

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 97

Bearbeiter: Holger Mann

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 97, Rn. X

**BVerfG 2 BvR 1043/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 9. Dezember 2015 (BGH / LG Berlin)**

Absprachen im Strafverfahren (Verfahrensverständigung; Recht auf ein faires Verfahren; Transparenz- und Dokumentationsvorschriften; Protokollierungspflicht; Negativmitteilung als Kernbestandteil des gesetzlichen Regelungskonzepts; Indizwirkung für Gesetzesverstoß bei fehlendem Negativattest; Beruhensfrage; Unzulässigkeit von Protokollrügen; Ausschluss des Beruhens; umfassende Aufklärung der Verfahrenstatsachen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO

**Leitsätze des Bearbeiters**

1. Das Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes sieht mit Blick auf das Recht auf ein faires Verfahren Schutzmechanismen in Form von Transparenz- und Dokumentationsvorschriften vor. Deren wesentliches Ziel ist es, über eine wirksame „vollumfängliche“ Kontrolle durch das Rechtsmittelgericht sicherzustellen, dass Verständigungen in erster Instanz so ablaufen, wie das Gesetz es vorschreibt.
2. Die Vorschrift des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO, die eine Protokollierung auch insoweit anordnet, als eine Verständigung nicht stattgefunden hat (sog. „Negativattest“), darf nicht als bloße Ordnungsvorschrift verstanden werden; sie gehört vielmehr zum Kern des Regelungskonzepts des Verständigungsgesetzes.
3. Soweit es an dem vorgeschriebenen Negativattest fehlt, ist ein Beruhen des Urteils auf dem Gesetzesverstoß grundsätzlich nicht auszuschließen. Anderes gilt nur, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Urteil weder auf eine gesetzeswidrige informelle Absprache noch diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht. Dies ist der Fall, wenn sich das Revisionsgericht nach Aufklärung der Verfahrenstatsachen umfassend mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob eine gesetzeswidrige Absprache angestrebt oder getroffen wurde, und dies verfassungsrechtlich vertretbar eindeutig ausgeschlossen hat (Folgeentscheidung zu BGH, Beschluss vom 14. April 2015 - 5 StR 9/15 - [= HRRS 2015 Nr. 583]).
4. Ungeachtet der vom Fehlen des Negativattests ausgehenden Indizwirkung für einen Gesetzesverstoß spricht von Verfassungs wegen allerdings nichts gegen die Annahme einer Unzulässigkeit sogenannter „Protokollrügen“, mit denen lediglich die Fehlerhaftigkeit der Sitzungsniederschrift gerügt wird, auf der das Urteil nicht beruhen kann. Ob eine Verfahrensbeanstandung als zulässig erhobene Rüge einer gesetzeswidrigen informellen Absprache oder als bloße Protokollrüge anzusehen ist, ist als Frage der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts den Revisionsgerichten übertragen.

**Entscheidungstenor**

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

**Gründe**

I.

Das Landgericht Berlin verurteilte den Beschwerdeführer am 14. Juli 2014 wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit 1  
Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 256 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren; zudem hat es den Verfall von Wertersatz angeordnet.

Gegen dieses Urteil, dem eine Verständigung im Sinne des § 257c StPO nicht vorausging, wandte sich der 2  
Beschwerdeführer mit seiner Revision und rügte - neben Verstößen gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO sowie gegen § 24 Abs. 2 StPO in Verbindung mit § 338 Nr. 3 StPO - eine Verletzung von § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO, da das Hauptverhandlungsprotokoll kein Negativattest im Sinne dieser Vorschrift enthalte. Der Generalbundesanwalt beantragte, die Revision des Beschwerdeführers gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet zu verwerfen. Der Rüge nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO müsse der Erfolg versagt bleiben, weil das Urteil auf einem Protokollierungsmangel schlechterdings nicht beruhen könne: Die Sitzungsniederschrift werde erst nach Verkündung der Urteilsformel fertiggestellt. Der Bundesgerichtshof verwarf mit Beschluss vom 14. April 2015 die Revision des Beschwerdeführers

als unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO und schloss in Zusammenhang mit den gerügten Verstößen gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO unter Berücksichtigung des Verfahrensablaufs, des Revisionsvorbringens und der unwidersprochen gebliebenen dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden der Strafkammer aus, dass eine gesetzeswidrige Absprache angestrebt oder gar getroffen wurde; zur Rüge der Verletzung des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO verhielt sich der Beschluss nicht.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer unter anderem, der Bundesgerichtshof habe die 3  
indizielle Bedeutung eines Verstoßes gegen § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO für einen Verstoß gegen § 257c StPO  
verkannt und mit seiner Auslegung der Vorschrift gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen.

## II.

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Ihr kommt weder grundsätzliche Bedeutung 4  
zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt (§ 93a Abs. 2 BVerfGG),  
denn sie hat keine Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 <24 ff.>).

1. Soweit der Beschwerdeführer in der Auslegung und Anwendung des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO durch den 5  
Bundesgerichtshof Grundrechte verletzt sieht, ist die Verfassungsbeschwerde unbegründet, da die angefochtene  
Entscheidung jedenfalls nicht auf einem etwaigen Verfassungsverstoß beruht.

a) Der Prüfungsmaßstab ist dem Grundrecht auf ein faires Verfahren zu entnehmen. Das Recht auf ein faires 6  
Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 Abs. 1 GG (vgl.  
BVerfGE 57, 250 <274 f.>; 86, 288 <317>; 118, 212 <231>; 122, 248 <271>) und gehört zu den wesentlichen  
Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens (vgl. BVerfGE 38, 105 <111>; 46, 202 <210>). Es enthält keine in  
allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen  
Gegebenheiten (vgl. BVerfGE 57, 250 <275 f.>; 70, 297 <308>; 130, 1 <25>). Diese Konkretisierung ist zunächst  
Aufgabe des Gesetzgebers und sodann, in den vom Gesetz gezogenen Grenzen, Pflicht der zuständigen Gerichte bei  
der ihnen obliegenden Rechtsauslegung und -anwendung (vgl. BVerfGE 63, 45 <61>; 64, 135 <145>; 122, 248  
<272>; 133, 168 <200 Rn. 59>). Die Gerichte haben den Schutzgehalt der in Frage stehenden Verfahrensnormen  
und anschließend die Rechtsfolgen ihrer Verletzung zu bestimmen. Dabei sind Bedeutung und Tragweite des Rechts  
auf ein faires Verfahren angemessen zu berücksichtigen, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der  
Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. zur Bedeutung der Grundrechte als objektive Wertordnung BVerfGE 7,  
198 <205 ff.>; stRspr). Die Verknennung des Schutzgehalts einer verletzten Verfahrensnorm kann somit in das Recht  
des Beschuldigten auf ein faires Verfahren eingreifen (vgl. BVerfGE 9, 174 <188 f.>; 17, 319 <328>).

b) Die in dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgesehenen Schutzmechanismen in Form von 7  
Transparenz- und Dokumentationsvorschriften, zu denen auch § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO gehört, verfolgen als ein  
wesentliches Ziel, eine wirksame „vollumfängliche“ Kontrolle durch das Rechtsmittelgericht zu ermöglichen. Diese  
Kontrolle soll dazu beitragen, dass „Verständigungen in erster Instanz wirklich so ablaufen, wie es den Vorgaben des  
Gesetzgebers entspricht“ (vgl. BVerfGE 133, 168 <221 Rn. 94 f.> unter Hinweis auf die Begründung des  
Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BTDrucks 16/12310, S. 9). Intransparente, unkontrollierbare „Deals“ sind im  
Strafprozess wegen der mit ihnen verbundenen Gefährdung des Schuldprinzips, der darin verankerten  
Wahrheitserforschungspflicht und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens  
dagegen bereits von Verfassungs wegen untersagt (vgl. BVerfGE 133, 168 <232 Rn. 115>). Gerade das sogenannte  
Negativattest dient ausweislich der Gesetzesmaterialien dazu, mit höchstmöglicher Gewissheit und auch in der  
Revision überprüfbar die Geschehnisse in der Hauptverhandlung zu dokumentieren und auszuschließen, dass  
„stillschweigend“ ohne Beachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten solche Verhaltensweisen stattgefunden haben (vgl.  
BTDrucks 16/12310, S. 15). Die Vorschrift des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO kann daher nicht als bloße  
Ordnungsvorschrift verstanden werden, sie gehört vielmehr zum Kern des gesetzlichen Regelungskonzepts (vgl.  
BVerfGE 133, 168 <222 Rn. 96>; siehe auch BGHSt 56, 3 <5> m.w.N.).

c) Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden, dass, soweit eine Verständigung 8  
nicht zustande kommt und es an dem vorgeschriebenen Negativattest nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO fehlt, nach  
Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 257c StPO  
grundsätzlich nicht auszuschließen sein wird, 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 gesetzeswidrige „informelle“ Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht  
(BVerfGE 133, 168 <223 Rn. 98>).

2. Der Beschwerdeführer geht danach zu Recht davon aus, dass die einem Fehlen des Negativattests zukommende 9  
Indizwirkung für einen Verstoß gegen § 257c StPO durch eine heimliche Absprache oder diesbezügliche  
Gesprächsbemühungen bei Auslegung und Anwendung des Verfahrensrechts zu berücksichtigen ist. Dies führt aber

nicht dazu, dass für Rügen, mit denen eine Verletzung von § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO geltend gemacht wird, von Verfassungen wegen eine Ausnahme vom ansonsten geltenden Grundsatz der Unzulässigkeit sogenannter „Protokollrügen“ gelten würde, mit denen lediglich die Fehlerhaftigkeit der Sitzungsniederschrift gerügt wird, auf das Urteil nicht beruhen kann (vgl. dazu BGHSt 7, 162 <163 f. >; BGH, Urteil vom 20. April 2006 - 4 StR 604/05 -, NSTZ-RR 2007, S. 52 <53>; Beschluss vom 8. Juni 2011 - 4 StR 111/11 -, juris, Rn. 3; BGHSt 59, 130 <132 f.>; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 344 Rn. 26; Gericke, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 344 Rn. 21; Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. 2016, § 344 Rn. 38, jeweils m.w.N.).

a) Die Konkretisierung des Grundrechts auf ein faires Verfahren bei und durch Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ist zunächst Aufgabe der Fachgerichte; das Bundesverfassungsgericht kann erst eingreifen, wenn eine Gesamtschau ergibt, dass dabei rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 57, 250 <276>; 64, 135 <145 f.>; 122, 248 <272>; 133, 168 <200, Rn. 59>). 10

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es nicht geboten, den Hinweis auf das fehlende Negativattest als schon für sich zulässige Beanstandung eines Verfahrensfehlers anzusehen, der sich ausnahmsweise allein aus der fehlerhaften Protokollierung ergibt (vgl. zu diesem Ansatz BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2013 - 2 StR 410/13 -, StV 2014, S. 515; BGHSt 58, 310 <311 f.>; krit. etwa Schneider, NSTZ 2014, S. 252 <255 ff.>), wenn und soweit dem Schutzgedanken des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO auf andere Weise angemessen Rechnung getragen wird. Dies ist jedenfalls dann gewährleistet, wenn eine diesbezügliche Verfahrensrüge in jedem Einzelfall sorgfältig darauf geprüft wird, ob damit der Sache nach nicht ein Verstoß gegen § 257c StPO durch eine informelle Absprache geltend gemacht wird. Dass auch vordergründige „Protokollrügen“ auslegungsfähig und gegebenenfalls auslegungsbedürftig sind, ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 300 StPO, der bei der Auslegung der Revisionsbegründungsschrift zu beachten ist (vgl. BVerfGE 112, 185 <211> m.w.N.). Eine falsche Bezeichnung der verletzten Rechtsvorschrift ist gemäß § 352 Abs. 2 StPO ohnehin unschädlich (vgl. Gericke, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 344 Rn. 19). Dementsprechend ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass missverständliche Formulierungen wie „ausweislich des Sitzungsprotokolls“ oder „aus dem Sitzungsprotokoll ergibt sich nicht“ unter Umständen nur als Hinweis auf die Beweisführung hinsichtlich des behaupteten Verfahrensfehlers verstanden werden können und der Zulässigkeit der Rüge nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. September 1981 - 4 StR 496/81 -, StV 1982, S. 4 <5>; Beschluss vom 13. Mai 1997 - 4 StR 191/97 -, StV 1997, S. 515 f.; Urteil vom 12. Januar 2005 - 2 StR 138/04 -, NSTZ 2005, S. 281; Beschluss vom 11. November 2014 - 3 StR 497/14 -, juris, Rn. 2; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 344 Rn. 26; Franke, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, § 344 Rn. 86; Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 239). 11

b) Welche Anforderungen nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO allgemein - und damit auch als Voraussetzung für eine entsprechende Auslegung - an die Rüge einer gesetzeswidrigen informellen Absprache oder diesbezüglicher Gesprächsbemühungen zu stellen sind, ist als Frage der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts den Revisionsgerichten übertragen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26. August 2014 - 2 BvR 2400/13 -, NJW 2014, S. 3504 <3506> zu § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO). Ihnen obliegt etwa die Entscheidung, dass die Revision konkret und im Einzelnen mitteilen muss, welche Kenntnisse sie - gegebenenfalls nach zumutbarer Einholung von Auskünften beim Instanzverteidiger (vgl. BVerfGK 6, 235 <237 f.>) - von einer derartigen Absprache hat (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Mai 2013 - 4 StR 121/13 -, NSTZ 2013, S. 541; BGHSt 56, 3 <6>; vgl. auch BGH, Beschluss vom 25. Juni 2015 - 1 StR 579/14 - NSTZ 2015, S. 657 <658> zu § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO). Möglich wäre aber auch eine Entscheidung, mit Blick auf das gesetzliche Schutzkonzept pauschalere Behauptungen genügen zu lassen, die dann vom Revisionsgericht im Freibeweisverfahren überprüft werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2015 - 2 StR 389/13 -, juris, Rn. 61 f. und BGH, Beschluss vom 3. September 2013 - 1 StR 237/13 -, NSTZ 2013, S. 724 f., jeweils zu § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; vgl. allgemein zur Möglichkeit des Freibeweisverfahrens beim Fehlen des Negativattestes BGHSt 56, 3 <5 f.>). 12

3. Ob der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung den verfassungsrechtlichen Schutzgehalt des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO verkannt hat, kann hier dahinstehen. 13

Zwar hat sich der Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss nicht ausdrücklich zur Rüge der Verletzung des § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO geäußert, so dass davon auszugehen ist, dass er sich insoweit die Ausführungen des Generalbundesanwalts zu eigen gemacht hat (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Juni 2014 - 2 BvR 792/11 -, NJW 2014, S. 2563 <2564> m.w.N.). Dieser hat zwar die entsprechende Verfahrensbeanstandung als bloße Protokollrüge angesehen, ohne erkennbar zu prüfen, ob sie in der beschriebenen Weise ausgelegt werden kann. Die Frage, ob durch die Unterlassung dieser Prüfung das Grundrecht des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren verletzt wurde, kann gleichwohl offenbleiben. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann in derartigen Fällen ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstoß jedenfalls dann ausgeschlossen werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Urteil weder auf eine gesetzeswidrige informelle Absprache noch diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht (vgl. BVerfGE 133, 168 <223 Rn. 98>). 14

So liegt es hier. Der Bundesgerichtshof hat sich im Zusammenhang mit den anderen erhobenen Verfahrensrügen unter Berücksichtigung des Verfahrensablaufs, des Revisionsvorbringens und der unwidersprochen gebliebenen dienstlichen Stellungnahme des Vorsitzenden - und damit nach Aufklärung der Verfahrenstatsachen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 26. August 2014 - 2 BvR 2400/13 -, NJW 2014, S. 3504 <3505>) - umfassend mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine gesetzeswidrige Absprache angestrebt oder getroffen wurde, und dies verfassungsrechtlich vertretbar eindeutig ausgeschlossen. Von daher lässt sich auch ausschließen, dass der Bundesgerichtshof selbst dann, wenn er die Verfahrensrüge als zulässig angesehen hätte, zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Die angefochtene Entscheidung würde daher nicht auf dem unterstellten Grundrechtsverstoß beruhen. 15

4. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen. 16

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 17