaftigkeit eines Geständnisses nicht immer zu überprüfen; 35 % nennen dem Angeklagten (schon mal) alternative Strafobergrenzen für Kooperation und „streitige“ Verhandlung, 16 % gehen zumeist so vor; 27 % vereinbaren (schon mal) einen Rechtsmittelverzicht (entgegen § 302 Abs. 1 S. 2 StPO), knapp 15 % tun dies immer. Die Beteiligten vereinbaren mitunter auch unbefriedigende Strafen – zu niedrige aus Sicht der Richter, zu hohe aus Sicht der Verteidiger.

Man wird *Stuckenberg* Recht geben müssen, wenn er diese Befunde als „rechtsstaatlichen Teilbankrott“ bewertet.³³ Die Studie dürfte nicht einmal die Befürchtungen der energischsten Absprachenkritiker übertroffen haben. Aber macht diese Verfahrenswirklichkeit auch schon *die Norm* des § 257c StPO verfassungswidrig? Das BVerfG verneint dies: „derzeit“! Die Verfassungsrichter sehen das Desaster nicht schon in der Struktur der Norm angelegt, sondern verweisen darauf, dass der Gesetzgeber flankierende und sichernde Normen erlassen habe, „prägende Schutzmechanismen“ der Transparenz- und

zessverhalten des Angeklagten (Rücknahme eines Befangenhitsantrags).

³⁰ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 72.

³¹ Die Ergebnisse der Studie sind genauer wiedergegeben in Rn. 49 der BVerfG-Entscheidung (der Teil ist in der NJW nicht abgedruckt).

³² Gegenstand von Verständigungen darf nur der „Fortgang und das Ergebnis *des Verfahrens*“ sein (§ 257c Abs. 1 StPO); Abs. 2 beschränkt gleichlautend auf „Maßnahmen *des zugrundeliegenden Verfahrens*“ (BVerfG, NJW 2013, 1058 [1064 Rn. 79]).

³³ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (214).

Öffentlichkeit,³⁴ der Mitwirkung der zur Objektivität verpflichteten Staatsanwaltschaft³⁵ sowie der Kontrolle durch das Rechtsmittelgericht.³⁶ Damit ergebe sich nicht schon aus dem Normprogramm die Tendenz zur Gesetzesmissachtung. Stimmt das?

Die Kritiker der Verständigungsregelung behaupten das Gegenteil: Die Norm sei das Übel, nur ein Totalverbot helfe: „Das Verständigungsgesetz enthält nicht nur den psychologischen Fehler, die Normadressaten in große Versuchung zu führen, indem es eine Handlungsalternative eröffnet, die bei Einhaltung der gesetzlichen Bedingungen unattraktiv, bei illegaler Abwandlung aber höchst attraktiv ist, sondern verleitet fast zwangsläufig zum Normbruch, weil der Daseinszweck der Absprache in der Beschränkung der Wahrheitserforschung liegt.“³⁷ Der Bundrichter *Thomas Fischer* meint sogar: „Die Verfahrens-Wirklichkeit kann von den Postulaten des § 257c Abs. 2 und Abs. 4 StPO nicht gesteuert werden.“³⁸

Wie bedenklich die Regelung in der Tat ist, wird m.E. am besten sichtbar, wenn man die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO betrachtet. Den Ausführungen des Verfassungsgerichts lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber diese Belehrungspflicht nicht aus dem Gesetz streichen dürfte. Denn die Verfassungsrichter sehen eine Verletzung der grundrechtlich geschützten Autonomie darin, dass die Belehrung unterblieben ist (und wie wir noch sehen werden: mit der fast zwingenden Folge einer erfolgreichen Revisionsrüge);³⁹ das ist nur plausibel, wenn die Belehrungspflicht unverzichtbar ist, denn wenn sie sogar fehlen dürfte, könnte die Pflichtverletzung verfassungsrechtlich nicht nahezu zwingend einen durchschlagenden Revisionsgrund ergeben! Warum aber, so muss man fragen, reicht es denn nicht zur Absicherung der Autonomie des Angeklagten, wenn der – wie in fast allen Fällen der Verständigung – von einem Verteidiger beraten wird? Wegen Zweifeln an dessen Kompetenz? Nein, sonst dürfte das Verfassungsgericht auch nicht akzeptieren, dass der Verteidiger zuständig gemacht wird für die Erhebung eines Widerspruchs bei einem Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot;⁴⁰ zumal nach Ansicht des BVerfG das Recht der Beweisverwertungsverbote kaum noch zu überschauen ist.⁴¹

³⁴ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 80-90.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 91-93.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 94-99.

³⁷ Zuletzt *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (218).

³⁸ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 46 Rn. 120.

³⁹ BVerfG NJW 2013, 1058 (1067 Rn. 99).

⁴⁰ Verstöße gegen ein Beweiserhebungsverbot führen beim verteidigten Angeklagten (nach Sicht der Rechtsprechung) nur dann zu einem Verwertungsverbot, wenn der Verteidiger der Verwertung des rechtswidrig erhobenen Beweises widerspricht (näher und ablehnend *Putzke/Scheinfeld* [Fn. 8], Rn. 391 ff.).

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 3.

Insoweit wird also verfassungsrechtlich auf die fachliche Kompetenz des Verteidigers vertraut. Der Regelungsgehalt des § 257c Abs. 4, 5 StPO ist wesentlich leichter zu begreifen und dem Angeklagten zu vermitteln, rechtfertigt daher erst recht keine Zweifel an der Eignung des Verteidigers.

Der Grund für die Unverzichtbarkeit der Belehrungspflicht ist vielmehr in § 257c StPO selbst angelegt, in seiner Gefährdung der Autonomie des Angeklagten: Die Interessen der professionellen Akteure (Gericht, Staatsanwalt, Verteidiger) können zu einem Schulterchluss *gegen den Angeklagten* führen. So lag es vielleicht im Fall des Beschwerdeführers zu III., wo der Verteidiger bei Abwägung des gerichtlichen Angebots seinen Mandanten motivierend auf die Möglichkeit der „Saalverhaftung“ hinwies. Klarer gesagt: § 257c StPO schafft eine Lage, in der sich der Angeklagte nicht mehr sicher sein kann, ob der Verteidiger mit seiner Beratung und speziell dem Rat zur Urteilsabsprache tatsächlich seine, des Angeklagten Interessen vertritt!⁴² *Deshalb* muss zwingend das Gericht den Angeklagten im Sinne des § 257c Abs. 5 StPO belehren.

Diese Regelung bietet zusammen mit den anderen Mechanismen indes nur dann eine gewisse Absicherung, wenn zu erwarten ist, dass sich fast alle Richter (und Staatsanwälte) an sie binden lassen, sie also befolgen. Die angesprochene empirische Studie scheint diese Erwartung ad absurdum zu führen. Bloße Appelle an die Gesetzestreue reichen vermutlich nicht. Doch teile ich die Einschätzung der Verfassungsrichter, dass sich die Dinge in der Zukunft zum Besseren wenden werden. Das BVerfG hat nun unmissverständlich klargemacht, wie die Regelung in der Praxis umzusetzen ist – ohne Abstriche an den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die vielfache Betonung, dass die Norm nur „derzeit“ verfassungsgemäß sei, sollte die staatlichen Akteure aufwecken. Lange wird die Norm, wenn alles beim Alten bleibt, vor dem BVerfG keinen Bestand haben. Die staatlichen Stellen sollten daher verlässliche Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung des Gesetzes zu gewährleisten. Solche Maßnahmen gibt es:

Als erste und für sich beinahe schon ausreichende Maßnahme könnte es eine Weisung der Justizminister geben, dass sich die Staatsanwälte an rechtswidrigen Absprachen nicht mehr beteiligen sollen, andernfalls sie disziplinarisch zur Rechenschaft gezogen werden müssen.⁴³ Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes hatte *Meyer-Gößner* bereits einen ganz ähnlichen Vorschlag gemacht: „Wenn ein Generalstaatsanwalt einmal einen Staatsanwalt disziplinarisch zur Ordnung rufen würde, weil er sich an heimlichen Absprachen beteiligt hat, würden sich die Staatsanwälte in Zukunft hüten, weiter bei einer solchen Verfahrensweise mitzumachen. [...] Es ist nicht bekannt, dass ein Generalstaatsanwalt oder eine Generalstaatsanwältin eine Verfügung erlassen hat, wonach Staatsanwälte sich der Teilnahme an heimlichen – d.h. nicht protokollierten Absprachen – zu enthalten haben; gäbe es eine sol-

⁴² BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 63.

⁴³ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 93.

che Verfügung, so wäre sogleich die Durchsetzung der von der Rechtsprechung aufgestellten Regeln gesichert.⁴⁴

Der österreichische OGH, der informelle Absprachen zur Gänze als illegitim einstufte, verwies ebenfalls auf eine mögliche disziplinarische und strafrechtliche Verfolgung der Beteiligten.⁴⁵ Das Risiko der Strafverfolgung ist für bundesdeutsche Richter schon jetzt gestiegen. Das BVerfG verweist für das Fehlen des sogenannten „Negativattests“ im Sinne des § 273 Abs. 1a S. 3 StPO auf eine mögliche Bestrafung aus § 348 StGB wegen mittelbarer Falschbeurkundung.⁴⁶ Und unausgesprochen steht für einige Verstöße gegen das Verständigungsgesetz die Rechtsbeugung deutlich im Raum (§ 339 StGB). Die gesamte Entscheidung des BVerfG drückt aus, wie wichtig und fundamental die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben des Verständigungsgesetzes für ein rechtsstaatliches, faires Strafverfahren ist. Unwillkürlich drängt sich die Subsumtion auf: Wer als Richter dagegen verstößt, begeht einen „elementaren Rechtsbruch“, beugt also das Recht, selbst nach der dunkel-restriktiven Lesart der Rechtsprechung.⁴⁷ (Für welche Verstöße diese schwere Rechtsfolge tatsächlich angemessen wäre, muss in einem gesonderten Beitrag geklärt werden.) Nachdenken ließe sich auch über eine auf den „Deal“ zugeschnittene Strafnorm. Dass sie „vermutlich ineffektiv“ bliebe,⁴⁸ ist m.E. nicht zu erwarten; machte sich der Richter doch bei klarem Gang in die Strafbarkeit „erpressbar“ und riskierte Amt und Pension – ein erhebliches und angemessenes Gegengewicht zur Dealneigung wäre damit allemal geschaffen.

Nicht zuletzt sollte der Staat natürlich auch personell aufrüsten, um die Arbeitsüberlastung der Richter und Staatsanwälte abzubauen und ihnen eine *lege artis*-Prozessführung zu ermöglichen.

2. Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO (Bf. zu I. und II.)

Für die Fälle unterlassener Belehrung im Sinne des § 257c Abs. 5 StPO rügten die Beschwerdeführer, dass die Möglichkeit der Verständigung mittelbar Druck auf den Angeklagten ausübe, ein Geständnis abzulegen, die mögliche „Zusicherung“ einer Strafobergrenze bringe ihm Sicherheit und verlocke ihn zur Aussage. Deshalb behalte die Belehrung ihren Sinn nicht nur für die Fälle, in denen sich das Gericht später von der Zusage der Strafobergrenze löst: „Eine freiverantwortliche,

auf autonomer Einschätzung des damit verbundenen Risikos beruhende Entscheidung über die Abgabe eines Geständnisses setze voraus, dass der Angeklagte wisse, dass sich das Gericht über § 257c IV StPO wieder von der Verständigung lösen könne“⁴⁹. Das BVerfG gibt dem in der Sache Recht.⁵⁰

Der Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO habe der Gesetzgeber eine besondere, autonomiesichernde Funktion zugedacht: „Mit dem Ziel, dem Angeklagten überhaupt eine autonome Entscheidung über das für ihn mit einer Mitwirkung an einer Verständigung verbundene Risiko zu ermöglichen, sieht schließlich § 257c Abs. 5 StPO vor, dass der Angeklagte vor der Verständigung über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis zu belehren ist. Hiermit wollte der Gesetzgeber die Fairness des Verständigungsverfahrens sichern und – wie sein Hinweis auf das Ziel der Ermöglichung einer autonomen Einschätzung (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BTDrucks 16/12310, S. 15) bestätigt – zugleich die *Autonomie* des Angeklagten *im weiten Umfang schützen*.“⁵¹

Dass die Tatgerichte die abgesprochenen Geständnisse der unbelehrten Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt haben, sie also die Angeklagten ohne umfassende, autonomiesichernde Belehrung haben reden lassen, ist zunächst ein Verstoß gegen ein *Beweiserhebungsverbot* (§ 257c Abs. 5 StPO). Fraglich ist nun, ob aus diesem Verstoß gegen das *Beweiserhebungsverbot* auch ein *Beweisverwertungsverbot* folgt. Das zu entscheiden ist normalerweise – weil Auslegung des einfachen Prozessrechts – Sache der Instanzgerichte. Die Verfassungsrichter schreiben aber den Revisionsgerichten vor, einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO als „quasi-absoluten Revisionsgrund“⁵² zu behandeln: „Ein Verstoß gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten führt deshalb grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit einer gleichwohl getroffenen Verständigung. Hält sich das Gericht an eine solche gesetzwidrige Verständigung, wird ein Beruhen des Urteils auf diesem Gesetzesverstoß regelmäßig schon deshalb nicht auszuschließen sein, weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist. Diese Auslegung entspricht der Funktion dieser Vorschriften im Konzept des Verständigungsgesetzes“.⁵³ Ein Beruhen könne nur ausgeschlossen werden, wenn ausnahmsweise zweifelsfrei feststehe, dass das Geständnis auch bei korrekter Belehrung abgegeben worden wäre.⁵⁴

Soll das BVerfG berechtigt sein, für das *Beweisverwertungsverbot* eine bestimmte Sicht vorzuschreiben, müssten sich verfassungsrechtliche Gründe anführen lassen. Diese Gründe

⁴⁴ Meyer-Goßner, NStZ 2007, 425 (432). Wiewohl es schon das Ausmaß des rechtsstaatlichen Desasters bestätigt, eine solche Weisung überhaupt verlangen zu müssen, die ja *den Staatsanwälten* nichts anderes sagt als: „Haltet Euch ans Gesetz!“ Dass solche Weisungen bislang (in Kenntnis des Missstandes) unterblieben sind, macht die Sache nicht besser.

⁴⁵ OGH ÖJZ 2005, 275 (276).

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 78. Vgl. ablehnend Stuckenberg, ZIS 2013, 212 (218 m.w.N. in Fn. 13, auch zur Gegenansicht).

⁴⁷ Vgl. zur engen Lesart der Rechtsprechung jüngst C. Putzke, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, 2012, S. 102 ff., 118 ff.; krit. auch Fischer (Fn. 38), § 339 Rn. 15 m.w.N.

⁴⁸ Stuckenberg, ZIS 2013, 212 (218).

⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 32.

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 99.

⁵¹ *Hervorhebungen durch den Verf.*

⁵² So Stuckenberg, ZIS 2012, 212 (215).

⁵³ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 97.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 98.

nennt das BVerfG an anderer Stelle: Weil die Verständigungspraxis die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Strafprozesses gefährde, hier die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten, dürfe der Gesetzgeber nur und soweit erlauben, wie er hinreichende Schutzmaßnahmen zur Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Anforderungen vorsehe.⁵⁵ Zu diesen Schutzmaßnahmen zählt das BVerfG nun offensichtlich eine bestimmte Anwendung der Beruhensfrage (§ 337 Abs. 1 StPO), dass also bei einem Verstoß gegen § 257c Abs. 5 StPO in der Regel ein Revisionsgrund anzunehmen ist. Das leuchtet ein, weil nach der Rechtsanwendung des Bundesgerichtshofs der § 257c Abs. 5 StPO seine autonomiesichernde Wirkung kaum entfalten kann – die Tatgerichte hätten bei Unterlassen der Belehrung keine negativen Folgen für ihr Urteil zu befürchten.

3. Verstoß gegen den Schuldgrundsatz und die Selbstbelastungsfreiheit (Bf. zu III)

a) Zu dem Fall des wegen schweren Raubes verurteilten Polizisten führen die Verfassungsrichter in begrüßenswerter Klarheit das Folgende aus: „Das Urteil des Landgerichts Berlin verstößt schon deshalb gegen den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz und die darin verankerte Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit, weil das Landgericht ein unter weitgehender Weigerung, Fragen zu beantworten, abgegebenes inhaltsleeres Formalgeständnis als Grundlage einer Verurteilung akzeptiert hat, ohne es [...] in der Hauptverhandlung zu überprüfen. Ein Geständnis, das sich in einer Bezugnahme auf die Anklage erschöpft, ist als Grundlage einer Verständigung bereits deshalb ungeeignet, weil es keine Grundlage für eine Überprüfung seiner Glaubhaftigkeit (§ 257c Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO) bietet. Darüber hinaus beruht das angegriffene Urteil auf einer Verständigung, die infolge der Kopplung eines Geständnisses ‚im Sinne der Anklage‘ an den Verzicht auf die Stellung von Beweisanträgen ‚zur Schuldfrage‘ unzulässig über den Schuldspruch disponiert und zudem eine Strafrahmenschiebung zum Gegenstand hat. Deshalb stellt sich das Urteil als ein vom Grundgesetz untersagter ‚Handel mit der Gerechtigkeit‘ dar.“⁵⁶ Dem ist kaum etwas hinzuzufügen.

Näherer Begründung bedarf allein, dass das BVerfG in Strafrahmenschiebungen (für besonders schwere und minder schwere Fälle) keinen zulässigen „Gegenstand einer Verständigung“ erblickt.⁵⁷ § 257c Abs. 2 S. 1 StPO erlaubt Verständigungen über „Rechtsfolgen“, die Inhalt des Urteils sein können. Der intuitiven Bejahung, dass die Anwendung eines Sonderstrafrahmens eine „Rechtsfolge“ ist, setzt der *Senat* eine systematisch-teleologische Reduktion dieses Begriffs entgegen. Wegen der Tatbestandsähnlichkeit von Regelbeispielen besonders schwerer Fälle und weil ein milderer Sonderstrafrahmen (genau wie ein Privilegierungstatbestand) Ausdruck

des spezifischen Unwerts- und Schuldgehalts sei, habe der Gesetzgeber die Strafrahmenschiebungen wohl in § 257c Abs. 2 S. 1 StPO nicht mitgemeint. Das ist nicht ganz zweifelsfrei, bei Betrachtung des Gesamtkonzepts am Ende aber wohl richtig. Beachtlich ist insoweit, dass § 257c Abs. 2 S. 3 StPO eine Verständigung über den Schuldspruch verbietet, also auch über die Anwendung von Qualifikations- und Privilegierungstatbeständen. Nun hängt es aber vielfach vom Zufall ab, ob der Gesetzgeber einen den Schuldspruch betreffenden Qualifikationstatbestand wählt oder ob er eine nicht den Schuldspruch betreffende Strafrahmenschiebung vorsieht. Zudem lässt sich wohl nicht wirklich begründen, warum etwa der Qualifikationstatbestand des § 244 StGB im Urteilstenor und Schuldspruch stehen muss, nicht aber ein tatbestandsähnliches Regelbeispiel des § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB; änderte man diese Rechtsanwendung (was gut vertretbar ist), wären besonders schwere Fälle ohnehin Teil des Schuldspruchs und schon gemäß § 257c Abs. 2 S. 3 StPO von Verständigungen ausgeschlossen. Von solchen Zufälligkeiten des materiellen Rechts bzw. des Urteilstenors sollte man die Zulässigkeit von Verständigungen nicht abhängig machen.

b) Ferner sehen die Verfassungsrichter die Selbstbelastungsfreiheit des Beschwerdeführers zu III. in verfassungsrechtlich relevanter Weise beeinträchtigt durch das Aufzeigen einer Sanktionsschere.⁵⁸ Dem wird man, ohne dass das Erreichen einer verbotenen Sanktionspanne ausrechenbar wäre, jedenfalls mit Blick auf die hier „angebotenen“ Extreme zustimmen können: einerseits eine *Mindeststrafe* von drei Jahren (dann zwingend ohne Bewährung), andererseits die Annahme eines minder schweren Falles mit einer Strafaussetzung zur Bewährung. Bedenklich ist noch nicht allein, dass die Strafaussetzung zum Gegenstand einer Absprache gemacht worden ist; dies wird man vielmehr im Umkehrschluss aus § 257c Abs. 3 S. 3 StPO für zulässig erachten dürfen.⁵⁹ Aber bei dermaßen abweichenden Rechtsfolgen – wer sollte da noch das Risiko einer streitigen Verhandlung eingehen wollen!

IV. Resümee und Ausblick

Die Entscheidung des BVerfG wird nicht jeden zufriedenstellen. Insbesondere nach dem bestürzenden Ergebnis der von *Altenhain* im Auftrag des Gerichts durchgeführten empirischen Studie hatte so mancher Absprachenkritiker vielleicht doch gehofft, das Verständigungsgesetz werde für mit der Verfassung unvereinbar erklärt. Es ist aber zu begrüßen, dass die Entscheidung, die vieles klarstellt und den staatlichen Akteuren (ausdrücklich und durch die Blume) strafrechtliche Sanktionen androht, dem Gesetz und dem Justizpersonal noch eine Bewährungszeit einräumt. Insbesondere die möglichen flankierend-sichernden Maßnahmen der Ministerien, Generalstaatsanwaltschaften und des Gesetzgebers versprechen Abhilfe.

Auf dem Felde der *Rechtsauslegung* ist es obendrein richtig, einen Verständigungsfall wegen der Schwierigkeit der Rechtslage zu einem Fall der notwendigen Verteidigung zu erklären (§ 140 Abs. 2 StPO): „Ob der Angeklagte sich auf

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 107.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 129.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 74.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 130.

⁵⁹ *Putzke/Scheinfeld* (Fn. 9), Rn. 574.

eine Verständigung einlässt, kann er ohne Verteidiger idR nicht selbstbestimmt entscheiden. Deshalb muss das Gericht einen Verteidiger bestellen, wenn es vorhat, mit dem Angeklagten eine Verständigung zu erörtern. Dem steht nicht entgegen, dass das Verständigungsgesetz keine Mitwirkung eines Verteidigers vorschreibt; denn der Gesetzgeber hat die – in solchen Fällen bestehende – Schwierigkeit der Rechtslage nicht hinwegbestimmt, was im Verhältnis zu den anerkannten Fällen des § 140 II 1 auch willkürlich gewesen wäre (Art. 3 I GG).⁶⁰

Der Gesetzgeber sollte dann aber gewährleisten, dass der so bewirkte Schutz des Angeklagten nicht sofort wieder unterlaufen wird, indem das Tatgericht seine Macht missbraucht. So ist es derzeit immer noch möglich, dass das Gericht sich „seinen“ Pflichtverteidiger selbst aussucht (§ 141 Abs. 4 SPO). Nicht jeder Vorsitzende hat die Größe, auch unbequeme Verteidiger zu bestellen. Gerade wenn der Vorsitzende meint, die Sache eigne sich für eine Verständigung, kann er einen Pflichtverteidiger wählen, auf den in dieser Hinsicht „Verlass ist“. Ist der Verteidiger wirtschaftlich auf Pflichtmandate angewiesen, kann es ihn motivieren, sich an die Vorschläge des Vorsitzenden zu halten und den Mandanten entsprechend zu beraten. Wenn schon ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO verfassungsrechtlich nicht tolerabel ist, dann doch wohl erst recht nicht die Macht des Vorsitzenden bei der Pflichtverteidigerbestellung.

Trotz aller bestehenden und möglichen Sicherungsmechanismen verbleiben der Verständigungsregelung blinde Flecken. Dies betrifft schon das Eröffnungsmerkmal des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO, wann sich ein Fall für eine Verständigung „eignet“. Und warum überhaupt steht die Erörterung einer Verständigung nur im Ermessen des Gerichts („kann“)?⁶¹ Aber von diesen Betrachtungen wollen wir die Hoffnung, welche die verfassungsgerichtliche Entscheidung spendet, einstweilen nicht trüben lassen.

Privatdozent Dr. Jörg Scheinfeld, Mainz

⁶⁰ Putzke/Scheinfeld (Fn. 9), Rn. 324a.

⁶¹ Zu beidem krit. Hettinger, JZ 2011, 292 (298 f.).