

Zur Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts bei Fehlen eines Negativattestes

Anmerkung zu BVerfG vom 26.08.2014 - 2 BvR 2172/13 und 2400/13

In dem Beschluss vom 29.09.2010¹ hatte der 2. Strafsenat des BGH noch entschieden „ein Protokoll, in dem weder vermerkt ist, dass eine Verständigung stattgefunden, noch dass eine solche nicht stattgefunden hat“, sei „widersprüchlich bzw. lückenhaft“ und verliere „insoweit seine Beweiskraft“. Dass diese Rechtsauffassung es dem Tatrichter ermöglicht, seine Fehlentscheidung dadurch revisionssicher zu machen, dass er heimliche „Deals“ durch eine unzureichende Protokollierung komplettiert, hatte ich bereits in der Anmerkung zu dieser Entscheidung² dargelegt. Hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Das Bundesverfassungsgericht hat dann in dem Beschluss vom 05.03.2012³ klargestellt, dass „der Grundsatz, dass nicht zu beseitigende Zweifel am Vorliegen von Verfahrenstatsachen zu Lasten des Angeklagten gehen“, nicht gilt, „wenn die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts auf einem Verstoß gegen eine gesetzliche Dokumentationspflicht beruht“. In einer Anmerkung zu dieser Entscheidung⁴ habe ich hieraus hergeleitet, dass allein das fehlende Negativattest beweist, dass eine Verständigung stattgefunden hat und der Rechtsmittelverzicht daher unwirksam ist.

Demgegenüber hat Niemöller in einer Anmerkung zu dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 05.03.2012⁵ der von mir in StV 2011, 340 (und StV 2012, 648) vertretenen Auffassung zwar „Charme“ attestiert, jedoch einen „gesetzlichen Anknüpfungspunkt“ vermisst und die Auffassung vertreten, im Hinblick auf die o.g. Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH vom 29.09.2010 sei „die Messe gelesen“⁶. Dass dies nicht der Fall war, beweisen die nunmehr veröffentlichten Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 26.08.2014⁷.

In diesen Beschlüssen hat das Bundesverfassungsgericht nämlich klargestellt, dass „der Vorsitzende ... die Verfahrensbeteiligten zu Beginn der Hauptverhandlung entweder über zuvor geführte Verständigungsgespräche oder aber darüber unterrichten (muss), dass es solche Erörterungen nicht gegeben hat (Negativmitteilung)“⁸, während die Redaktion der StraFo die Quintessenz der Beschlüsse vom 26.08.2014 unter dem Leitsatz zusammenfasst „ein Negativattest (sei) auch dann erforderlich, wenn keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben“⁹.

Dies bedeutet, dass von einer Verletzung der Mitteilungspflicht gem. § 243 IV 1 StPO bereits deshalb auszugehen ist, weil es an einer protokollierten „Negativmitteilung“ fehlt. Hierbei bezieht sich die 2. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich auf BVerfGE 133, 168, 223, Rn. 98, aus dem sich dies tatsächlich bereits hinreichend ergibt.

Die gegenteilige Rechtsauffassung wird sogar als objektiv willkürlich charakterisiert, weil sie dem „eindeutigen objektivierten Willen des Gesetzgebers, wie er auch im Urteil des BVerfG vom 19.03.2013 (BVerfGE 133, 168 ff) herausgearbeitet wurde“, widerspricht¹⁰.

Damit ist - um es in Niemöllers Diktion zu sagen - tatsächlich „die Messe gelesen“. Wenn allein die fehlende Negativmitteilung ausreicht, um vom Vorliegen einer Verständigung und damit einer Verletzung der Mitteilungspflicht des § 243 IV 1 StPO auszugehen, muss das Fehlen einer Negativmitteilung auch als ausreichender Grund für die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts gem. § 302 I 2 StPO angesehen werden, ohne dass den Revisionsführer insoweit noch irgendeine „Darlegungslast“ trifft. Dementsprechend kann von dem Fehlen einer Verständigung nur dann noch ausgegangen werden, wenn

„zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand“¹¹. Diese Feststellung ist wohl nur dann noch möglich, wenn der Revisionsführer so töricht ist, ausdrücklich klarzustellen, dass keine Verständigungsgespräche geführt wurden, sondern Gegenstand der Erörterung „lediglich organisatorische Vorgespräche“¹² waren.

Zu irgendwelchen Ermittlungen im Freibeweisverfahren hat das Revisionsgericht nur Anlass, wenn sich aus der Revisionsbegründung tatsächlich Anhaltspunkte gegen das Vorliegen von Verständigungsgesprächen ergeben. Anderenfalls gibt es mangels Darlegungslast des Revisionsführers bezüglich dieser Frage keine Notwendigkeit zu irgendwelchen freibeweislichen Ermittlungen.

Diese weitreichenden Folgen einer fehlenden Negativmitteilung kann der Tatrichter ohne Schwierigkeiten vermeiden, indem er in den Fällen, in denen tatsächlich keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben, eine Negativmitteilung in das Hauptverhandlungsprotokoll aufnimmt. Praktische Schwierigkeiten können daher

gegen die hier erneut vorgeschlagene - verblüffend einfache - Auslegung der §§ 243 II, 273 I a, 302 I 2 StPO nicht vorgebracht werden. Dass sie auch - entgegen der oben dargestellten Auffassung von Niemöller - nicht des „gesetzlichen Anknüpfungspunktes“ entbehren, ergibt sich zwingend aus dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht die gegenteilige Auffassung explizit für „objektiv willkürlich“ erklärt hat.

1 vgl. BGHSt 56, 3 = StV 2011, 79

2 vgl. StV 2011, 340

3 vgl. StV 2012, 385

4 vgl. StV 2012, 648

5 vgl. StV 2012, 387

6 vgl. StV 2012, 388 li Sp oben

7 vgl. NStZ 2014, 592 = StraFo 2014, 417

8 so der Leitsatz der Schriftleitung der NStZ: NStZ 2014, 592

9 vgl. StraFo 2014, 417

10 vgl. StraFo 2014, 418 li Sp unten

11 vgl. BVerfG StraFo 2014, 419 re Sp oben

12 vgl. BVerfG StraFo 2014, 419 re Sp Mitte