

Das Willkürverbot – ein allzeit einsatzbereites Mittel des BVerfG

Anmerkungen zu BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13 und 2172/13, bzgl. der Negativmitteilungspflicht im Sinne des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO

Von Wiss. Mitarbeiterin **Dorothee Lang**, Tübingen*

Das BVerfG attestiert dem BGH Willkür bei der Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO.¹ Gleich drei kürzlich ergangene Entscheidungen des BVerfG befassen sich mit dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot. Zwei Beschlüsse des BGH und ein amtsgerichtliches Urteil hob das BVerfG auf. Im Fall der amtsgerichtlichen Entscheidung² war der Verstoß gegen das Willkürverbot – wohl selbst für einen Laien – nachvollziehbar. Das Amtsgericht berief sich in seinem Urteil darauf, erst nach der mündlichen Verhandlung Kenntnis von der einschlägigen Rechtsprechung erhalten und diese aus diesem Grund unberücksichtigt gelassen zu haben. Hierzu führte das BVerfG völlig zu Recht aus, dass die verspätete Kenntnis der Rechtslage nicht dazu berechtigt „sehenden Auges falsche Entscheidungen zu treffen“.³

Bei den Entscheidungen, die das BVerfG mit jeweils derselben Begründung zu den Beschlüssen des fünften Strafsenates getroffen hat, ist der Verstoß gegen das Willkürverbot demgegenüber nicht derart eindeutig.⁴ Dies gilt, obgleich in der Literatur bereits eine dem BGH widersprechende Beurteilung der Rechtslage durch das BVerfG prophezeit wurde.⁵

Inhaltlich ging es bei den Entscheidungen um die umstrittene Frage,⁶ ob die gerichtliche Mitteilungspflicht des § 243

Abs. 4 S. 1 StPO auch nicht stattgefundene Erörterungen – betreffend einer Verständigung i.S.d. § 257c StPO – umfasst. Das BVerfG hat diese Frage – entgegen der Auffassung des BGH⁷ – bejaht und sich somit für das Erfordernis einer Negativmitteilungspflicht ausgesprochen.

Die ergangenen Beschlüsse des BVerfG bieten Anlass dafür, sich zum einen mit dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot auseinanderzusetzen und dabei die – für die universitäre Ausbildung – wichtigsten Grundzüge des allgemeinen Gleichheitssatzes i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG zu wiederholen. Zum anderen gilt es die Begründung des BVerfG zur Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO zu untersuchen und die daraus resultierenden Folgen für das Strafverfahren aufzuzeigen.

I. Der allgemeine Gleichheitssatz i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG normiert das allgemeine Gebot alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Wenn in diesem Zusammenhang von dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot die Rede ist, so muss man sich zunächst klarmachen, dass es sich dabei um einen aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Rechtsgrundsatz handelt, der von der Willkürformel – die auch in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG von Relevanz werden kann – zu unterscheiden ist.⁸

1. Grundlegendes zu Art. 3 Abs. 1 GG

Der Grundgedanke des Art. 3 Abs. 1 GG ist so einfach wie einleuchtend: Gleiches darf nicht ungleich, Ungleiches nicht gleich behandelt werden, es sei denn, es gibt einen sachlichen Grund, der eine Andersbehandlung rechtfertigt.⁹ Die Grundrechtsprüfung gestaltet sich dabei nur zwei- statt wie gewohnt dreistufig.¹⁰ Es ist auf erster Stufe eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Personengruppen bzw. Sachverhalte festzustellen und auf zweiter Stufe zu prüfen, ob eine solche Differenzierung aufgrund eines sachlichen Grundes gerechtfertigt sein kann. Je intensiver die Ungleichbehandlung den Betroffenen beeinträchtigt, desto strengere Anforderungen sind an

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele) an der Universität Tübingen.

¹ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13 (in Auszügen NJW 2014, 3504) und BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13 (in Auszügen NStZ 2014, 592 m. zust. Anm. Hunsmann; krit. dagegen Klotz, StV 2015, 1).

² AG Euskirchen, Urt. v. 19.3.2013 – 17 C 160/12.

³ BVerfG, Beschl. v. 28.7.2014 – 1 BvR 1925/13 = NJW 2014, 3147.

⁴ Die Entscheidungen begrüßend dagegen Hunsmann, NStZ 2014, 594; Oehmichen, FD-StrafR 2014, 362399.

⁵ Vgl. Schneider, NStZ 2014, 192 (198).

⁶ Vgl. zum Stand der Literatur: Meyer-Göfner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Aufl. 2014, § 243 Rn. 18a; Schneider, NStZ 2014, 192 (199); ders., in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 243 Rn. 35 (gegen Negativmitteilungspflicht); Becker, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2009, § 243 StPO Rn. 52c; Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 243 Rn. 43; Gorf, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: 24.3.2014, § 243 Rn. 25b.1; Ignor, in: Widmaier/Müller/Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 43; Mosbacher, NStZ 2013, 722 (723); ders., JuS 2014, 127 (130); Schlothauer, StV 2013, 678 (680); Senge, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher

Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl. 2014, § 78 Rn. 8 (für Negativmitteilungspflicht).

⁷ Siehe BGHSt 58, 315; BGH (5. Senat) BeckRS 2013, 16036; BGH (5. Senat) wistra 2013, 474 (475). Bedenken an dieser Rechtsauffassung BGH (1. Senat) HRRS 2013, 927.

⁸ Vgl. zu dem Dilemma, dass das Willkürverbot als eigentliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet wird Sachs, JuS 1997, 124 f. m.w.N.

⁹ Siehe nur BVerfGE 112, 164 (174); 116, 164 (180); 117, 1 (30).

¹⁰ Siehe nur Manssen, Staatsrecht, Bd. 2, Grundrechte, 11. Aufl. 2014, § 32 Rn. 818.

eine Rechtfertigung zu stellen.¹¹ Für die Bestimmung eines sachlichen Grundes bzw. das Nichtvorliegen eines solchen kommen im Wesentlichen zwei Formeln in Betracht. Im Sinne der sog. Willkürformel ist der allgemeine Gleichheitssatz dann verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“.¹² Dagegen ist nach der sog. „neuen Formel“ der allgemeine Gleichheitssatz „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.¹³ Während bei der Willkürformel eine bloße Evidenzprüfung bezüglich der Ungleichbehandlung vollzogen wird, fordert die „neue Formel“ eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zunächst nach einem legitimen Zweck der Ungleichbehandlung zu fragen. Sodann muss das Mittel zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Für Gerichtsentscheidungen bedeutet der so verstandene Gleichheitssatz insbesondere, dass der Bürger ein Recht auf Gleichheit bei der Rechtsanwendung hat.¹⁴ Dies meint beispielsweise, dass es den Gerichten verwehrt ist, „bestehendes Recht zugunsten oder zu Lasten einzelner Personen nicht anzuwenden“.¹⁵ Dies ist der Fall, wenn ein Richter eine Vergünstigung, „die der Gesetzgeber nach dem Wortlaut des von ihm erlassenen Gesetzes verschiedenen Personengruppen im Interesse ihrer Gleichbehandlung zugebilligt hat, einer Personengruppe allgemein verweigert, und zwar mit Gründen, die ihn nach dem gleichen Gesetz nur im Einzelfall zur Verweigerung berechtigen“.¹⁶ In einem solchen Fall liegt eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von eigentlich gleich zu behandelnden Personengruppen – und somit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG – vor.

2. Das verfassungsrechtliche Willkürverbot

Neben dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verbirgt sich in Art. 3 Abs. 1 GG aber auch das sog. verfassungsrechtliche Willkürverbot. Genau genommen wird es nicht nur aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, sondern auch aus dem Rechts-

staatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet.¹⁷ Das verfassungsrechtliche Willkürverbot gilt für jedwede staatliche Tätigkeit.¹⁸ Es beruht vordergründig nicht auf einem Vergleich von Sachverhalten,¹⁹ sondern soll vielmehr dann verletzt sein, wenn eine Entscheidung „bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich [ist] und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruh[t]“.²⁰ Ein Verstoß gegen das Willkürverbot durch fachgerichtliche Entscheidungen ist nur in Ausnahmefällen in Betracht zu ziehen und liegt nicht bereits dann schon vor, wenn eine Entscheidung zweifelsfrei fehlerhaft ist.²¹ Das BVerfG führt hierzu aus: „Es ist nicht Aufgabe des BVerfG, Entscheidungen der Gerichte in jeder Hinsicht auf die Richtigkeit der getroffenen tatsächlichen Feststellungen, der Interpretation der Gesetze und der Anwendung des Rechts auf den konkreten Fall zu kontrollieren. Vielmehr ist [...] nur zu prüfen, ob das Gericht Grundrechte [...] verletzt hat. Ein solcher Verstoß wäre nur dann gegeben, wenn das Gericht durch verfahrensrechtliche Maßnahmen verfassungsmäßige Rechte eines Beteiligten beeinträchtigt oder bei seiner Entscheidung willkürlich gehandelt [...] hätte.“²² Diese Ausführungen machen deutlich, dass es sich beim BVerfG gerade um keine Superrevisionsinstanz handelt. Eine erneute einfachrechtliche Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen durch das BVerfG findet demnach grundsätzlich nicht statt. Mit der Verfassungsbeschwerde – als einem außerordentlichen Rechtsbehelf – kann daher auch nur die Verletzung „spezifischen“ Verfassungsrechts gerügt werden.²³

Durch die Anwendung des verfassungsrechtlichen Willkürverbots hält sich das BVerfG dennoch die Tür einen Spaltbreit offen, um auch im Einzelfall fachgerichtliche Entscheidungen überprüfen zu können. Gerichtliche Entscheidungen, die offensichtlich „jegliche Professionalität“ vermissen lassen, können nach dem Willkürverbot aufgehoben werden.²⁴ „Willkür liegt [...] dann vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder deren Inhalt in

¹¹ BVerfGE 95, 267 (316 f.); 99, 367 (388); *Pieroth u.a.*, Grundrechte, Staatsrecht Bd. 2, 30. Aufl. 2014, Rn. 470; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 11.

¹² BVerfGE 1, 14 (52).

¹³ BVerfGE 55, 72 (88); 71, 39 (58 f.); 120, 125 (144); 124, 199 (219 f.).

¹⁴ *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 71. Lfg., Stand: März 2014, Art. 3 Rn. 398; *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 124.

¹⁵ BVerfGE 66, 331 (335 f.).

¹⁶ BVerfGE 71, 354 (362).

¹⁷ BVerfGE 69, 161 (169); 86, 148 (250); *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.6.2014, Art. 3 Rn. 83; *Sachs*, JuS 1997, 124 (125). *Geiger* plädierte bereits 1976 in einem Sondervotum dafür, dass nicht alles, was rechtsstaatlich unerträglich ist, aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleiten sei, sondern im Einzelfall an spezifischeren verfassungsrechtlichen Vorschriften zu messen ist (BVerfGE 42, 64 [79 ff.]).

¹⁸ *Kischel* (Fn. 17), Art. 3 Rn. 83.

¹⁹ *Sachs*, JuS 1997, 124 (125); darauf weist auch *Geiger* in seinem Sondervotum (BVerfGE 42, 64 [79 ff.]) hin.

²⁰ BVerfGE 4, 1 (7).

²¹ So auch die Entscheidungen des BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 14, und BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 15.

²² BVerfGE 11, 343 (349); *Dürig/Scholz* (Fn. 14), Art. 3 Rn. 398.

²³ Siehe nur *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 283 f.

²⁴ *Pieroth u.a.* (Fn. 11), Rn. 1291.

krasser Weise missdeutet worden ist. Von willkürlicher Missdeutung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich eingehend mit der Rechtslage auseinandergesetzt hat und seine Auffassung nicht jeden sachlichen Grundes entbehrt.²⁵ Willkür liegt vor, wenn der Richterspruch „unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich haltbar ist“²⁶ bzw. „wenn die Auslegung nicht mehr nachvollziehbar und derart unverständlich ist, dass sie schlechterdings unvertretbar ist“.²⁷ Anders ausgedrückt lässt dies den Schluss zu, dass eine Entscheidung, die beim ersten unbefangenen Lesen keine gravierenden Verstöße erkennen lässt, nicht willkürlich sein kann.²⁸ Die vom BVerfG aufgehobene Amtsgerichtsentscheidung war in dem vorgenannten Sinne willkürlich, zumal der Richter sich nach dem Grundsatz *iura novit curia* nicht darauf berufen kann, die aktuelle Rechtsprechung nicht gekannt zu haben.

II. Die Entscheidungen des BVerfG v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13 und 2172/13

Anhand der dargelegten Grundsätze sollen die zwei weiteren Entscheidungen des BVerfG untersucht werden.

1. Die den Entscheidungen zugrundeliegende Sachverhaltskonstellationen

In den Ausgangsinstanzen hat zum einen das Landgericht Braunschweig einen der Beschwerdeführer wegen mehrerer Straftaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt. Zum anderen hat das Landgericht Potsdam einen der Beschwerdeführer und einen Mitangeklagten wegen mehrerer Betrugstaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt.

Gegen beide Urteile legten die Beschwerdeführer Revision ein und rügten unter anderem einen Verstoß gegen § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Die Vorsitzenden hätten es unterlassen, in öffentlicher Sitzung mitzuteilen, ob (und ggf. welche) Erörterungen i.S.d. §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben bzw. ob Vorgespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten geführt worden waren.

Im Falle des Landgerichts Braunschweigs trug der Beschwerdeführer vor, dass es ausweislich eines Aktenvermerks im Vorfeld der Hauptverhandlung ein Telefonat zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft gegeben habe. Dabei habe die zuständige Staatsanwältin darauf hingewirkt, dass der Verteidiger mit dem Beschwerdeführer eruiieren möge, ob bei der derzeitigen Aktenlage nicht doch eine geständige Einlassung abgegeben werden könne. Ob konkret über Rechtsfolgen gesprochen wurde, könne dem Vermerk zwar nicht entnommen werden. Nach Erinnerung des erstinstanzlichen Verteidigers habe die Staatsanwältin jedoch bei

einem umfassenden Geständnis in Aussicht gestellt, eine Bewährungsstrafe von zwei Jahren zu beantragen.

Auch im Falle des Landgerichts Potsdam habe es während des Ermittlungsverfahrens mehrere Gespräche der beiden Verteidiger mit dem Staatsanwalt gegeben. Dieser habe gegenüber der Verteidigung erklärt, dass er im Falle umfassender Geständnisse eine Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren für beide Angeklagten für angemessen halte und Entsprechendes auch beantragen werde. Der Verteidiger des Mitangeklagten habe den Beisitzer der Strafkammer über diese Gespräche informiert und „vorgefühlt“, ob seitens der Kammer Interesse an einer entsprechenden Verfahrensabsprache bestehe. Der Beisitzer habe darauf abweisend reagiert.

2. Begründung des BGH zur Revisionsverwerfung

Den geschilderten Fällen war gemeinsam, dass in den Hauptverhandlungen nicht mitgeteilt wurde, ob es im Vorfeld Gespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten zwecks einer Verständigung gegeben hatte. Die Revisionen – wegen Verstoßes gegen die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO – wies der 5. Strafsenat jeweils mit Verweis auf ein Urteil des 2. Strafsenates²⁹ als unbegründet zurück.³⁰

Der BGH argumentierte dabei im Wesentlichen wie folgt: „Nach dem Wortlaut des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO teilt der Vorsitzende mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Mitteilungspflicht nicht besteht, wenn keine auf eine Verständigung hinzielenden Gespräche stattgefunden haben. Das erklärt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten. Diese bilden einen Schwerpunkt des Verständigungsgesetzes und sollen die zentrale Vorschrift des § 257c StPO flankieren und die Transparenz der Verständigung sowie die Möglichkeit einer effektiven Kontrolle durch die Öffentlichkeit, die StA und das Rechtsmittelgericht gewährleisten. Erfasst werden dabei [...] auch die auf eine Verständigung abzielenden Vorgespräche. Die Gewährleistung einer ‚vollumfänglichen‘ Kontrolle verständigungsbasierter Urteile setzt umfassende Transparenz des Verständigungsgeschehens in der öffentlichen Hauptverhandlung voraus. [...]. Wenn aber überhaupt keine auf eine Verständigung abzielenden Gespräche stattgefunden haben, ist das Regelungskonzept des § 257c StPO nicht tangiert.“ Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des BVerfG vom 19.3.2013.³¹ Das BVerfG betone, dass die Mitteilungspflicht nur dann eingreife, wenn bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum standen. Die Annahme, beim Fehlen von Vorgesprächen entfalle das Beruhen des

²⁵ BVerfGE 87, 273 (279); 96, 189 (203).

²⁶ BVerfG StV 2013, 96 (98); darauf beziehen sich auch BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 16 und BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 17.

²⁷ BVerfGE 70, 93 (98); BVerfG NJW 1995, 124 (125); 1993, 1380 (1381); 2009, 3293.

²⁸ I.d.S. Kischel (Fn. 17), Art. 3 Rn. 84.

²⁹ BGHSt 58, 315.

³⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.8.2013 – 5 StR 310/13 = BeckRS 2013, 16036 und BGH, Beschl. v. 17.9.2013 – 5 StR 258/13 = BeckRS 2013, 17066.

³¹ Grundsatzentscheidung des BVerfG zum Verständigungsgesetz = BVerfGE 133, 168.

Urteils auf dem Fehlen einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO, sei daher einfachrechtlich nicht schlüssig, da nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift in diesem Fall bereits kein Rechtsfehler vorliege.

Der BGH folgert daraus, dass es einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO dann nicht bedarf, wenn überhaupt keine oder nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm daher nicht betroffen sind.

3. Die Rügen vor dem BVerfG

Mit den vor dem BVerfG erhobenen Verfassungsbeschwerden wenden sich die Beschwerdeführer sowohl gegen die landgerichtlichen Urteile als auch die Revisionsentscheidungen des BGH. Beide Beschwerdeführer rügen die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG). Zusätzlich rügt einer der Beschwerdeführer die Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) sowie die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 1, Abs. 2 GG insbesondere Selbstbelastungsfreiheit und Öffentlichkeitsgrundsatz).³² Der andere Beschwerdeführer rügt zudem einen Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG [i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG]).³³ Nach ihrer Auffassung bestand für das Gericht zu Beginn der Hauptverhandlung die Pflicht zum „Farbe bekennen“. Der Vorsitzende hätte mitteilen müssen, ob Vorgespräche stattgefunden haben. Dies ergebe sich aus dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen, der Gesetzssystematik und den klaren Vorgaben des BVerfG.³⁴

4. Die Begründung des BVerfG

Einleitend weist auch das BVerfG zunächst darauf hin, dass ein verfassungsgerichtliches Eingreifen gegenüber Entscheidungen der Fachgerichte unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots nur in Ausnahmefällen in Betracht komme. Fehler im Verfahren genüchten für die Annahme von Willkür grundsätzlich nicht. Hinzukommen müsse vielmehr, dass Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdränge, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruhe.³⁵

a) Maßstäbe der Gesetzesauslegung

Im Folgenden wiederholt das BVerfG bereits früher festgelegte Grundsätze der Gesetzesauslegung. Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen sei der in der Norm zum Ausdruck

kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergebe, in den sie hineingestellt ist. Ausgangspunkt sei dabei zwar immer der Wortlaut der Norm. Dieser gebe aber nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers, weshalb unter Umständen erst in Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Gesetzes, die vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich werde. „In keinem Fall darf richterliche Rechtsfindung das gesetzgeberische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen.“ Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, komme schließlich den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. Die Eindeutigkeit der im Wege der Auslegung gewonnenen gesetzgeberischen Grundentscheidung könne nicht notwendig dadurch relativiert werden, dass der Wortlaut der einschlägigen Norm auch andere Deutungsmöglichkeiten eröffne, soweit diese Deutungen offensichtlich eher fern liegen.³⁶ „Nach diesen Maßstäben ist die Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO, wie sie der Revisionsentscheidung zugrunde liegt, wonach eine Mitteilungspflicht gemäß dieser Vorschrift nicht bestehe, wenn keine auf eine Verständigung hinzielenden Gespräche stattgefunden haben, unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich haltbar. Sie verstößt in unvertretbarer und damit objektiv willkürlicher Weise gegen den eindeutigen objektivierten Willen des Gesetzgebers, wie er auch im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 herausgearbeitet wurde.“

Es folgt eine schulmäßige Auslegung der Norm des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO anhand der bekannten Auslegungsmethoden.³⁷

aa) Wortlaut

§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO lautet: Der Vorsitzende teilt mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Bezüglich des Wortlautes der Norm meint auch das BVerfG, dass dieser „sprachlich wenig geglückt“ sei und „auf den ersten Blick mehrdeutig“ (einerseits „ob“, andererseits „wenn“) erscheint. Die weitere Formulierung „und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt“ lasse aber auf das Bestehen einer Mitteilungspflicht auch für den Fall schließen, dass keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben (sog. Negativmitteilungspflicht). Ansonsten hätte es des Zusatzes „und wenn ja“ nicht bedurft. „Da der Gesetzeswortlaut selbst bei einer Ersetzung des ‚ob‘ durch ein ‚dass‘ wegen der nachfolgenden konditionalen Doppelung (‚wenn‘, ‚und wenn ja‘) unverständlich bliebe, ist nicht das ‚ob‘, sondern das ‚wenn‘

³² BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 8.

³³ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 9; auch BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 10, spricht eine willkürliche Rechtsanwendung an, rügt einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aber nicht ausdrücklich.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 10; ähnlich BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 10.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 14; auch BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 15.

³⁶ Mit der Formulierung „offensichtlich eher fernliegen“ offenbart sich eine Widersprüchlichkeit der eigenen Aussage. Wie kann eine Deutung zwar „offensichtlich“ zugleich aber nur „eher“ fern liegen? Der Begriff „eher“ suggeriert, dass man sich nicht sicher ist, ob die Deutungsmöglichkeit tatsächlich „offensichtlich fern liegt“.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 18 ff.; BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 17 ff.

als Redaktionsversehen einzuordnen und die Vorschrift dahingehend zu verstehen, dass der Vorsitzende mitteilt, ob Erörterungen stattgefunden haben, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist, und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt.“

bb) Gesetzesmaterialien/Entstehungsgeschichte

Auch die Materialien zum Verständigungsgesetz³⁸ belegen eindeutig, dass der Gesetzgeber für den „normalen“ Strafprozess eine Negativmitteilungspflicht einführen wollte. In der Begründung zum Regierungsentwurf eines Verständigungsgesetzes ist zu lesen, dass es grundsätzlich gerechtfertigt sei, die im Strafverfahren aufgestellten prozessualen Anforderungen auch im Bußgeldverfahren greifen zu lassen. Eine nicht gerechtfertigte Anforderung sei es jedoch auch den Regelfall, also das Unterlassen einer solchen Verständigung, protokollieren zu müssen; das gleiche gelte für die in § 243 Abs. 4 StPO-E enthaltene Pflicht, auch eine Nichterörterung mitzuteilen.

Schließlich wird vom BVerfG angeführt, dass auch eine vom Bundesrat vorgeschlagene Gesetzesfassung gerade nicht Gesetz geworden ist, was dafür spreche, dass § 243 Abs. 4 S. 1 StPO eine Negativmitteilungspflicht beinhalte. Der Bundesrat führte in seiner Stellungnahme³⁹ zum Regierungsentwurf der Einführung einer Negativmitteilungspflicht in § 243 Abs. 4 S. 1 StPO aus, dass eine Mitteilung des Vorsitzenden, dass keine Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO zum Zwecke einer möglichen Verständigung stattgefunden haben, weder erforderlich noch zweckmäßig sei. „Nur für den Fall, dass Gespräche mit dem Ziel einer einvernehmlichen Absprache tatsächlich stattgefunden haben, besteht ein Bedürfnis, dies in der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung mitzuteilen und hierdurch transparent zu machen.“

cc) Gesetzssystematik

Nach dem BVerfG spreche die Gesetzssystematik ebenfalls für eine Negativmitteilungspflicht. Dies wird zum einen aus § 243 Abs. 4 S. 2 StPO gefolgert, wo von „Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung“ die Rede ist. Dies lasse „allein den Schluss zu“ dass zu Beginn der Hauptverhandlung – sei es positiv oder negativ – eine Mitteilung zu erfolgen habe. Diese Sichtweise werde bestätigt durch die Vorschrift des § 78 Abs. 2 OWiG, „der für die Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid folgende Sonderregelung trifft: § 243 Abs. 4 StPO gilt nur, wenn eine Erörterung stattgefunden hat“. Daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass im „normalen“ Strafprozess eine Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO auch dann besteht, wenn keine Erörterung stattgefunden hat. „Anderenfalls wäre § 78 Abs. 2 Hs. 1 OWiG sinnlos.“

dd) Sinn und Zweck

Schließlich sprächen auch „Sinn und Zweck des dem Verständigungsgesetz zugrunde liegenden Regelungskonzepts,

das die Schaffung umfassender Transparenz in Bezug auf Verständigungen im Strafprozess vorsieht“ für eine Negativmitteilungspflicht. Wie sich aus § 273 Abs. 1a S. 3 StPO ergebe, gehe der Gesetzgeber davon aus, dass die Verpflichtung zu expliziter „Fehlannonce“ einer Verständigung der Transparenz und der Beachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Verständigung dienlich sei.

b) Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO durch den 2. Senat des BVerfG

Zu guter Letzt lässt es sich das BVerfG nicht nehmen, klarzustellen, wie seine Grundsatzentscheidung vom 19.3.2013⁴⁰ zu verstehen ist. „Kommt eine Verständigung nicht zustande und fehlt es an der gebotenen Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO [...], wird nach Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 257c StPO grundsätzlich ebenfalls nicht auszuschließen sein [...], sofern nicht ausnahmsweise zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand. Bei einem Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten wird sich nämlich in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzwidrige ‚informelle‘ Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht.“ Der vom Bundesverfassungsgericht hierbei verwendete Begriff der „Negativmitteilung“ bezieht sich – entgegen der Annahme des Bundesgerichtshofs – nicht nur auf die Mitteilung über gescheiterte Verständigungsgespräche, sondern umfasst auch die Mitteilung darüber, dass es keine Verständigungsgespräche gegeben hat. Anderenfalls ergäbe der Rest des Satzes keinen Sinn, weil es ausgeschlossen ist, dass einerseits eine Mitteilung über gescheiterte Verständigungsgespräche geboten gewesen wäre, andererseits jedoch „zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand“.⁴¹

5. Stellungnahme zu den BVerfG-Entscheidungen

Wenn auch im Ergebnis die Begründung des BVerfG zur Gesetzesauslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO zu überzeugen vermag, so ist zweifelhaft, ob der Rückgriff auf das verfassungsrechtliche Willkürverbot zulässig war. Es scheint vielmehr so, dass sich durch die Anwendung des Willkürverbots das Einfallstor für die Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen abermals aufgetan hat.⁴² Ausgehend von den Maßstäben, die das BVerfG selbst an das Willkürverbot stellt, kann keine Rede davon sein, dass der Inhalt des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO vom BGH in krasser Weise missdeutet worden ist. Der BGH⁴³ hat sich – wie gesehen – sorgfältig mit der Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO befasst. Den

³⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 16.

³⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 18.

⁴⁰ BVerfGE 133, 168.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 28; BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 27.

⁴² Auf dieses Problem weist auch Kischel ([Fn. 17], Art. 3 Rn. 85) hin.

⁴³ BGHSt 58, 315.

Wortlaut der – auch vom BVerfG erkannten – sprachlich wenig geglückten Norm versteht der BGH umkehrschlussartig derart, dass auch nur dann, wenn Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, eine Mitteilungspflicht besteht.⁴⁴ Sinn und Zweck der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten würden dadurch nicht unterlaufen, denn wenn überhaupt keine auf eine Verständigung abzielenden Gespräche stattgefunden haben, sei auch das Regelungskonzept des § 257c StPO nicht tangiert. Sofern die Gesetzesmaterialien zu § 78 Abs. 2 OWiG darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber eine Mitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO auch für den Fall normieren wollte, wenn nichts erörtert wurde, meint der BGH, dass ein derartiges Verständnis im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden habe. Schließlich berücksichtigt der BGH die Entscheidung des BVerfG v. 19.3.2013 derart, dass die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO nur dann eingreift, wenn bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum standen. Der Richterspruch des BGH ist daher rechtlich vertretbar. Dies gilt – trotz überwiegend gegenteiliger Auffassungen in der Literatur⁴⁵ und des BVerfG – insbesondere deshalb, weil die Auslegung des BGH nachvollziehbar erfolgt ist und auch „nicht jeglichen sachlichen Grundes entbehrt“.

Im Ergebnis bleibt dennoch festzuhalten, dass die Frage, ob eine Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO besteht, durch das BVerfG nunmehr positiv beantwortet wurde. Die Fachgerichte haben sich an diese Rechtsprechung zu halten. Positiv ist insoweit an der Entscheidung, dass durch das BVerfG endgültige Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geschaffen wurde.⁴⁶

III. Klausurrelevanz

Für die Ausbildung ist zu empfehlen, sich mit den Entscheidungen des BVerfG vertraut zu machen und sich die möglichen Klausurkonstellationen zu vergegenwärtigen. Insbesondere für das Revisionsrecht im Strafprozess sollte man die Entscheidungen des BVerfG kennen.

Da das BVerfG nunmehr allgemeingültig festgestellt hat, dass der Verstoß gegen die Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO einen Rechtsfehler begründet, kann der BGH die Unzulässigkeit einer Verfahrensrüge i.S.d. § 344 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StPO nicht mehr allein auf die Begründung stützen, dass schon kein Rechtsfehler vorliege.⁴⁷ Das BVerfG vermochte zwar nicht zu beurteilen, „welche Darlegungsanforderungen der BGH bei Bejahung einer Ne-

gativmitteilungspflicht an den Vortrag des Revisionsführers gestellt hätte“, macht dann aber dennoch zwei diesbezügliche Vorschläge. Es wäre zum einen denkbar gewesen „im Freiweisungsverfahren aufzuklären, ob Gespräche stattgefunden haben, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand“. Ebenso hätte verlangt werden können, dass die Revisionsbegründung mitteilt, über welche Kenntnisse und Hinweise bezüglich etwaiger Verständigungsgespräche der Revisionsverteidiger und der Angeklagte – gegebenenfalls nach zumutbarer Einholung entsprechender Auskünfte beim Instanzverteidiger – verfügen.“⁴⁸

Bei der Prüfung eines relativen Revisionsgrundes i.S.d. § 337 StPO,⁴⁹ ist zu prüfen, ob das Urteil auf dem gerügten Rechtsfehler beruht. Zu prüfen bliebe daher, inwieweit das Urteil auf einem Verstoß gegen die Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 beruht. Weil Erörterungen, die vor oder außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden haben, keinerlei Bindungswirkung zukommt, ist fraglich, inwieweit eine Entscheidung überhaupt auf dem Unterlassen einer Mitteilung i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO beruhen kann.⁵⁰ Auch wird durch derartige Erörterungen regelmäßig kein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen, weshalb es auch widersinnig erscheint vorzutragen, sich auf die Vorgespräche verlassen zu haben.⁵¹

Gegenteiliger Auffassung ist das BVerfG, wonach beim Fehlen der „gebotenen Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO [...] ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 257c StPO grundsätzlich [...] nicht auszuschließen sein [soll] [...] sofern nicht ausnahmsweise zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand. [...] Bei einem Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten wird sich nämlich in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzwidrige ‚informelle‘ Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht.“⁵²

Mit der Feststellung dieses Regel-Ausnahmeverhältnisses ist es nunmehr Aufgabe der Justiz zu belegen, dass das Urteil

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 31.

⁴⁹ Ein absoluter Revisionsgrund wegen Verstoßes gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 338 Nr. 6 StPO) ist abzulehnen, weil § 243 Abs. 4 S. 1 StPO „in erster Linie den Informationsgleichstand sämtlicher Verfahrensbeteiligter [sichert], [...] [wohingegen] sich § 169 S. 1 GVG auf die unmittelbare Öffentlichkeit im Sinne einer [...] Möglichkeit der Teilnahme an der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht bezieht. Vgl. BGH NStZ 2013, 724; a.A. Grube, StraFo 2013, 513 f.

⁵⁰ Vgl. dazu BGH StV 2011, 645 (646); Becker (Fn. 6), § 243 StPO Rn. 96a; Frister (Fn. 6), § 243 Rn. 94; Gorf (Fn. 6), § 243 Rn. 45; Grube, StraFo 2013, 513 (514); a.A. Schlothauer, StV 2011, 205 (206).

⁵¹ BGH StV 2011, 645 (646); Grube, StraFo 2013, 513 (514); Krause, in: Wabnitz u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, 26. Kap. Rn. 162.

⁵² BVerfGE 133, 168 (223 f.); zust. Schneider, NStZ 2014, 252 f.; ders. (Fn. 6), § 243 Rn. 71; krit. Mosbacher, NZWiSt 2013, 201 (206); Stuckenberg, ZIS 2013, 212 (215).

⁴⁴ Auch Mosbacher (JuS 2014, 127 [130]) weist auf die Auslegungsfähigkeit in „beide Richtungen“ hin.

⁴⁵ Becker (Fn. 6), § 243 StPO Rn. 52c; Frister (Fn. 6), § 243 Rn. 43; Gorf (Fn. 6), § 243 Rn. 25b.1; Ignor (Fn. 6), § 13 Rn. 43; Mosbacher, NStZ 2013, 722 (723); ders., JuS 2014, 127 (130); Schlothauer, StV 2013, 678 (680) Senge (Fn. 6), § 78 Rn. 8.

⁴⁶ Ebenso bereits Hunsmann, NStZ 2014, 594; Oehmichen, FD-StrafR 2014, 362399.

⁴⁷ Vgl. insoweit noch BGHSt 58, 315 (316).

nicht auf dem Verfahrensmangel beruht. Dadurch wird den Dokumentations-, Mitteilungs- und Protokollierungspflichten des Verständigungsgesetzes die nötige „Durchsetzungskraft“ gesichert,⁵³ sodass man davon sprechen kann, dass ein Verstoß gegen diese Vorschriften „quasi-absolute Revisionsgründe“⁵⁴ begründet.

⁵³ *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201 (206).

⁵⁴ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215).