

StV

Strafzumessung
&
Verständigung

STRAFVERTEIDIGER

40
JAHRE StV

REDAKTION

RA Prof. Dr. Björn Gercke
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Prof. Dr. Helmut Pollähne
Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski
RAin Lea Voigt

AUS DEM INHALT

Bundesgerichtshof

Verständigung ohne Zustimmung des Angeklagten **Bockemühl/Heuser**

Umfang der Mitteilungspflicht über Rechtsgespräche

Berufungsrücknahme in anderer Sache als Gegenstand einer Verständigung; Einziehung und Gesamtstrafenentscheidung

Belehrungspflicht bei Verständigung

Festhalten an Verständigungsvorschlag ohne Zustimmung der StA; Befangenheit; Täter-Opfer-Ausgleich

Strafzumessung bei observiertem Btm-Handel

Täter-Opfer-Ausgleich

Aufklärungshilfe als Zeuge

Gesamtstrafenbildung: Zäsurwirkung im Strafbefehlsverfahren **Loose**

In dubio pro reo bei der Gesamtstrafenbildung

Gesamtstrafenbildung: Zäsur durch »niedergeschlagenen« Strafrest?

Gesamtstrafenbildung: Anrechnung von Geldleistungen

Strafzumessung und »deutsche Werte«

Schadenskompensation in der Strafzumessung

Oberlandesgerichte

Brandenburg

Fernmündliche Anhörung des Verurteilten durch die StVK

Jena

Berufungsbeschränkung auf Frage der Aussetzung einer kurzen Freiheitsstrafe zur Bewährung

Karlsruhe

Rücknahme eines Strafbefehlsantrages

Vorrang der Strafhaft vor U-Haft

KG

Zulässiges Verteidigungsverhalten kein Strafschärfungsgrund

Strafzumessung und Übermaßverbot; Besitz geringer Mengen von Btm zum Eigenkonsum

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung **Dawidowicz**

Versagung der Bewährung trotz zwischenzeitlich verbüßter Strafhaft

Köln

Verbotene Kraftfahrzeugrennen: Rechtsfolgen

Landgerichte

Fulda

Strafrestaussetzung wegen Rückfallfreiheit während Strafunterbrechung

Gießen

Außervollzugsetzung eines Haftbefehls im Lichte der Corona-Gefahren

Nürnberg-Fürth

Versagen verfahrensrechtlicher Sicherungen bei kumulierter oberflächlicher und schablonenhafter Sachbehandlung

Aufsätze

Matthias Wachter

Öffentlichkeit, Fair Trial und Verfassungssubjektivität: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Mitteilungspflichten bei Verfahrensabsprachen

Martin Heuser/Jan Bockemühl

Rechtsfragen der Verfahrensrüge informeller Urteilsabsprachen: Vom unverdeckt praktizierten Deal zur Urteilsaufhebung mangels materieller Falschbelehrung

12 x 12 = 40

40 Jahre StV: 12 Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger
Norbert Gatzweiler

Rezension

Oliver Michaelis

Florian Ruhs, Rechtsbehelfe bei Verständigungen

Heft 1

Januar 2021

Seiten 1 – 88

41. Jahrgang

Art.-Nr. 08100101
PVSt 20232

Carl Heymanns Verlag

Verständigung ohne Zustimmung des Angeklagten

StPO § 257c

Die Zustimmung des Angeklagten zum Verständigungsvorschlag des Gerichts muss ausdrücklich erfolgen, eine nur konkludente Erklärung reicht nicht aus.

BGH, Beschl. v. 23.07.2019 – 1 StR 169/19 (LG München I)

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angekl. wegen Betrugs in zwei tatmehrheitlichen Fällen, wegen gefährlicher Körperverletzung in zwei tateinheitlichen Fällen sowie wegen dirigierender Zuhälterei in drei tatmehrheitlichen Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. 10 M. verurteilt. Der Mitangekl. Z. wurde wegen derselben Taten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. 9 M. verurteilt. Gegen beide Angekl. hat das *LG* gesamtschuldnerisch die Einziehung von Wertersatz i.H.v. 19.957,50 € angeordnet.

[2] Hiergegen richtet sich die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angekl. Das Rechtsmittel hat Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO).

[3] 1. Die Revision hat mit der zulässig erhobenen Verfahrensrüge der Verletzung von § 257c Abs. 3 S. 4 StPO Erfolg.

[4] a) Der Rüge liegt folgender Verfahrensgang zu Grunde:

[5] Im Termin zur Hauptverhandlung v. 20.06.2018 unterbreitete das *LG* – nach einer Vorbesprechung mit den Verfahrensbeteiligten in einer Sitzungspause – in der Hauptverhandlung einen Verständigungsvorschlag, der entspr. protokolliert wurde. Das *LG* wies darauf

hin, dass eine Einlassung der Angekl. im Termin v. 11.07.2018 erwartet wird, falls der Verständigungsvorschlag des Gerichts akzeptiert werden sollte.

[6] In den folgenden Hauptverhandlungsterminen v. 11.07.2018 und v. 13.07.2018 finden sich keine Erklärungen des Angekl. zur Sache und dazu, ob er dem Verständigungsvorschlag der *Kammer* zustimmt. Der Angekl. wurde aber am 11.07.2018 gem. § 257c Abs. 4 und 5 StPO belehrt.

[7] Im weiteren Hauptverhandlungstermin v. 06.08.2018 machte der Angekl. Angaben zur Sache. Es ergingen dann verschiedene rechtliche Hinweise und das *LG* hat mit Zustimmung der StA durch Beschl. Verfahrensbeschränkungen nach § 154a Abs. 2 StPO und nach § 154 Abs. 2 StPO vorgenommen.

[8] Im folgenden Hauptverhandlungstermin am 10.08.2018 erklärte der Verteidiger des Angekl., dass die im letzten Hauptverhandlungstermin abgegebene Erklärung zur Sache im Rahmen des Verständigungsvorschlags des Gerichts abgegeben wurde. Anschließend erklärte die Sitzungsvertreterin der StA, dass dem Verständigungsvorschlag der *Kammer* zugestimmt wird. Eine Zustimmung des Angekl. zum Verständigungsvorschlag des Gerichts ist nicht erfolgt.

[9] Das *LG* ist im Urt. hinsichtlich beider Angekl. von einer wirksamen Verständigung gem. § 257c StPO entspr. dem Vorschlag des Gerichts v. 20.06.2018 ausgegangen.

[10] **b)** Damit wurde gegen § 257c Abs. 3 S. 4 StPO verstoßen, da keine wirksame Verständigung zu Stande kam, weil der Angekl. dem Vorschlag des Gerichts nicht zugestimmt hat.

[11] Die Regelung des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO gestattet eine Verständigung nur nach dieser Vorschrift. Danach kommt eine Verständigung in der Hauptverhandlung zustande, wenn das Gericht ankündigt, wie die Verständigung aussehen könnte (§ 257c Abs. 3 S. 1 StPO), und wenn der Angekl. sowie die StA zustimmen (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO). Eine solche Zustimmung bewirkt das formwirksame Zustandekommen der Verständigung. Sie ist als gestaltende Prozessklärung unanfechtbar und unwiderruflich (*BGH*, Urt. v. 21.06.2012 – 4 StR 623/11, *BGHSt* 57, 273 Rn. 13 f. [= StV 2012, 712]). Die Zustimmung zum Verständigungsvorschlag muss deshalb – nicht zuletzt wegen der Bindungswirkung – ausdrücklich erfolgen. Eine nur konkludente Erklärung des Angekl. reicht hierzu nicht aus (vgl. *BGH*, Beschl. v. 07.12.2016 – 5 StR 39/16, *NSZ-RR* 2017, 87; Urt. v. 14.05.2014 – 2 StR 465/13 Rn. 8; *MüKo-StPO/Jahn/Kudlich*, 2016, § 257c Rn. 143; *KK-StPO/Moldenhauer/Wenske*, 8. Aufl. 2019, § 257c Rn. 25).

[12] Ein solcher Ablauf hat nach dem durch das Protokoll der Hauptverhandlung belegten Vortrag des Bf. nicht stattgefunden. Zwar hat die Vertreterin der StA ausdrücklich dem Verständigungsvorschlag des Gerichts zugestimmt, die für das Zustandekommen der Verständigung notwendige weitere Zustimmungserklärung des Angekl. ist aber nicht abgegeben worden. Auch aus der Erklärung des Verteidigers v. 10.08.2018 kann eine solche ausdrückliche und eindeutige Zustimmung nicht abgeleitet werden, da hierdurch nur klargestellt wird, dass die Einlassung des Angekl. auch im Rahmen des Verständigungsvorschlags erfolgt ist. Die dienstlichen Stellungnahmen der Berufsrichter reichen insoweit nicht.

[13] **2.** Der *Senat* kann nicht ausschließen, dass das Urt. auf der fehlenden Zustimmung des Angekl. beruht. Das Geständnis des Angekl. kann durch das rechtsfehlerhafte Verfahren zur Verständigung beeinflusst sein.

Anmerkung: I. Einführung. Nach § 257c Abs. 3 S. 4 StPO kommt eine Verständigung formwirksam zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem vom Gericht unterbreiteten Vorschlag zustimmen. Welche Anforderungen an eine solche formwirksame Zustimmung im Genaueren zu stellen sind, lässt das Gesetz indes offen. In der forensischen Praxis konnte somit im Ausgang vom Gesetzeswortlaut schnell Unklarheit darüber entstehen, ob den Erfordernissen einer Zustimmung allseits genügt wurde, und ob eine Verständigung dementsprechend zustande gekommen ist oder nicht. Mit dem vorstehenden Beschluss hat der *1. Strafsenat*¹ die an eine Zustimmung des Angeklagten zum Verständigungsvorschlag zu stellenden Anforderungen nunmehr präzisiert. Erforderlich und hinreichend ist demnach alleine eine *ausdrücklich* erklärte Zustimmung des Angeklagten, so dass seine möglicherweise bloß konkludente Zustimmungserklärung die Verständigung nicht formwirksam zustande bringt.

Dieses Ergebnis überzeugt auch vor dem Hintergrund seiner gesetzlichen Regelung: Nach § 257c Abs. 3 S. 1 StPO gibt das Gericht den möglichen Inhalt einer Verständigung bekannt. Sodann erhalten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme, § 257c Abs. 3 S. 3 StPO. Schließlich kommt die Verständigung durch Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten zustande, § 257c Abs. 3 S. 4 StPO, was letztlich zur Bindung des Gerichts führt, vgl. § 257c Abs. 4 S. 1 u. 2 StPO. Dieser gesetzlichen Unterscheidung zwischen Stellungnahme und Zustimmung auf dem Weg zur Bindung des Gerichts lässt sich abnehmen, dass den bloßen Stellungnahmen von Staatsanwaltschaft und Angeklagten nicht implizit bereits eine etwaige Zustimmung entnommen werden können soll. In einem solchen Fall würde nämlich insbesondere die Entscheidungsfreiheit des Angeklagten unzulässig beschränkt, da die Stellungnahmen noch der freien Entscheidungsfindung und nicht schon der verbindlichen Entscheidungsfeststellung dienen sollen. Sie haben also wesentlich informatorische Funktion² und binden die zustimmungsberechtigten Beteiligten noch nicht. Mittelbare Bindungswirkung für das Gericht entfalten somit erst die Zustimmungserklärungen i.S.v. § 257c Abs. 3 S. 4 StPO.³ Mit Blick auf die vom *BVerfG*⁴ angemahnte Formstrenge des Verständigungsprozesses bedarf es dann mit gutem Grund – und zwar in deutlicher Unterscheidung von einer bloßen Stellungnahme – abschließend jeweils einer ausdrücklichen Äußerung der Staatsanwaltschaft sowie des Angeklagten, ob bzw. dass dem verhandelten Verständigungsvorschlag die Zustimmung erteilt werden soll.

II. Zum Inhalt der Entscheidung. **1.** Es konnte deshalb im vorliegenden Fall mit Recht schon die Handhabe des *LG* nicht als ausreichend für das formwirksame Zustandekommen der Verständigung angesehen werden, wonach die – im Gegenzug zu den Verständigungszusagen erwartete – Einlassung nach § 257c Abs. 2 S. 2 StPO in einem bestimmten Folgetermin wohl als (konkludente) Zustimmung im Sinne von § 257c Abs. 3 S. 4 StPO gewertet werden sollte (Rn. 5). Die tatsächliche Einlassung im Rahmen der Verständigung setzt näm-

1 *BGH*, Beschl. v. 23.07.2019 – 1 StR 169/19 (in diesem Heft vorstehend) = *NSZ* 2019, 688 f. m. Anm. *Kudlich*.

2 Siehe dazu auch *MüKo-StPO/Jahn/Kudlich*, 2016, § 257c Rn. 142.

3 *BGH StV* 2012, 712.

4 *BVerfGE* 133, 168 Tz. 75 ff., 91 ff., 114 f. = *StV* 2013, 353.

lich eine bereits zuvor zustande gekommene Verständigung und mithin die entsprechenden Zustimmungserklärungen voraus. Insofern unterfällt die geständige Einlassung als Verständigungsgegenstand der Verständigung über das Prozessverhalten des Angeklagten (§ 257c Abs. 2 S. 1 Var. 3 StPO) und somit mittelbar der über den weiteren Fortgang des Verfahrens (§ 257c Abs. 1 S. 1 StPO). Erst recht konnte aus diesem Grund auch die Äußerung der Verteidigung, welche die später tatsächlich erfolgte Einlassung des Angeklagten nachträglich der Sphäre der vermeintlichen Verständigung unterstellen sollte, nicht als konkludente Zustimmung gewertet werden, zumal die geständige Einlassung auch nicht binnen des bestimmten Folgetermins stattfand, sondern erst nach diesem (Rn. 7, 8, 12).⁵ Das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung des Angeklagten zur Verständigung nach § 257c Abs. 3 S. 4 StPO schließt demnach eine schützende Förmlichkeit in sich, die u.a. auch verhindert, dass erst aus faktischen Vollzugelementen einer Verständigungsabsprache die ihr notwendig vorausgehende Zustimmung schließlich doch noch konkludent abgeleitet werden kann.

2. Mit dem Erfordernis *ausdrücklicher* Zustimmung schafft der *BGH* die erforderliche Rechtssicherheit. Denn bislang konnten sich die am Verständigungsprozess Beteiligten innerhalb der Sphäre des nach § 257c StPO grundsätzlich Zulässigen bei Annahme einer konkludent erteilten Zustimmung über das Zustandekommen einer Verständigung irren. Die folglich gutgläubig angenommene Bindungswirkung des Gerichts (§ 257c Abs. 4 S. 1–2 StPO) an eine solche tatsächlich nicht existente Verständigung i.S.v. § 257c StPO führte zur Verwertung eines verfahrensrechtlich fehlerhaft erlangten Geständnisses (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO), sodass ein darauf beruhendes Urteil – wie hier – wegen § 257c Abs. 3 S. 4 StPO in der Revision wiederum mit einer Verfahrensrüge angreifbar sein musste. Ein solcher Rechtsirrtum dürfte jedenfalls fortan nicht mehr möglich sein. Hätte der *BGH* zulasten der Rechtssicherheit hingegen auf das Erfordernis ausdrücklicher Zustimmung verzichtet, so hätten sich die am Verständigungsprozess Beteiligten in der Auslegung der jeweils maßgeblichen Umstände künftig auf unterschiedliche Positionen in der Frage stellen können, ob eine konkludente Zustimmung jeweils (bereits) erklärt wurde. Insbesondere die Staatsanwaltschaft hätte es dann – obwohl ihr ein Widerrufsrecht nicht zusteht⁶ – in der Hand, eine konkludente Zustimmung in der Revision nachträglich zu bestreiten, wenn die verabredete Einlassung des Angeklagten nicht ihren Vorstellungen entspricht.⁷ Der *1. Strafsenat* hebt daher in seiner Begründung des Ausdrücklichkeitserfordernisses mit Recht auf die Bindungswirkung der Zustimmungserklärung als unanfechtbarer und gestaltender Prozessklärung ab (Rn. 11).

3. Mit dem Erfordernis ausdrücklicher Zustimmung zieht der *BGH* zudem eine klare Demarkationslinie im Zustandekommen einer nach § 257c StPO zulässigen Verständigung, womit auch die an dem Punkt jenseits dieses Erfordernisses beginnende Sphäre des unzulässigen Deals genauer bestimmt wird. Mit Blick auf ein konkludentes Erklärungsverhalten der am Verständigungsprozess Beteiligten birgt diese Abgrenzung jedoch ihrerseits auch Risiken für gutgläubig Prozessierende, da bei lediglich faktischer Absprache außerhalb der Formen von § 257c StPO (»Verständigungspantomime«⁸) eine insofern bösgläubig angenommene Bindungswirkung des Gerichts

im Rahmen eines unzulässigen Deals denkbar ist.⁹ Auch eine solchermaßen praktizierte Bindung des Gerichts (vgl. § 257c Abs. 4 S. 1–2 StPO) an eine außerhalb der Erfordernisse des § 257c StPO gelegene Absprache kann in der Revision nämlich zur Urteilsaufhebung führen.¹⁰

So hat beispielsweise das *OLG München* ein Urteil des *LG Traunstein* in der Revision wegen eines Verstoßes gegen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO aufgehoben, weil es aus den protokollierten Umständen eine einseitige Verpflichtungserklärung des *Gerichts* gegenüber dem Angeklagten erkannte, nachdem die gerichtlichen Verständigungsbemühungen zuvor infolge ausdrücklicher staatsanwaltlicher Zustimmungsverweigerung gescheitert waren.¹¹

Im Falle des Scheiterns einer Verständigung i.S.v. § 257c StPO mangels ausdrücklicher Zustimmung eines Zustimmungsberechtigten ist das Gericht im Interesse der Rechtskraft seiner Entscheidung demnach gut beraten, alles zu unterlassen, was den Anschein einer informellen Absprache, sei es in Form einseitiger Verpflichtung des Gerichts gegenüber dem Angeklagten oder in Form allseits konkludenter Urteilsabsprache, hervorrufen könnte.¹² Dies mag umso schwieriger erscheinen, als die im Rahmen der gescheiterten Verständigungsgespräche geäußerte Strafobergrenze bereits einen Vertrauensstatbestand für den Angeklagten geschaffen haben kann, sodass ein gegenläufiger Hinweis nach § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO indiziert sein mag.¹³ Das Gericht hat sodann insbesondere im Hinblick auf die Erteilung etwaiger Hinweise sowie im Rahmen seiner kommunikativen Verhandlungsführung (§ 257b StPO) besondere Vorsicht vor allzu großen Suggestionen walten zu lassen.¹⁴ So können nach den Umständen des Einzelfalls ggf. auch solche Maßnahmen der Verhandlungsführung unzulässig sein, die im Vorfeld einer möglichen Verständigung als Unterfall der »Erörterung des Verfahrensstandes« gemäß § 257b StPO zulässig sein mögen, wie z.B. »Rechtsgespräche und Hinweise auf die vorläufige Beurteilung der Beweislage oder die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses«, oder die »Mitteilung einer Ober- und Untergrenze der nach dem Verfahrensstand vorläufig zu erwartenden Strafe«.¹⁵ Denn mittels solcher Maßnahmen der Verhandlungsführung kann im Einzelfall durch »lautes Nachdenken«¹⁶ auch eine unzulässige Fortanknüpfung an die zuvor gescheiterte Verständigung bewirkt werden, da der »Stand des Verfahrens« (§ 257b StPO) nach gescheiterter

5 Letzteres übersieht *Kudlich* NSz 2019, 688 in seiner Anmerkung (vgl. Fn. 1), indem er konstatiert, dass es mit dieser Aussage der Verteidigung eigentlich keine Missverständnisse mehr über das Zustandekommen der Verständigung geben konnte.

6 *BGH* StV 2012, 712 Tz. 13.

7 Vgl. zu einem solchen Fall etwa *BGH* StV 2017, 287.

8 *Norouzi* NJW 2014, 874; *Landau* NSz 2014, 425 (429).

9 Siehe etwa *BVerfG* StV 2016, 409; *BGHSt* 59, 21 (24 ff.) = *StV* 2014, 201.

10 Zu den möglichen Rechtsfolgen eines Deals siehe *MüKo-StPO/Jahnl/Kudlich* (Fn. 2), § 257c Rn. 156 f.

11 *OLG München* StV 2014, 523 m. Anm. *Wenske*; ähnl. auch der Fall von *BGH* StV 2018, 10 = *NSz* 2018, 232 m. Anm. *Hartmut Schneider*, in dem die *StRK* dem Angeklagten gegen ein Geständnis einseitig eine Bewährungsstrafe zugesichert hatte, nachdem eine Verständigung zuvor an der Verweigerungshaltung der *StA* gescheitert war.

12 Siehe für mögliche Hilfskriterien zur Feststellung einer informellen Absprache im Rahmen einer Gesamtwürdigung *Wenske* StV 2014, 525 (527) m.w.N., insbesondere unter Hinweis auch auf *BGHSt* 59, 21 (24 ff.) = *StV* 2014, 201.

13 Vgl. dazu auch *Hartmut Schneider* NSz 2018, 232; i.Ü. *BR-Drs.* 796/16, S. 38.

14 Vgl. weiterführend dazu auch *Wenske* StV 2014, 525 (527 ff.).

15 Für diese generellen Möglichkeiten des § 257b StPO siehe *BGH* StV 2016, 87 f. Tz. 15 m. Anm. *Kudlich*.

16 Siehe dazu *Kougl/Harwendorf* AnwBl. 2013, 321 (322).

Verständigung ggf. zugleich auch etwas über den »weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens« (§ 257c StPO) auszusagen vermag. Insbesondere wird dies dann gelten, wenn der mitgeteilte Strafraum unausgesprochen in ein quasi synallagmatisches Verhältnis zu einer geständigen Einlassung gerückt wird.¹⁷ Insofern wird man bei Anwendung des § 257b StPO künftig möglicherweise zwischen zulässigen Vor- und unzulässigen Nachgesprächen zu einer Verständigung i.S.d. § 257c StPO zu unterscheiden haben. Ein erstes Indiz für ein unzulässiges Nachgespräch kann dabei im Fehlen eines Hinweises nach § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO zu erblicken sein.

4. Der Beschluss des *1. Strafsenats* schafft klare Verhältnisse und trägt auf diese sehr zu begrüßende Weise zu größtmöglicher Rechtssicherheit in diesem Punkt bei. Das Gericht wird insbesondere auch den Angeklagten künftig bestenfalls ausdrücklich befragen, ob er dem Verständigungsvorschlag zustimmt, und der Angeklagte wird auf diese Frage ausdrücklich mit ja oder nein antworten müssen; schließlich wird genau dies protokolliert werden. Im Revisionsverfahren entfällt damit der ansonsten mögliche und müßig zu führende Streit darüber, ob den protokollierten Umständen eine zumindest konkludent erklärte Zustimmung des Angeklagten noch entnommen werden kann oder nicht. Sofern sich die Gerichte in ihrer Praxis also auf die präzisierten Anforderungen, die einzuhalten nicht besonders schwierig sein dürfte, einlassen werden, wird die so bestimmte Rechtslage in der Zukunft schließlich auch nicht zu einer größeren Vielzahl von Urteilsaufhebungen führen. Auf die Frage, ob das in der Annahme einer wirksamen Verständigung gesprochene Urteil auf einer nicht ausdrücklich erklärten Zustimmung beruht, wird es dann ebenfalls regelmäßig nicht länger ankommen.

5. Das Beruhen des Urteils auf einem solchen Verfahrensfehler i.S.v. § 337 Abs. 1 StPO ergibt sich indes – wie der *1. Senat* (Rn. 13) auch andeutet – bereits daraus, dass mit der Verständigung regelmäßig ein Geständnis verbunden ist (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO). Kommt eine Verständigung mangels ausdrücklicher Zustimmung tatsächlich allerdings nicht zustande, dann beruht das dennoch in der irrigen Annahme einer Verständigung gesprochene Urteil damit auf einem Geständnis, das es ohne den gerichtsirrigen hervorgerufenen Anschein einer Verständigung nicht gegeben haben würde. Insofern wirkt die verfahrensfehlerhafte Annahme des Zustandekommens einer Verständigung als kausaler Verfahrensfehler im Urteil fort. Auf die Vorstellung des Angeklagten vom Zustandekommen der Verständigung kommt es damit im Rahmen der Beruhensfrage hingegen ebenso wenig an, wie auf die kaum zu beantwortende Frage, ob die abgesprochene Obergrenze i.S.v. § 257c Abs. 3 S. 2 StPO im konkreten Fall zugunsten des – ansonsten ja noch nicht verurteilten – Angeklagten wirkt.¹⁸

II. Resümee. 1. Ernstliche Kritik lässt sich am vorstehenden Beschluss des *1. Strafsenats* kaum üben; im Gegenteil.¹⁹ Einen kleinen Wermutstropfen enthält allerdings eine scheinbar einschränkende Formulierung im hier maßgeblichen Punkt, mit der sich der *1. Senat* möglicherweise eine Hintertür offen halten wollte. Zuvor hatte nämlich bereits der *5. Strafsenat* für die spiegelbildliche Zustimmung der Staatsanwaltschaft sachgleich und ohne jeden Vorbehalt entschieden:

»Eine solche Zustimmung wäre von der Staatsanwaltschaft eindeutig zu erklären gewesen [...]. Entgegen der Ansicht der Revision reicht eine [...] konkludente Erklärung der Staatsanwaltschaft [...] hierzu nicht aus.«²⁰

Dagegen heißt es im Beschluss des *1. Senats* (Rn. 11) für die Zustimmung des Angeklagten, und zwar unter lediglich vergleichender Bezugnahme auf den Beschluss des *5. Senats* wörtlich:

»Eine *nur* konkludente Erklärung des Angeklagten reicht hierzu nicht aus (vgl. *BGH*, Beschl. v. 07.12.2016 – 5 StR 39/16, *NStZ-RR* 2017, 87; [...]).«²¹

Welcher Sinn hier allerdings mit dem Wörtchen »nur« im Vergleich mit der Formulierung des *5. Senats* verbunden sein soll, lässt sich bloß mutmaßen, zumal die Anforderungen an die Zustimmung der Staatsanwaltschaft sowie des Angeklagten keine unterschiedlichen sein dürften. Als ausreichend wird man mit dieser Formulierung daher jedenfalls eine ausdrücklich und zugleich *auch* konkludent abgegebene Erklärung der Zustimmung ansehen müssen. Soll es aber mit ihr vielleicht erforderlichenfalls auch eine nicht ganz so ausdrücklich, jedoch in der Gesamtschau zugleich gerade noch hinreichend *auch* konkludent erklärte Zustimmung geben können? Auf diese Weise wäre die mit dem Beschluss des *1. Senats* eigentlich erreichte Rechtssicherheit sogleich wieder aufgegeben. Tatsächlich dürfte die Ausdrücklichkeit einer Erklärung jedoch überhaupt keiner Quantifizierung zugänglich sein, weil eine Erklärung ja gerade in qualitativer (und nicht: quantitativer) Hinsicht entweder ausdrücklich erfolgt oder eben nicht. Über das »Maß der Ausdrücklichkeit« kann darum – wohlverstanden – kein Streit entstehen. Eine echte Einschränkung lässt sich mit der Formulierung des *1. Strafsenats* somit mutmaßlich nicht verbinden.

2. Offen lässt die Entscheidung des *1. Strafsenats* schließlich die höchstrichterlich bislang noch nicht geklärte und in der Literatur umstrittene Frage, ob auch die Verteidigung die Zustimmung für den Angeklagten (ausdrücklich) erklären kann (vgl. Rn. 12).²² Der unmittelbare Wortlaut des § 257c Abs. 3 S. 4 StPO, der lediglich von der Zustimmung des Angeklagten spricht, ist so eindeutig jedoch nicht. Denn der Angeklagte kann sich bei seiner Erklärung jedenfalls seines Verteidigers gemäß § 137 Abs. 1 S. 1 StPO bedienen.²³ Insofern spricht einiges für die Möglichkeit, dass auch die Verteidigung die Zustimmung für den Angeklagten ausdrücklich erklären kann. Soll allerdings der »Superschulterschluss« zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Konsensverteidigung verhindert werden, setzt dies hingegen eine eigene Erklärung des Angeklagten voraus.²⁴ Eine höchstrichterliche Klärung dieser Frage bleibt weiter abzuwarten.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Jan Bockemühl und
Wiss. Mit. Dr. Martin Heuser, Regensburg.

17 Vgl. dazu auch *Hartmut Schneider* *NStZ* 2015, 53 (54 f.).

18 Vgl. dafür aber *Kudlich* *NStZ* 2019, 688 (689 f.).

19 Vgl. auch nochmals die Besprechung des Beschlusses durch *Kudlich* *NStZ* 2019, 688 (689 f. a.E.).

20 *BGH* *NStZ-RR* 2017, 87.

21 Hervorhebung durch die *Verf.*

22 Für diese Möglichkeit etwa *MüKo-StPO/Jahn/Kudlich* (Fn. 2), § 257c Rn. 144; *Meyer-Goßner/Schmitt-StPO*, 62. Aufl. 2019, § 257c Rn. 25; *LR-StPO/Struckenberg*, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 53; *Schlothauer* FS Beulke, 2015, S. 1023 (1033 f.); dagegen etwa *SK-StPO/Velten*, 5. Aufl. 2016, § 257c Rn. 23.

23 Vgl. *MüKo-StPO/Jahn/Kudlich* (Fn. 2), § 257c Rn. 144; ausf. zum Innenverhältnis der Verteidigung *LR-StPO/Jahn*, 27. Aufl. 2020, Vor § 137 Rn. 29 ff. 24 *BeckOK-StPO/Eichelbach*, 35. Ed. Stand: 01.10.2019, § 257c Rn. 28.