

Entscheidungsanmerkung

Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei informeller Absprache – Gebot der „Ausschöpfung des Beweismaterials“ beim geständigen Angeklagten

1. Wenn Verteidigung und Staatsanwaltschaft in Gegenwart der für die Entscheidung zuständigen Richter Anträge zur Strafart und Strafhöhe nach Teileinstellung des Verfahrens und Ablegung eines Geständnisses erörtern, im Anschluss daran das Gericht nach dem Vortrag eines Formalgeständnisses auf eine – an sich vorgesehene – Beweisaufnahme verzichtet, den übereinstimmenden Anträgen folgt und der Angeklagte Rechtsmittelverzicht erklärt, ist in der Regel von einer konkludent geschlossenen Urteilsabsprache auszugehen, die dem Zweck dient, die Anforderungen und Rechtswirkungen einer Verständigung rechtswidrig zu umgehen. Bloßes Schweigen der Richter bei einem Verständigungsgespräch oder die Erklärung, das Gericht trete den Vorschlägen nicht bei, stehen dem nicht entgegen.

2. Ein Rechtsmittelverzicht ist unwirksam, wenn dem Urteil eine informelle Verständigung vorausgegangen ist. (Amtliche Leitsätze)

StPO § 302 Abs. 1 S. 2

BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13 (LG Marburg)¹

I. Einführung

Seit wann es informelle Absprachen über den Ausgang von Strafverfahren gibt, ist nicht bekannt. Dass sie kein neues Phänomen sind, belegt ein vom Strafverteidiger *Hans-Joachim Weider* 1982 unter dem Pseudonym *Detlef Deal* in der seinerzeit noch jungen Zeitschrift „Strafverteidiger“ veröffentlichter Praxisbericht. Das Anliegen des Beitrags mit dem Titel „Der strafprozessuale Vergleich“ bestand darin, die beim Zustandekommen informeller Absprachen faktisch geltenden Regeln darzustellen. Sie müsse jeder Strafverteidiger kennen, um für seinen Mandanten „auch auf ungewöhnlichem Weg günstige Ergebnisse zu erzielen.“² In den Jahren 1986 und 1987 wurde das Phänomen der Absprachen dann zum Gegenstand einer von *Schünemann* durchgeführten Repräsentativumfrage gemacht.³ Damit standen erstmals wissenschaftliche Erkenntnisse zur Verfügung, die eine fundierte

fachliche Diskussion der informellen Absprachepraxis, u.a. auch auf dem Deutschen Juristentag 1990, ermöglichten.

1. Entwicklung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof hat sich erst 15 Jahre später grundlegend zum Problem der Absprachen geäußert. In seiner Entscheidung vom 28.8.1997 erklärte dessen 4. Strafsenat Verständigungen – nach wohl herrschender Meinung in der Literatur: *contra legem*⁴ – „nicht generell für unzulässig“, benannte aber erstmals Kautelen für die bis dahin rechtlich unregelte – und teilweise auch skandalöse⁵ – Praxis.⁶ Dadurch sollte die Einhaltung elementarer Verfahrensgrundsätze, wie etwa des Amtsaufklärungs-, des Öffentlichkeits- und des Schuldgrundsatzes, auch im Fall einer Verständigung sichergestellt werden.

2005 war sodann der *Große Senat* für Strafsachen mit der Problematik der Urteilsabsprachen befasst. Er folgte im Grundsätzlichen der vom 4. Senat vorgezeichneten Linie, sah sich aber zugleich dazu veranlasst, die von diesem benannten „Grenzen hervorzuheben und zu präzisieren“.⁷ Im Zentrum der Entscheidung stand die Frage, unter welchen Voraussetzungen der einem verständigungs-basierten Urteil nachfolgende Rechtsmittelverzicht als wirksam angesehen werden könne. Praktisch war ein solcher Verzicht in aller Regel notwendiger Bestandteil einer Verständigung. Da die Gerichte meist eine beschleunigte Durchführung des Verfahrens bezweckten, versuchte man auf diesem Weg sicherzustellen, dass die erhoffte Entlastung nicht durch eine spätere Anfechtung des Rechtsmittels wieder verloren ging. Zugleich war diese Praxis in besonderem Maße problematisch, weil die auf Absprachen beruhenden Urteile dadurch der revisionsgerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen waren.

Der *Große Senat* hielt den Ausschluss des Rechtsmittels aufgrund eines vom Angeklagten erklärten Verzichts deshalb nur dann für vertretbar, wenn dieser zuvor „qualifiziert“ nicht nur über die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel (heute § 35a S. 1 StPO), sondern auch darüber belehrt worden war, „daß er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen.“⁸ Damit sollte der Angeklagte erkennbar vor der naheliegenden Fehlvorstellung geschützt werden, wegen der Absprache nicht zur Anfechtung des Rechtsmittels befugt zu sein. Den Tatgerichten schrieb der Bundesgerichtshof zugleich ins Stammbuch, sie dürften „im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Erörterung eines

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=368a33b905157e47fb803f739823e6b8&nr=66331&pos=0&anz=1>.

Sie ist darüber hinaus u.a. veröffentlicht in BGHSt 59, 21.

² *Weider* alias *Deal*, StV 1982, 545.

³ Dazu *Schünemann*, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B, in: Verhandlungen des 58. DJT, 1990, S. 17 ff.; *ders.*, in: Zöllner u.a. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1107 (1117 ff.) m.w.N.

⁴ Vgl. *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 1 m.w.N.; mit besonders scharfzüngiger Kritik *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 17 Rn. 7.

⁵ Beispiele bei *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 1.

⁶ BGHSt 43, 195.

⁷ BGHSt 50, 40 (48).

⁸ BGHSt 50, 40.

Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auf einen solchen auch nicht hinwirken“.⁹

2. Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren

Vier Jahre später schuf der Gesetzgeber einen bis heute geltenden gesetzlichen Rahmen für entsprechende Vereinbarungen der Verfahrensbeteiligten, der sich ganz überwiegend an den zuvor in der Rechtsprechung anerkannten Vorgaben orientiert. Danach ist eine Verständigung nur unter Wahrung der gerichtlichen Amtsaufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO möglich (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO), weshalb sich das Gericht folgerichtig auch nicht über den Schuldspruch mit den Verfahrensbeteiligten einigen darf (§ 257c Abs. 2 S. 3 StPO). Soweit es dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Ober- und Untergrenze der Strafe zusagt, ist es an die allgemeinen Strafzumessungserwägungen gebunden (§ 257c Abs. 3 S. 2 StPO), was allerdings nach der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Auffassung der Rechtsprechung eine strafmildernde Berücksichtigung auch des abgesprochenen Geständnisses nicht ausschließt.¹⁰

Kommt die Verständigung zustande, bleibt das Gericht an seine Zusage grundsätzlich gebunden. Etwas anderes gilt aber für den Fall, dass rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen wurden oder sich nach der Verständigung neu ergeben haben, die das Gericht zu der Überzeugung gelangen lassen, der in Aussicht gestellte Strafrahmen sei nicht mehr tat- oder schuldangemessen (§ 257c Abs. 4 S. 1 StPO). Die Bindung entfällt darüber hinaus, wenn das Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist (§ 257c Abs. 4 und 2 StPO). Darüber ist der Angeklagte vor der Verständigung ebenso zu belehren (§ 257c Abs. 5 StPO) wie über die dann rechtlich zwingende, die Auflösung der Vereinbarung aus seiner Sicht aber in keiner Weise kompensierende¹¹ Unverwertbarkeit seines Geständnisses (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO).

Die Verständigung kann verbindlich nur in der Hauptverhandlung geschlossen werden. Ablauf, wesentlicher Inhalt und Ergebnis müssen protokolliert werden (§ 273 Abs. 1a S. 1 StPO). Mit den Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung geführte Vorgespräche sind zu dokumentieren (§§ 202a, 212 StPO) und zur Herstellung der gebotenen Transparenz ihrem wesentlichen Inhalt nach in der Hauptverhandlung mitzuteilen (§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO).

Bei der Frage des Rechtsmittelverzichts ist der Gesetzgeber schließlich insoweit über die Vorgaben des Bundesgerichtshofs hinausgegangen, als er einen solchen in § 302 Abs. 1 S. 2 StPO generell ausgeschlossen hat, soweit dem Urteil eine Absprache vorausgegangen ist. Dadurch soll eine möglichst umfassende revisionsgerichtliche Überprüfung der

tatgerichtlichen Absprachepraxis ermöglicht werden, um etwaigen Überschreitungen des rechtlich zulässigen Rahmens Einhalt gebieten zu können. Dass dies nötig ist, beweist der Umstand, dass sich zwar die gesetzlichen Grundlagen seit der verteidigungsorientierten Handreichung von *Weider* im Jahr 1982 erheblich verändert haben, das Phänomen der informellen Absprache im Sinne eines Vergleichs jenseits der gesetzlichen Regelung aber, wie die vom Bundesverfassungsgericht in Auftrag gegebene Studie *Altenhains*¹² eindrucksvoll belegt, weiterhin virulent geblieben ist.

Dieser Umstand hat das Bundesverfassungsgericht in seiner 2013 verkündeten Entscheidung zum Verständigungsgesetz zu einer bemerkenswerten Differenzierung veranlasst: Das Verständigungsgesetz sei mit der Verfassung vereinbar, weil es hinreichende Sicherungen für die durch Absprachen strukturell gefährdeten verfassungsrechtlichen Vorgaben – namentlich: Schuldgrundsatz, Pflicht zur Wahrheitserforschung, Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, Unschuldsvermutung und gerichtliche Neutralitätspflicht – vorsehe. Auch der „in erheblichem Maße defizitäre Vollzug“ dieser Vorgaben führe „derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung“.¹³ Die gesetzliche Regelung könne aber verfassungswidrig werden, denn: Der Gesetzgeber müsse die Entwicklung angesichts des weiterhin um sich greifenden Phänomens informeller Absprachen im Auge behalten und ggf. nachsteuern, falls sich „die gerichtliche Praxis weiterhin in einem erheblichen Maße über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzen“ sollte.¹⁴

Ob Besserung in Sicht ist, dürfte vor allem davon abhängen, ob es dem Bundesgerichtshof als maßgeblicher Revisionsinstanz gelingt, die Einhaltung der gesetzlichen Grenzen einer nach geltendem Recht zulässigen Verständigung wirksam durchzusetzen. Die vorliegende Entscheidung ist ein Beleg dafür, dass er jedenfalls nicht davor zurückschreckt, verständigungsbasierte Urteile bei einem Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben aufzuheben. Ihr liegt nach dem Protokoll der Hauptverhandlung folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

II. Geschehen in der Hauptverhandlung

Der Angeklagte lehnte es zunächst ab, sich zur Sache einzulassen. Die Verhandlung wurde daraufhin für eineinhalb Stunden unterbrochen. Danach teilte der Vorsitzende ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls gem. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO mit, dass „Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gem. § 257c StPO gewesen ist, stattgefunden haben, aber ohne konkretes Ergebnis geblieben sind.“¹⁵ In der Folge erklärte die Staatsanwaltschaft, dass „ein weiteres Verfahren [...] gemäß § 154 Abs. 1 StPO eingestellt werde.“¹⁶

⁹ BGHSt 50, 40.

¹⁰ Vgl. dazu BGHSt 43, 195 (209).

¹¹ *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 44 Rn. 61, weisen mit Recht darauf hin, dass sich das weiterhin zuständige Gericht kaum von dem Eindruck des Geständnisses wird freimachen können und deshalb die verbleibenden Beweise zwangsläufig voreingenommen würdigt.

¹² Dokumentation bei *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013.

¹³ BVerfG NStZ 2013, 295 (Leitsätze 1-3).

¹⁴ BVerfG NStZ 2013, 295 (299 Rn. 21).

¹⁵ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 4 = BGHSt 59, 21 (22).

¹⁶ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 5 = BGHSt 59, 21 (23 f.).

Das weitere Geschehen wird in der Entscheidung des 2. Strafsenats wie folgt wiedergegeben:

„Im Anschluss [...] gab der Wahlverteidiger des Angeklagten für diesen eine Erklärung ab, worauf der Angeklagte erklärte: ‚Die gemachten Angaben meines Verteidigers treffen zu‘. Danach wurden ‚die persönlichen Verhältnisse‘ mit dem Angeklagten erörtert, und anhand des Auszugs aus dem Bundeszentralregister wurde festgestellt, dass er nicht vorbestraft sei. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft beantragte hinsichtlich der Fälle 1 bis 12 und 49 bis 55 der Anklageschrift die Einstellung des Verfahrens gemäß § 154 Abs. 2 StPO. ‚Nach Beratung am Richtertisch‘ beschloss die Strafkammer dies. Der Vorsitzende erklärte anschließend, dass eine ‚qualifizierte Absprache gem. § 257c StPO‘ nicht stattgefunden habe. Hierauf wurde die Beweisaufnahme geschlossen. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft und der Wahlverteidiger beantragten übereinstimmend die Verurteilung des Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren bei Strafaussetzung zur Bewährung und zu einer Gesamtgeldstrafe von 360 Tagessätzen zu 30 Euro. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung und einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 30 Euro. Nach der allgemeinen Rechtsmittelbelehrung erklärten die Verteidiger mit Zustimmung des Angeklagten sowie die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft jeweils Rechtsmittelverzicht.“¹⁷

III. Rechtliche Probleme und Lösung des 2. Strafsenats

Gegen dieses Urteil ließ der Angeklagte durch einen in der Tatsacheninstanz noch nicht mit der Sache befassten Verteidiger Revision einlegen, die ausschließlich mit der allgemeinen Sachrüge, d.h. mit der Verletzung materiellen Rechts begründet wurde.¹⁸ Dabei machte er geltend, das Urteil beruhe auf einer informellen Verständigung, der er trotz Bedenken zugestimmt habe, da er von seinen ‚beiden Verteidigern ‚relativ harsch‘ darauf hingewiesen worden [sei], dass er anderenfalls eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe zu erwarten habe. Deshalb habe sein Wahlverteidiger [...] für ihn ein ‚schlankes Geständnis‘ formuliert, das er bestätigt habe.“¹⁹

1. Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei informeller Absprache

Fraglich ist bereits, ob die Revision überhaupt zulässig ist. Erklärt der Angeklagte nach der Verkündung des Urteils, auf Rechtsmittel verzichten zu wollen, kann er dieses grundsätzlich nicht mehr anfechten. Auch § 302 Abs. 1 S. 2 StPO hilft ihm angesichts der konkreten Fallgestaltung zumindest unmittelbar nicht weiter. Zwar ist nach dieser Vorschrift ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen, wenn ‚dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen ist.“ Dies setzt

¹⁷ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 5-8 = BGHSt 59, 21 (22 f.).

¹⁸ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 9 = BGHSt 59, 21 (23).

¹⁹ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 10 = BGHSt 59, 21 (23 f.).

aber aufgrund der systematischen Stellung des § 257c StPO eine Vereinbarung der Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung voraus, sodass es entgegen vereinzelt vertretenen Auffassung²⁰ nicht möglich ist, jede Übereinkunft über den Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens dem Begriff der Verständigung i.S.d. § 257 Abs. 1 S. 1 StPO zu subsumieren. Eine Übereinkunft in der Hauptverhandlung ist nach dem der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt aber ersichtlich nicht getroffen worden.²¹ Stattdessen lässt der im Protokoll dokumentierte Verfahrensablauf vermuten, dass sich die Beteiligten während der Unterbrechung, also außerhalb der Hauptverhandlung, unter Umgehung des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens verständigt haben.

Damit stellt sich die Frage, wie ein Rechtsmittelverzicht im Fall einer vorausgehenden informellen, d.h. gesetzlich nicht vorgesehenen und damit nicht zulässigen Absprache rechtlich zu beurteilen ist. Der 2. Strafsenat geht – wie sich aus dem (amtlichen) zweiten Leitsatz ergibt – auch für diesen Fall von der Unwirksamkeit des Verzichts aus. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO sei entsprechend anzuwenden. Die Regelung dürfe nach ihrem Zweck nicht nur für gesetzlich zulässige, sondern müsse erst recht für informelle Absprachen gelten.²²

Dieser Auffassung, die bereits in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt wird,²³ ist beizupflichten.²⁴ Anderenfalls wäre die revisionsgerichtliche Kontrolle der tatrichterlichen Absprachepraxis gerade in jenen Fällen ausgeschlossen, in denen die gesetzlichen Formen schon im Ansatz nicht gewahrt sind. Man wird dem Gesetzgeber aber kaum unterstellen dürfen, dass er zwar für die in der Hauptverhandlung erfolgte – und damit jedenfalls in dieser Hinsicht ordnungsgemäße – Verständigung durch den in § 302 Abs. 1 S. 2 StPO angeordneten Ausschluss des Rechtsmittelverzichts die revisionsgerichtliche Überprüfung ermöglichen wollte, dies hingegen bei einer außerhalb der Haupt-

²⁰ Trück, ZWH 2014, 179 (182).

²¹ A.A. Kudlich, JZ 2014, 471 (472): Die Vereinbarung sei durch weitere Prozessführung des Gerichts zustande gekommen; in der Sache ebenso Jäger, JA 2014, 394 (396): Das Schweigen des Gerichts habe nur im Gesamtzusammenhang mit der Verfahrensbeendigung Erklärungswert; dagegen treffend Niemöller, JR 2014, 216 (218): Umstände nach der Erörterung können dem Schweigen des Gerichts „nicht rückwirkend den Charakter einer Zustimmungserklärung verleihen, sondern allenfalls Rückschlüsse darauf zulassen, welche Bedeutung es ihm selbst beimaß.“

²² BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 21 f. = BGHSt 59, 21 (26).

²³ BVerfG NJW 2013, 1058 (1064 Rn. 78).

²⁴ Zustimmend auch Jäger, JA 2014, 394 (396); Knauer, NStZ 2014, 115; Kudlich, JZ 2014, 471, wenn auch mit deutlichen Zweifeln an der vom Gesetzgeber in § 302 Abs. 1 S. 2 getroffenen Wertentscheidung; im Ergebnis ebenfalls übereinstimmend Trück, ZWH 2014, 179 (182), der aber für eine direkte Anwendung des § 302 Abs. 1 S. 2 plädiert, sowie Norouzi, NJW 2014, 874, der sich freilich zugunsten fast schon emphatischer Zustimmung jeder rechtsdogmatischen Einordnung der Probleme enthält.

verhandlung getroffenen – und schon deshalb unzulässigen – Vereinbarung nicht für notwendig erachtete.

Da die analoge Anwendung des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO eine planwidrige Regelungslücke voraussetzt, muss man freilich erklären, warum der Gesetzgeber den Ausschluss des Rechtsmittelverzichts im Wortlaut der Vorschrift auf Verständigungen i.S.d. § 257c StPO beschränkt hat. Grundsätzlich scheut er nicht davor zurück, ausdrücklich auch die Rechtsfolgen eines Verhaltens zu regeln, mit dem die Justiz die Formen der StPO zu umgehen sucht. Dies ergibt sich etwa aus der vergleichsweise neuen Vorschrift des § 160a StPO. Bei § 302 Abs. 1 S. 2 StPO dürfte aber die – naive – Vorstellung leitend gewesen sein, dass sich mit der Etablierung eines gesetzlichen Rahmens für die Verständigung im Strafverfahren das Phänomen informeller Absprachen erledigt. Vor diesem Hintergrund lässt sich eine planwidrige Regelungslücke bejahen, die aus den erläuterten Sachgründen im Wege der entsprechenden Anwendung geschlossen werden muss.

2. Revisionsgerichtliche Feststellung einer informellen Absprache

Damit ist im konkreten Fall allerdings nur die erste Hürde der Zulässigkeitsprüfung genommen. Die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts analog § 302 Abs. 1 S. 2 StPO setzt voraus, dass dem Urteil eine informelle Absprache tatsächlich vorausging. Das Hauptverhandlungsprotokoll ist naturgemäß unergiebig. Das sog. Negativattest gem. § 273 Abs. 1a S. 3 StPO kann nur belegen, dass keine Verständigung in der Hauptverhandlung getroffen wurde. Der 2. Strafsenat bemerkt deshalb zu Recht: „Der Protokollvermerk, dass eine ‚qualifizierte Absprache‘ gemäß § 257c StPO nicht stattgefunden habe, steht der freibeweislichen Feststellung nicht entgegen, dass *ein hiervon abweichendes Verfahren* stattgefunden hat.“²⁵ Das Revisionsgericht muss infolgedessen selbst ermitteln, ob das Urteil informell abgesprochen wurde.

Zu diesem Zweck hat der Senat dienstliche Erklärungen des Vorsitzenden der Strafkammer und der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft eingeholt. Diese haben ergeben, dass es während der Unterbrechung der Hauptverhandlung verständigungsorientierte Erörterungen der Verfahrensbeteiligten im Beratungszimmer des Gerichts gegeben hat, bei denen die Richter sich „zu den Strafmaßvorstellungen der Verfahrensbeteiligten nicht geäußert“ und „weder eine Obergrenze noch eine Untergrenze der im Geständnisfall zu erwartenden Strafe genannt“ haben.²⁶ Zugleich hat die Strafkammer nach der dienstlichen Erklärung der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft aber auch „nicht erklärt, dass sie ihre Einschätzung für fernliegend halte.“²⁷

Angesichts dieser Äußerungen und dem im Hauptverhandlungsprotokoll dokumentierten weitgehend substanzlo-

sen und augenscheinlich nur die äußere Form wahren Verlauf der Hauptverhandlung ist es überzeugend, wenn der 2. Strafsenat zu der Überzeugung gelangt, „dass zumindest konkludent eine rechtswidrige Urteilsabsprache zustande gekommen ist“.²⁸ Es ist wenig lebensnah anzunehmen, dass das Gericht in seinem Beratungszimmer über eine Verständigung verhandeln lässt, sich zu den Strafmaßvorstellungen der Staatsanwaltschaft dann aber nicht äußert, weil es diese zwar teilt, sich auf sie aber noch nicht festlegen möchte.²⁹ Ebenso unwahrscheinlich ist es, dass das Gericht sich erst durch das schlanke Geständnis des Angeklagten von der Strafmaßvorstellung der Staatsanwaltschaft hat überzeugen lassen. Mit dem 2. Strafsenat ist deshalb von einer konkludent geschlossenen informellen Absprache auszugehen, sodass die Voraussetzungen einer Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts analog § 302 Abs. 1 S. 2 StPO gegeben sind. Kritisch ließe sich allenfalls anmerken, dass die im ersten Leitsatz noch einmal zusammengefassten Umstände, die den Senat zu dieser Schlussfolgerung haben gelangen lassen, kaum verallgemeinerungsfähig sind.³⁰ Insofern mag man Überlegungen dazu vermissen, welche abstrakten Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit man eine „informelle Absprache“ annehmen kann. Sie waren angesichts des zugrunde liegenden Verfahrensgeschehens, bei dem sich die Annahme einer konkludenten Absprache geradezu aufdrängte, allerdings auch nicht zwingend veranlasst.

Über den Einzelfall hinausweisend erscheint aber die am Ende des ersten Leitsatzes noch einmal hervorgehobene Aussage, dass bloßes Schweigen der Richter bei einem Verständigungsgespräch oder die Erklärung, den Vorschlägen anderer Verfahrensbeteiligter nicht beitreten zu wollen, der Annahme einer konkludenten Verständigung nicht entgegenstehen. Hierin dürfte ein deutliches Signal an die Tatgerichte zu sehen sein, dass eine zur Einhaltung der gesetzlichen Kautelen verpflichtende Verständigung nicht notwendig eine aktive Rolle des Gerichts voraussetzt. Soweit Schweigen von den anderen

²⁸ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 13 = BGHSt 59, 21 (24).

²⁹ Diese Option erwägt Niemöller, JR 2014, 216 (218), weshalb er im Ergebnis zwar zugesteht, „dass der Prozessverlauf, wie er sich nach der Erörterung darstellt, ein Gesamtbild ergibt, das auch als Resultat einer entsprechenden Urteilsabsprache aufgefasst werden könnte und insoweit auf ihr Vorhandensein hindeutet.“ Festgestellt sei die Absprache jedoch nicht. Dabei wird m.E. bei der Bewertung des zugrunde liegenden Falles außer Acht gelassen, dass die richterliche Überzeugung vom Vorliegen eines Sachverhalts generell nicht voraussetzt, dass eine alternative Erklärung der objektiven Beweisanzeichen auch denktheoretisch ausgeschlossen ist.

³⁰ Insofern lässt sie sich – entgegen der Formulierung im Leitsatz – m.E. nicht als Beweisvermutung oder Beweis-Regel deuten, so aber Niemöller, JR 2014, 216 (219), und Trück, ZWH 2014, 179 (189). Es spricht zwar einiges dafür, dass der 2. Senat einen entsprechenden Rechtssatz etablieren wollte. Dass er dadurch die weitere Rechtsprechung prägen dürfte, scheint indes schon angesichts der sehr einzelfallbezogenen Kriterien nicht sonderlich wahrscheinlich.

²⁵ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 14 = BGHSt 59, 21 (24); Hervorhebung durch Verf.

²⁶ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 11 = BGHSt 59, 21 (24).

²⁷ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 12 = BGHSt 59, 21 (24).

Verfahrensbeteiligten als Einverständnis gewertet werden kann, muss das Gericht diesem Eindruck entgegentreten, um den Tatbestand einer konkludent geschlossenen Absprache zu vermeiden. Auch das ist sachgerecht, weil das Gericht, soweit es verständigungsorientierten Erörterungen Raum gibt, zumindest gegenüber dem Angeklagten in der Pflicht ist, etwaigen Missverständnissen vorzubeugen.

3. Anforderungen an die Beweisgrundlage

Die damit auch im konkreten Fall gegebene Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bedeutet allerdings noch nicht, dass die Revision auch erfolgreich wäre. Durch sie wird nur die Zulässigkeit der Anfechtung begründet. Darüber hinaus muss die Revision auch begründet sein. Das ist nach § 337 Abs. 1 StPO nur dann der Fall, wenn das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Da der Angeklagte im vorliegenden Fall mit der Sachrüge nur die Verletzung des sachlichen Rechts geltend gemacht hat, beschränkte sich darauf die Prüfung des 2. Strafsenats.

Eine Verletzung des materiellen Rechts ist insbesondere dann gegeben, wenn entweder die auch vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen nicht gegeben sind oder das Tatgericht das materielle Recht falsch angewandt hat. Für Letzteres ist entweder eine Verkennung der rechtlichen Voraussetzungen eines Strafgesetzes oder eine fehlerhafte Subsumtion erforderlich. Darüber hinaus kann die Sachrüge – entgegen der ursprünglichen Konzeption der RStPO von 1877 – aber u.U. auch dann erfolgreich sein, wenn das Urteil auf einer fehlerhaften Beweiswürdigung, z.B. einer nicht tragfähigen Beweisgrundlage, beruht.³¹ Darin ist nicht etwa eine Verstoß gegen § 261 StPO zu sehen, der nur mit der Verfahrensrüge geltend gemacht werden könnte, sondern eine Verletzung der konkret angewandten materiellen Strafnorm, hinsichtlich derer es aufgrund der mangelhaften Beweisgrundlage an einem rechtsfehlerfreien subsumtionsfähigen Sachverhalt fehlt.

Im Ergebnis ist die Sachrüge nach Einschätzung des 2. Strafsenats unter diesem Gesichtspunkt begründet. Das Geständnis, an dessen Richtigkeit das Tatgericht keine Zweifel hatte, könne die Verurteilung allein nicht tragen.³² Dabei ist für den Senat entscheidend, dass „das Landgericht [...] es ausweislich der Urteilsgründe unterlassen [hat], das Geständnis des Angeklagten einer Überprüfung zu unterziehen.“³³ Es sei auch im Fall eines Geständnisses „unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter Ausschöpfung des Beweismaterials beruht.“³⁴

Dass die Beweiswürdigung nicht auf einer tragfähigen Grundlage beruht, wenn der Angeklagte lediglich ein „schlanke“ Geständnis abgibt, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit Langem und zu Recht anerkannt.³⁵ In der Regel besteht eine solche Einlassung lediglich in der pauschalen Bestätigung des Anklagevorwurfs. Das bloße Bekenntnis zur Tat ist aber jedenfalls dann nicht geeignet, einen Schuldspruch zu tragen, wenn es auf eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten zurückgeht. Schließlich kann auch der unschuldige Angeklagte gute Gründe haben, sich auf eine solche einzulassen.

So ist es im zugrunde liegenden Fall nicht völlig fernliegend, dass der Angeklagte – wie von ihm vorgetragen – allein aus Sorge vor einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe dem Drängen seiner Verteidiger nachgegeben hat und sich deshalb zu einem möglicherweise falschen Geständnis veranlasst sah. Die Strafkammer hätte seine Einlassung deshalb nach Maßgabe des gem. § 257c Abs. 1 S. 2 StPO auch im Rahmen einer Verständigung geltenden Amtsaufklärungsgrundsatzes aus § 244 Abs. 2 StPO durch weitere Beweiserhebungen überprüfen müssen.

Im Ergebnis ist der Entscheidung deshalb auch hinsichtlich der Beurteilung der Sachrüge zuzustimmen.³⁶ Ihre Begründung wirft aber Fragen auf, die den Bundesgerichtshof in Zukunft noch näher beschäftigen dürften. So stellt der Senat eben nicht darauf ab, dass der Angeklagte lediglich ein Formalgeständnis abgelegt hat. Vielmehr begründet er das Ergebnis mit der sich nicht bloß auf diese Konstellation beschränkten Überlegung, dass die Tatgerichte auch im Fall eines Geständnisses ihre Überzeugung generell „unter Ausschöpfung des Beweismaterials“ bilden müssten.

Was damit genau gemeint ist, lässt der Senat offen. Die Aufklärungspflicht gebietet eine weitere Beweisaufnahme bei einem umfassenden, in sich stimmigen und mit den bekannten Beweismitteln übereinstimmenden Geständnis grundsätzlich nicht.³⁷ Das dürfte grundsätzlich auch der Einschätzung des 2. Strafsenats entsprechen.³⁸ So hat er in einer anderen

³⁵ Vgl. BGHSt 43, 195 (204); BGHSt 50, 40 (49); BVerfG NJW 2013, 1058 (1063 Rn. 70).

³⁶ Ebenso Jäger, JA 2014, 394 (396); Kudlich, JZ 2014, 471 (472).

³⁷ Nur wenn Anhaltspunkte für ein vom Geständnis abweichendes Beweisergebnis bestehen, müssen weitere Beweise erhoben werden; vgl. dazu Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 4. Aufl. 2011, § 244 Rn. 22. Die Rechtsprechung dürfte im Ergebnis sogar grundsätzlich einen weniger restriktiven Maßstab anlegen, weil sie – anders als Frister – eine hypothetische Beweiswürdigung auch im Fall eines potentiell ergiebigen Beweismittels nicht vollständig ausschließt (vgl. Frister [a.a.O.], § 244 Rn. 17); grundlegend zum Umfang der nach § 244 Abs. 2 gebotenen Beweiserhebung Frister, ZStW 105 (1993), 340.

³⁸ In diesem Sinne auch Trück, ZWH 2014, 179 (183), dessen apodiktische Behauptung, die Entscheidung dürfe auch nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts weiterhin ausschließlich auf ein Geständnis gestützt werden, allerdings

³¹ Hierzu und zum Folgenden umfassend Frisch, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 4. Aufl. 2014, § 337 Rn. 118 ff., 126 m.w.N.

³² BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 26 = BGHSt 59, 21 (27).

³³ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 28 = BGHSt 59, 21 (28).

³⁴ BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 2 StR 267/13, Rn. 27 = BGHSt 59, 21 (28).

Entscheidung die ergänzende Befragung des Angeklagten als ein „wesentliches Mittel der Geständnisüberprüfung“³⁹ bezeichnet – was in der Sache zutrifft, aber selbst im Fall des Vorhalts von Ermittlungsergebnissen gerade keine Ausschöpfung des (weiteren) Beweismaterials bedeutet. In einer von ihm in Bezug genommenen Entscheidung des 3. *Strafsenats* hält es dieser unter dem Gesichtspunkt der „vollständige[n] Ausschöpfung des Beweismaterials“ sogar für ausreichend „zu untersuchen, ob das abgelegte Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt“⁴⁰. Das wiederum ist prima facie unvereinbar mit der vom 2. *Senat* und auch dem Bundesverfassungsgericht für unabweisbar gehaltenen Pflicht, das verständigungsbasierte Geständnis, „durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung (vgl. § 261 StPO)“ zu überprüfen.⁴¹

Die Forderung nach einer „Ausschöpfung des Beweismaterials“ erweist sich damit als weitgehend konturlose Kategorie. Das dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mit der verfassungsgerichtlichen Vorgabe einer Überprüfung des Geständnisses „durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung“ konfrontiert sieht, die nicht ohne Weiteres zu der herkömmlichen Deutung des Umfangs der Amtsaufklärungspflicht passt. Das gilt ungeachtet des Umstandes, dass das Bundesverfassungsgericht selbst der Auffassung ist, die Überprüfung eines verständigungsbasierten Geständnisses dürfe nicht strengeren Anforderungen unterliegen, „als sie an eine Beweisaufnahme in der nach herkömmlicher Verfahrensweise geführten Hauptverhandlung nach Abgabe eines Geständnisses zu stellen wären“.⁴²

IV. Fazit

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Mit Recht wendet der *Senat* § 302 Abs. 1 S. 2 StPO auf den Fall der informellen Verfahrensabsprache entsprechend an. Es überzeugt ebenfalls, dass er von einer konkludenten Verständigung ausgeht, obwohl das Tatgericht nach dem Ergebnis des Freibeweisverfahrens lediglich passiv an den Gesprächen in seinem Beratungszimmer teilnahm. Zuzustimmen ist dem 2. *Straf-senat* ferner in der Annahme, dass es im konkreten Fall an einer hinreichenden Beweisgrundlage für die Verurteilung fehlte. Die Begründung in diesem Punkt offenbart allerdings, dass noch nicht abschließend geklärt ist, in welchem Umfang die gerichtliche Amtsaufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO die Überprüfung des verständigungs-basierten Geständnisses durch weitere Beweiserhebung in der Hauptverhandlung einfordert. Hier bedürfen die nicht vollständig widerspruchsfreien Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts noch näherer Konkretisierung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

keinen Anhalt in der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zur Verständigung findet.

³⁹ BGH, Beschl. v. 5.11.2013 – 2 StR 265/07, Rn. 6.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 15.4.2013 – 3 StR 35/13, Rn. 7.

⁴¹ BVerfG NJW 2013, 1058 (1068 Rn. 71).

⁴² BVerfG NJW 2013, 1058 (1068 Rn. 71).