

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**

Veragung 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

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

– Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 09.10.2019 – 1 StR 545/18 = StV 2021, 15
(in diesem Heft) –

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

Der 1. Strafsenat des BGH hätte im hier analysierten Beschluss einen Paradeffall einer unzulässigen Urteilsabsprache zu entscheiden gehabt, hätte sich diese heimlich und verdeckt vollzogen. Tatsächlich wurde sie jedoch in der ungeniertesten Art justizieller Gesetzesüberhebung offen und unverdeckt durch den Strafkammervorsitzenden zur Schau getragen.

A. Einleitende Bemerkungen zur konkludenten Urteilsabsprache

Erst jüngst hat der 1. Strafsenat überzeugend entschieden, dass es neben einer solchen der Staatsanwaltschaft auch einer *ausdrücklichen* Zustimmung des Angeklagten bedarf, um eine Verständigung i.S.v. § 257c Abs. 1 S. 1 StPO formwirksam mit Bindung für das Gericht zustande zu bringen, § 257c Abs. 3 S. 4 StPO.¹ Hätte der Senat dagegen eine konkludente Zustimmungserklärung ausreichend sein lassen, wäre die zulässige Verständigung an diesem wichtigen Punkt nicht länger von einer unzulässigen Urteilsabsprache abgrenzbar gewesen. Denn nach seiner Stellung im sechsten Abschnitt des zweiten Buches gilt § 257c StPO lediglich für die Hauptverhandlung und ermächtigt das Gericht in Abs. 1 S. 1 alleine nach Maßgabe seiner folgenden Absätze zur Verständigung. Daraus ist zu schließen, dass sowohl ausdrückliche sowie konkludente Urteilsabsprachen außerhalb der Hauptverhandlung, als auch *konkludente* Urteilsabsprachen *innerhalb* der Hauptverhandlung² verboten sind.³ Sie unterfallen als ihrer Form nach »unverständige Verständigungen« nicht dem Begriff der Verständigung i.S.v. § 257c StPO.⁴ Ein solcher unzulässiger und daher in der Regel heimlich vollzogener Deal unter den Verfahrensbeteiligten ist deshalb rechtlich unwirksam, d.h. *ohne Rechtsbindung*.⁵ In den Worten des 1. Senats:

»Außerhalb einer Verständigung gemäß § 257c StPO besteht keine Bindung des Tatgerichts an den von ihm für den Fall des Zustandekommens einer Absprache in Aussicht gestellten Strafrahmen (...).«⁶

B. BGH, Beschl. v. 09.10.2019 – 1 StR 545/18⁷

Nunmehr hätte der 1. Senat zuletzt einen Paradeffall einer unzulässigen Urteilsabsprache zu entscheiden gehabt, hätte sich diese *heimlich und verdeckt* vollzogen. Tatsächlich wurde sie jedoch – auch wenn der Senat dies deutlich auszusprechen geflissentlich vermeidet – in der ungeniertesten Art justizieller Gesetzesüberhebung *offen und unverdeckt* durch den Strafkammervorsitzenden zur Schau getragen:

I. Sachverhalt

Dem lag eine nach Eröffnung des Hauptverfahrens auf Initiative des Strafkammervorsitzenden noch vor und damit außerhalb der Hauptverhandlung geführte Vorbesprechung

1 BGH StV 2021, 8 m. Anm. Bockemühl/Heuser (in diesem Heft); siehe zuvor auch schon BGH NSStZ-RR 2017, 87; BGH, Beschl. v. 14.05.2014 – 2 StR 465/13.

2 Zu einem solchen Fall BGHSt 59, 21 = StV 2014, 201. Nach der bereits zu engen Begriffsbestimmung Niemöllers GA 2014, 179 (180) kann es einen solchen Fall dagegen nicht geben, weil er sich nicht *außerhalb*, sondern *innerhalb* der Hauptverhandlung vollzogen hat. Mitunter deshalb erachtet er (Niemöller JR 2014, 216 [220]) das vorstehende Urteil auch als Fehlentscheidung.

3 BVerfGE 133, 168 (204 Rz. 65, 212 f. Rz. 75 ff., 232 f. Rz. 115) = StV 2013, 353; BVerfG StV 2016, 409 (411 Rz. 18).

4 KK-StPO/Moldenbauer/Wenske, 8. Aufl. 2019, § 257c Rn. 8a.

5 BVerfGE 133, 168 (224 Rz. 99); BGH NSStZ 2018, 419; NSStZ 2017, 232 m. Anm. Hartmut Schneider; BGH StV 2018, 5 Rz. 7; BGH, Ur. v. 09.11.2011 – 1 StR 302/11 Rz. 45; BGH StV 2011, 645; StV 2011, 74; StV 2010, 673 (674 Rz. 14). Diese Unwirksamkeit der informellen Absprache ist indes zu unterscheiden von der vom OLG München StV 2013, 495 (500 ff. Rz. 79 ff. m. Anm. Förschner) behaupteten Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit eines Urteils, das auf einer informellen Urteilsabsprache beruht. Merkwürdig an dieser Entscheidung ist u.a. jedoch, dass das Münchener OLG (StV 2013, 495 [499 Rz. 77]) von einer »verbindlichen« informellen Absprache auszugehen scheint, die dann analog § 302 Abs. 1 S. 2 StPO die Rechtswirkung der Unwirksamkeit des für Verständigungen i.S.v. § 257c StPO geltenden Rechtsmittelverzichts haben soll; ferner auch, dass das vom OLG für nichtig gehaltene Urteil zuvor einmal in zwischenzeitliche Rechtskraft erwachsen sein soll (StV 2013, 495 [500 Rz. 78]).

6 BGH NSStZ 2018, 419 f.; scheinbar zweifelnd in dieser Erkenntnis aber noch BGH NSStZ 2019, 218 Rz. 6.

7 Abgedr. in diesem Heft, StV 2021, 15.

zugrunde (Tz. 4), an der die Staatsanwaltschaft, die Verteidigung, der Berichterstatter sowie der Vorsitzende teilnahmen.

Nachdem der Vorsitzende dabei ein frühes Geständnis in einen synallagmatischen Konnex zu einer Bewährungsstrafe gesetzt hatte (vgl. § 257c Abs. 2 S. 1–2 StPO), erklärte er auf Nachfrage der Verteidigung und in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft, dass eine formelle Verständigung nach Maßgabe von § 257c StPO wegen der aus seiner Sicht »problematischen Praktikabilität« dieser Vorschrift nicht in Betracht komme. Für vorzugswürdig erachtete er hingegen eine Erörterung des Verfahrensstandes in der Hauptverhandlung, § 257b StPO. In der Hauptverhandlung teilte der Vorsitzende sodann den vorstehenden Inhalt der Vorbesprechung durch Verlesung eines darüber gefertigten Vermerks mit, woraufhin der Angeklagte nach Belehrung gemäß § 243 Abs. 5 S. 1 StPO sein vorangegangenes Bestreiten aufgab und sich im Hinblick auf die zugesagte Bewährungsstrafe geständig einließ (Tz. 5). Im Anschluss hieran fand sodann wohl noch eine »Erörterung der Sach- und Rechtslage« zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung darüber statt, ob das Geständnis »ausreichend« im Sinne der Vorbesprechung sei, was das Gericht bejahte (Tz. 7). Eine Belehrung gemäß § 257c Abs. 5 StPO hat dagegen zu keiner Zeit stattgefunden; das Protokoll enthält zum letzten Sitzungstag den dementsprechenden Vermerk, dass keine Verständigung i.S.d. § 257c StPO stattgefunden hat (Tz. 6).

II. Entscheidung

Aufgrund dieses Sachverhalts erkannte der *1. Senat* einen re-visiblen Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO über den möglichen Wegfall der *Bindung* des Gerichts an die Verständigung und hob das Urteil des *LG* mitsamt den Feststellungen auf (Tz. 8). Denn der durch Verlesung des Vermerks über die verständigungsbezogene Vorbesprechung in die Hauptverhandlung eingeführte »Verständigungsvorschlag« habe die nicht eingelöste Belehrungspflicht ausgelöst (Tz. 8 ff.).

C. Kritische Würdigung der Revisionsentscheidung

Der Entscheidung des *1. Strafsenats* ist jedenfalls im Ergebnis – der Urteilsaufhebung – uneingeschränkt zuzustimmen. Allerdings vermag die dargereichte Begründung nicht zu überzeugen, weil ihr Insistieren auf der Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO über den möglichen Wegfall der Bindungswirkung i.S.v. § 257c Abs. 4 S. 12 StPO in sich widersprüchlich ist, da eine informelle Urteilsabsprache schon *keine Bindungswirkung* entfaltet.

I. Zustimmung

Zuzustimmen ist dem *Senat* zunächst darin, dass die Tatsache eines Verständigungsvorschlags bzw. einer verständigungsbezogenen Erörterung vom sachlichen Gehalt der Gespräche und nicht von der (rechtlich unzutreffenden) Einschätzung des Gerichtsvorsitzenden bzw. der Staatsanwaltschaft abhängig ist, da die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Vorschriften andernfalls disponibel wäre (Tz. 9). Überzeugend begründet ist auch die Beurteilung des *Senats*, dass es sich bei der Vorbesprechung jedenfalls materiell um eine verständigungsbezogene Erörterung i.S.v. §§ 243 Abs. 4 S. 1, 212, 202a StPO und nicht bloß um eine sonstige Erörterung i.S.v. §§ 212, 202a StPO handelte, da hierin eine geständige Einlassung als Prozessverhalten des Angeklagten in ein Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer gerichtlich

zu verhängenden Bewährungsstrafe und damit in Konnex zu einem möglichen Verfahrensergebnis i.S.v. § 257c Abs. 1 S. 1 StPO gebracht wurde (Tz. 10 f.). Richtig ist schließlich auch die Bewertung des *Senats*, dass der Vorsitzende durch Verlesung des Vermerks seiner Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO nachgekommen ist (Tz. 12); jedenfalls sofern man eine solche auch für informelle Absprachen als gegeben erachtet.⁸

II. Ablehnung

Falsch ist hingegen die – weichenstellende – Annahme des *Senats*, der Strafkammervorsitzende habe durch eben diese Verlesung dokumentiert, »kein gänzlich informelles und unkontrolliertes Verfahren« betreiben zu wollen (Tz. 12). Denn zwar erkannte er hiermit nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO objektiv an, dass im Vorfeld jedenfalls materiell verständigungsbezogene Gespräche stattgefunden hatten, sodass er diese der Heimlichkeit enthob und der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung preisgab. Allerdings enthielt die öffentliche Verlesung des Vermerks ja gerade den auch im Weiteren nicht revidierten Inhalt, dass man die Form der gesetzlich zulässigen Verständigung nach § 257c Abs. 1 S. 1 StPO seitens der Justiz einzuhalten eben doch nicht gewillt sei.⁹ In der Sache ging es dem *Gericht* damit um eine »Verständigung«, die sich außerhalb der für sie gesetzlich vorgesehenen Form, d.h. als informelle Urteilsabsprache vollziehen sollte. Die Verlesung dokumentierte also tatsächlich nicht nur, dass ein »gänzlich informelles und unkontrolliertes Verfahren« betrieben werden sollte, sondern darüber hinaus auch die völlig verfahrensrechtsüberhobene Dreistigkeit des hier zulasten des Angeklagten paktierenden Justizapparats.

Dass der *1. Senat* auf die (mit Verlaub) abwegige Idee verfallen konnte, dem Strafkammervorsitzenden in diesem Punkt einen Persilschein auszustellen, liegt also scheinbar daran, dass er die Heimlichkeit der Urteilsabsprache – begrifflich verfehlt – als spezifisches Wesensmerkmal ihrer Unzulässigkeit begriffte,¹⁰ sodass ihm der offen und unverdeckt betriebene Rechtsbruch nicht »gänzlich informell« und deshalb auch nicht gar so schlimm erscheinen musste. Möglicherweise war es aber auch umgekehrt so, dass der Persilschein dieses Begriffsverständnis notwendig machte. Denn bei Lichte besehen ist diese implizite Begriffsbestimmung des *Senats* im Nebel der Beschlussgründe durchaus geeignet, ein Feigenblatt über diese der Strafgerechtigkeit schlechthin unwürdige und im Übrigen strafbare Vorgehensweise zu legen.¹¹

Dies vorausgeschickt, verdient die weitere Beurteilung des *Senats* gleichfalls keinen Beifall:

⁸ Vgl. zur Problematik unter **D**.

⁹ Die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 StPO soll heimlich initiierte Urteilsabsprachen spätestens zu Beginn der Hauptverhandlung an das Licht der Öffentlichkeit und somit in die Legalität zwingen (BVerfGE 133, 168 [214 ff.] = StV 2013, 353), was allerdings faktisch nicht gelingen kann, wenn das Gericht entweder nichts mitteilt oder hingegen offen mitteilt, an Gesetze ohnehin nicht gebunden zu sein.

¹⁰ Zutr. dagegen insoweit *Niemöller* GA 2014, 179 (180).

¹¹ Zu den Strafbarkeitsrisiken vgl. MüKo-StGB/*Jahn/Kudlich*, 2016, § 257c Rn. 211 ff.; *Th. Fischer* HRRS 2014, 324 (333 ff.); *Meyer-Göfner* StV 2013, 613 (614). Freilich werden bislang auch die krassen Fälle – aus naheliegenden Gründen – nicht von den Staatsanwaltschaften verfolgt (siehe nur die Dokumentation in StV 2014, 569 f. der strafrechtlichen Nicht-Verfolgung im Nachgang zu der in Fn. 5 genannten Nichtigkeit-Entscheidung des *OLG München*), was jedoch nicht nur im Hinblick auf § 258a StGB, sondern auch auf § 359 Nr. 3 StPO i.V.m. § 339 StGB neue Probleme schafft.

1. Aktualisierung der Verständigung?

Zutreffend ist zwar noch die Überlegung, dass die Verlesung des Vermerks in der Hauptverhandlung die Zusage aus dem Vorgespräch aktualisierte; unzutreffend ist jedoch schon, dass sie diese als »Verständigungsvorschlag« aktualisierte (Tz. 12). Denn ausweislich des verlesenen Vermerks war ursprünglich kein zulässiger Verständigungsvorschlag, sondern ein unzulässiger Deal intendiert, sodass ohne Abweichung hiervon auch nur dieser aktualisiert werden konnte.

2. Anwendbarkeit von § 257c Abs. 5 StPO?

Dem *Senat* kann damit auch nicht darin gefolgt werden, *Gericht* und Staatsanwaltschaft hätten durch ihr auf »Verständigung« zielendes Verhalten eine die Selbstbelastungsfreiheit gefährdende Anreiz- und Verlockungssituation geschaffen, der durch die unterbliebene Belehrung gemäß § 257c Abs. 5 StPO hätte Rechnung getragen werden müssen (Tz. 14). Denn der unzulässige Deal ist in *rechtlicher Hinsicht wirkungs-* und darum *bindungswirkungslos*, sodass in ebendieser Hinsicht mangels zulässiger »Verständigung« auch keine Verfahrenslage i.S.v. § 257c Abs. 1 S. 1 StPO gegeben war, die dann richtigerweise die Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StPO über den möglichen Wegfall einer Bindungswirkung i.S.v. § 257c Abs. 4 S. 12 StPO ausgelöst haben würde.

3. Anwendbarkeit von § 257c Abs. 5 StPO analog?

Wenn überhaupt rechtfertigt die rechtswidrige Vorgehensweise des Justizapparates in diesem Fall, und zwar wegen der mangels Verständigung alleine faktisch und rechtswidrig bewirkten Gefährdung der Selbstbelastungsfreiheit, allenfalls eine analoge Anwendung der Belehrungsvorschrift des § 257c Abs. 5 StPO. Doch auch dieser im Selbstwiderspruch durchgeführte »Rücktritt vom Versuch« eines Deals wäre im Ergebnis richtigerweise als gänzlich untauglich anzusehen, da die Belehrung alleine keine formwirksame Verständigung zustande bringt. Vielmehr setzt dies die ausdrückliche Zustimmung des Angeklagten sowie der Staatsanwaltschaft zum Verständigungsvorschlag des Gerichts voraus (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO), woran es immer auch dann fehlt, wenn die schützenden Förmlichkeiten des § 257c StPO planmäßig umgangen werden sollen,¹² sei es in einer auf Verdeckung oder in einer auf Offenbarung der wahren Absicht berechneten Weise.

Von welcher daher nicht existenten rechtlichen Bindungswirkung (vgl. § 257c Abs. 4 S. 1–2 StPO) sollte das Gericht im Falle eines unzulässigen Deals (vgl. § 257c Abs. 1 S. 1 StPO) auch überhaupt abgehen können? Worüber sollte es ohne eine solche rechtliche Bindungswirkung dann aber belehren (vgl. § 257c Abs. 5 StPO)? Und wie stellt sich der *Senat* eine im Allgemeinen mögliche Heilung des Belehrungsmangels hier vor, wenn Tatbestandsmerkmal der Heilung u.a. die erneute ausdrückliche Zustimmung i.S.v. § 257c Abs. 3 S. 4 StPO ist,¹³ die beim Deal mangels Gesetzlichkeit in der gesetzlich vorgesehenen Form gerade nicht erteilt wird? In welcher Art und Weise sollte ein Urteil schließlich auf dem mangels Heilungsmöglichkeit (vermeintlich) verbliebenen Belehrungsmangel beruhen, wenn schon die Belehrung mangels Bindungswirkung des Deals ins Leere geht? Wie vermag man eine demnach durch diesen Selbstwiderspruch notwendig unbegründete Verfahrensrüge zulässig vorzutragen?

Will man an diesem kritischen Punkt nämlich nicht konstatieren, dass die offen und unverdeckt an der Form des § 257c

StPO – wider Abs. 1 S. 1 – vorbei praktizierte Urteilsabsprache, und zwar im Gegensatz zur heimlichen Urteilsabsprache,¹⁴ doch eine rechtliche Bindungswirkung i.S.v. § 257c Abs. 4 S. 12 StPO entfaltet, dann käme die gleichwohl erfolgte Belehrung gemäß § 275c Abs. 5 StPO mangels rechtlicher Bindung des Gerichts an den Deal vielmehr bloß einer weiteren Täuschung bzw. Irreführung des Angeklagten gleich. Eine solche Irreführung in Form einer materiellen Falschbelehrung hält der *1. Senat* indes offenbar für ein probates Mittel, um den offen und unverdeckt praktizierten Deal letztlich doch noch irgendwie immerhin ein wenig legaler gestalten zu können. Denn wenn das vom *LG* gesprochene Urteil spezifisch nur auf der vermeintlich fehlenden Belehrung *beruhen* soll, war die Vorgehensweise des *LG* im Übrigen offenbar nicht zu beanstanden.

Wäre dies indessen richtig, wäre das Urteil aber schließlich auch nicht länger mangels rechtlicher Bindungswirkung des unzulässigen Deals aufhebbar. Der mitgeteilte Deal hätte demnach Rechts- und Bindungswirkung, jedenfalls dann, wenn ihm diese durch die Belehrung über den Wegfall der (vermeintlichen) Bindungswirkung des Gerichts verliehen wird. Genau dies – rechtliche Bindungswirkung des unverdeckten Deals – scheint indessen die Rechtsansicht des *1. Senats* hier zu sein. Allerdings täuscht sich dieser über eben diese Umgehung des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO, d.h. über den spezifischen Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des Gehalts, dass rechtswirksame Verständigungen einzig unter strikter Beachtung der Förmlichkeiten der Abs. 2–5 des § 257c StPO zulässig und möglich sind, geflissentlich hinweg, und zwar indem er der *per se* illegalen Vorgehensweise des *LG* mit seiner revisionsrechtlichen Würdigung wegen der Verlesung des Vermerks den teilweisen Anschein der Legalität zu verleihen sucht. Zwar ist es richtig, dass die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO »nicht dadurch außer Kraft gesetzt [wird], dass ein dem sachlichen Gehalt nach auf eine Verständigung zielender Vorschlag nicht als solcher benannt wird« (Tz. 15). Allerdings ändert dies doch nichts daran, dass diese Vorschrift – entgegen der *Senatssicht* – schon unanwendbar ist und dies auch bleibt, »wenn – wie hier – eine prozessual unzutreffende Einkleidung gewählt wird, um als unpraktikabel erachtete Vorschriften zum Schutz des Angeklagten zu umgehen« (Tz. 15). Denn ohne ihre sie bestimmende Form lässt sich eine Verständigung sachlich nicht als solche bestimmen. Mit der vom *Senat* dagegen behaupteten Anwendbarkeit der Belehrungsvorschrift trotz des auch von ihm (Tz. 17) erkannten Fehlens einer *formwirksamen* Verständigung erkennt er (Tz. 14, 18) also unweigerlich auch eine – freilich verfassungswidrige – *formloswirksame* Bindung des *Gerichts* infolge eines offen mitgeteilten Deals an, wenn er nicht bloß eine materielle Falschbelehrung von Rechts wegen fordern will.¹⁵

4. Verfahrensrüge wegen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO

Aus dem Vorstehenden folgt allerdings mitnichten, dass die zum Erfolg der Revision führende Verfahrensrüge in der vorliegenden Konstellation einer *zielgerichteten Umgehung* des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO auf die fehlende ausdrückliche

¹² Vgl. dazu auch schon BGH, Beschl. v. 14.05.2014 – 2 StR 465/13.

¹³ Siehe dafür BGH NSrZ-RR 2017, 151.

¹⁴ Siehe bereits oben Fn. 5.

¹⁵ BVerfGE 133, 168 (224 Rz. 99) = StV 2013, 353: »Aus der in § 257c Abs. 4 StPO getroffenen Regelung ergibt sich [...], dass das Gericht (nur) an eine nach den Vorgaben des Gesetzes entsprechende Verständigung grundsätzlich gebunden ist.«

Zustimmungserklärung nach § 257c Abs. 3 S. 4 StPO zu stützen wäre. Denn durch die Verlesung des Vermerks über die Vorbesprechung hat das *Gericht* schon nicht i.S.v. § 257c Abs. 3 S. 1 StPO bekannt gegeben, welchen Inhalt eine »Verständigung«, sondern welchen Inhalt die gegen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO verstoßende Urteilsabsprache haben sollte. Damit fehlte es aber bereits an einem zustimmungsfähigen Verständigungsvorschlag,¹⁶ sodass die außerhalb von § 257c (Abs. 4 S. 12) StPO rechtlich unwirksam praktizierte Absprache alleine gegen die Verfahrensvorschrift des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO verstieß, wonach eine Verständigung nur innerhalb von § 257c (Abs. 2–5) StPO rechtlich zulässig und wirksam ist. Gerügt werden muss im Falle eines auf planmäßiger Umgehung des § 257c StPO beruhenden Urteils – gleichgültig, ob sich das Gericht an die Absprache gehalten hat oder nicht – richtigerweise also eine Verletzung der Vorschrift des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO.¹⁷ Subsidiär ist außerdem an Verfahrensrügen wegen der §§ 244 Abs. 2, 261 StPO sowie an eine Sachrüge wegen fehlender Beweisgrundlage zu denken.¹⁸

5. Tradition mangelnder Unterscheidung von Verfahrensrügen

Die unzureichende Unterscheidung möglicher Verfahrensrügen lag allerdings bereits einer Entscheidung des *1. Senats* hinsichtlich einer informellen Urteilsabsprache in Form einer »Verständigungspantomime«¹⁹ zugrunde,²⁰ die dieser nach verfassungsgerichtlicher Aufhebung seiner zuvor noch anderslautenden Entscheidung zu treffen hatte.²¹

Dementsprechend lakonisch stellte der *Senat* schließlich auch nur fest, dass »Rechtsfehler« vorlägen, da der Angeklagte im Rahmen der informellen Verständigung weder belehrt worden sei noch zugestimmt habe.²² Offensichtlich tat er sich damals ebenfalls schwer, die informelle Urteilsabsprache, die er sachlich verfehlt und fast schon trotzig weiterhin als »Verständigung im Sinne von § 257c StPO« apostrophierte, als solche zu begreifen, da sie sich nach seiner Ansicht »völlig transparent« in der Hauptverhandlung vollzogen hatte.²³ Aus der Kammerentscheidung des *BVerfG* ergibt sich indessen unzweideutig, dass nicht ein Verstoß gegen § 257c Abs. 3 S. 4 bzw. Abs. 5 StPO, sondern ein solcher gegen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO vorlag, sodass auch nur eine hierauf in zulässiger Form gestützte Verfahrensrüge zum Erfolg der Revision hätte führen dürfen.²⁴

D. Rechtsfragen unzulässiger Urteilsabsprachen

Die Entscheidung des *1. Senats* gibt Anlass, einige der mit unzulässigen Urteilsabsprachen verbundenen Rechtsfragen nochmals zu beleuchten. Dabei ist vorweg zu schicken, dass die Debatte, ob insbesondere die den Angeklagten schützenden Förmlichkeiten der Verständigungsregelungen auch auf informelle Urteilsabsprachen Anwendung finden, bedingt mitunter durch einige missliche Ausführungen des *BVerfG*, bisher teilweise unglücklich verlaufen ist.²⁵ Denn freilich werden durch § 257c Abs. 1 S. 1 StPO alle (absichtlich) nicht der Form des § 257c Abs. 25 StPO entsprechenden Absprachen verboten. Insofern ist die abschließend regelnde Norm des § 257c (Abs. 1 S. 1) StPO auf diese der Form nach unzulässigen und unwirksamen »Absprachen« ebenso anwendbar, wie auf die nach dieser Form generell zulässigen und wirksamen »Verständigungen«.²⁶ Zu unterscheiden sind demnach trichotomisch die

- generell zulässige und objektiv rechtmäßige sowie daher auch wirksame Verständigung,²⁷
- generell zulässige, jedoch objektiv rechtswidrige, nichtsdestotrotz wirksame Verständigung,²⁸
- generell unzulässige, daher stets rechtswidrige/nichtige sowie unwirksame Absprache.²⁹

Da es sich bei den unzulässigen/unwirksamen Absprachen jedoch nicht um zulässige/wirksame Verständigungen handelt, sind insbesondere auch die Normen des für diese geltenden § 257c Abs. 25 StPO auf jene nicht anwendbar.³⁰ Hieraus folgt, dass auf informelle Absprachen grundsätzlich all diejenigen Normen nicht anwendbar sind, die tatbestandlich durch Bezug auf § 257c StPO insgesamt ihrerseits eine zulässige bzw. jedenfalls wirksame Verständigung voraussetzen, wie z.B. die §§ 267 Abs. 3 S. 5, 273 Abs. 1a, 302 Abs. 1 S. 2 StPO.³¹

Der exklusive Charakter des § 257c StPO wird hierdurch nicht in Frage gestellt – im Gegenteil:

Wollte man diese Vorschriften mit dem *BVerfG* nämlich unvermittelt auch auf informelle/unwirksame Absprachen anwenden, läge hierin – wie bereits zuvor deutlich wurde – eine zumindest partielle Anerkennung ihrer vermeintlichen *Rechtswirksamkeit*, was jedoch ihrer vom *BVerfG* zugleich postulierten *Unwirksamkeit* widerstreiten würde. Unter uneingeschränkter Geltung dieses Postulats kann dem *BVerfG* in

16 Das übersieht der *1. Senat*, wenn er (Rz. 17) zwar von den fehlenden Zustimmungserklärungen, dabei jedoch zugleich von einem zuvor offenbar erfolgten Verständigungsvorschlag ausgeht.

17 Siehe für diese – weitgehend wohl noch unbekannt (vgl. *MüKo-StPO/Jahnl/Kudlich* [Fn. 11], § 257c Rn. 190–201; *BeckOK-StPO/Eichelbach*, 35. Ed. 01.10.2019, § 257c Rn. 50–55) – Verfahrensrüge etwa OLG München StV 2014, 523 (mit jedenfalls in dieser Hinsicht zu Unrecht krit. Anm. *Wenske*, weil die seines Erachtens [StV 2014, 526] zu rügenden Normen des § 257c Abs. 2–5 StPO auf informelle Absprachen überhaupt nicht anwendbar sind; dazu noch unten im Text unter D.); nunmehr auch OLG Oldenburg StV 2018, 340 Rz. 7 f., 13. Dagegen scheint *Satzger/Schluckebier/Widmayer-StPO/Ignor*, 3. Aufl. 2018, § 257c Rn. 128 f. eine solche Rüge ohne weitere Begründung für unzulässig zu halten.

18 Vgl. für die Sachrüge den Fall aus BGHSt 59, 21 (27 f.) = StV 2014, 201.

19 Zum Begriff *Noruzi* NJW 2014, 874; *Landau* NSZ 2014, 425 (429); vorliegend *BVerfG* StV 2016, 409 Rz. 13.

20 Dies bezweifelnd freilich *Bittmann* NSZ 2016, 425 (427).

21 Zum Sachverhalt siehe *BVerfG* StV 2016, 409 f. Rz. 5–9.

22 BGH StV 2018, 9 Rz. 3.

23 BGH StV 2018, 9 Rz. 3, 7.

24 *BVerfG* StV 2016, 409 (410 f. Rz. 15, 17). Zweifelhaft erscheint eingedenk des (in 410 Rz. 10) nur ansatzweise mitgeteilten Revisionsvortrages indessen, ob die Verfahrensrüge wegen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO mit der scheinbar nur nebenbei behaupteten informellen Verständigung zulässig erhoben war. Denn eine solche Rüge setzt nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO die Angabe der Tatsachen in ihrer Gesamtheit voraus, aus denen sich die Existenz einer informellen Absprache ergibt, sodass sie eine andere Angriffsrichtung hat, als beispielsweise die Rüge fehlender Belehrung, die wiederum für sich die Angabe anderer Tatsachen erfordert, wenngleich es Überschneidungen geben wird.

25 Zutreffend kritische Bemerkungen hierzu bei *Nienöller* GA 2014, 179 (181 f.).

26 Zutreffend insofern *BVerfGE* 133, 168 (212 f. Rz. 75 f.) = StV 2013, 353.

27 Sie ist mit der Revision i.E. nicht erfolgreich wegen Verletzung von § 257c Abs. 1–5 StPO angreifbar.

28 Sie ist mit der Revision auf zulässige Rüge erfolgreich wegen Verletzung von § 257c Abs. 1–5 StPO angreifbar.

29 Sie ist mit der Revision nicht zulässig wegen Verletzung von § 257c Abs. 1 S. 2 Abs. 5 StPO, sondern alleine wegen Verletzung von § 257 Abs. 1 S. 1 StPO angreifbar.

30 Zutreffend BGH StV 2010, 673 (674 Rz. 14).

31 Unzutreffend insofern jedenfalls *BVerfGE* 133, 168 (213 f. Rz. 78, 223 f. Rz. 98, 234 f. Rz. 199) = StV 2013, 353 mit seiner vordergründig anderslautenden Judikatur.

der – in sich widersprüchlichen – Anwendung der spezifisch verständigungsbezogenen Vorschriften auf informelle Urteilsabsprachen nicht gefolgt werden. Andernfalls wäre die informelle/unwirksame Absprache ein »sonderbares Hybridwesen«, bestehend aus »teils legalen, teils illegalen Elementen«,³² die »generell unwirksam, gleichwohl teils wirksam« wären. Daraus darf jedoch nicht vorschnell geschlossen werden, dass der mit einer informellen (d.h. unwirksamen) Absprachepraxis der staatlichen Justizorgane konfrontierte Angeklagte effektiv schutzlos gestellt wäre.³³

Im Folgenden ist also die Gesetzesanwendung von diesem durch das *BVerfG* inaugurierten Selbstwiderspruch »rechtswirksamer Unwirksamkeit« informeller Absprachen gründlich zu befreien.

I. Unanwendbarkeit von § 257c Abs. 2 StPO

Weitgehend unstreitig dürfte sein, dass ein Gericht in rechtlicher Hinsicht nicht gemäß § 257c Abs. 4 S. 12 StPO an informelle Absprachen gebunden sein kann, da diese nicht die Rechtswirkung einer zulässigen Verständigung haben.³⁴

Dieser Teil der den Angeklagten schützenden Norm des § 257c StPO ist folglich unanwendbar, gerade weil informelle Urteilsabsprachen nach § 257c Abs. 1 S. 1 StPO generell unzulässig sind, sodass er insofern auch nicht sinnvoll mit der Revision gerügt werden kann. Wäre die den Angeklagten schützende Förmlichkeit auf informelle Urteilsabsprachen dagegen anwendbar, wäre der Angeklagte seines gesetzlichen Schutzes gegen solche Absprachen beraubt.³⁵ Dasselbe gilt für die in § 257c Abs. 2 StPO bestimmten Gegenstände einer zulässigen Verständigung, da eine informelle Urteilsabsprache per se unzulässig/unwirksam ist. Nichts anderes kann ferner für den in § 257c Abs. 3 StPO bestimmten Verfahrensablauf einer zulässigen Verständigung gelten, da sich eine unzulässige Absprache per definitionem dadurch auszeichnet, dass sie sich dem zulässigen Verständigungsverfahren entzieht. Auch das in § 257c Abs. 4 StPO normierte Verwertungsverbot für ein verständigtes Geständnis kann dort nicht anwendbar sein, wo die tatbestandlich vorausgesetzte Rechtsbindung bereits von vornherein nicht in Rede steht.³⁶ Da eine von vornherein nicht bewirkte Bindung im Falle der unwirksamen Urteilsabsprache jedoch auch nicht entfallen kann, ist schließlich ebenso die Belehrungsvorschrift des § 257c Abs. 5 StPO weder anwendbar noch revisibel.³⁷

All dies übergeht der *1. Senat* mit seiner jüngsten Entscheidung (abermals).

II. Unanwendbarkeit anderer verständigungsbezogener Normen

Sind die vorstehenden Überlegungen zutreffend, so wäre es zumindest erklärungsbedürftig, weshalb andere an den Begriff der Verständigung i.S.v. § 257c StPO anknüpfende Normen in revisibler Art und Weise auf informelle Urteilsabsprachen anwendbar sein sollten, etwa § 302 Abs. 1 S. 2 oder § 273 Abs. 1a StPO.³⁸

1. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO

Ist eine (rechtmäßige/rechtswidrige) Verständigung i.S.v. § 257c StPO rechtswirksam zustande gekommen,³⁹ dann ist wegen dieser rechtswirksamen Übereinkunft grundsätzlich

auch ein in ihr als »Gegenleistung« verständigter Rechtsmittelverzicht wirksam. Eben deshalb bedarf es mit der gesetzlichen Anerkennung der Rechtswirksamkeit der Verständigung in § 257c StPO einer diese Wirksamkeit spezifisch für den Rechtsmittelverzicht ausschließenden gesetzlichen Regelung, wenn der Angeklagte vor systemischen Risiken der Verständigung geschützt werden soll.⁴⁰ Die entsprechende Regelung findet sich bekanntlich in § 302 Abs. 1 S. 2 StPO. Sie ist hinsichtlich der Unwirksamkeit des Verzichts nicht bloß deklaratorischer, sondern konstitutiver Natur.⁴¹ Ist eine Verständigung i.S.v. § 257c StPO dagegen nicht rechtswirksam zustande gekommen, kann auch die den Rechtsmittelverzicht unwirksam stellende Norm des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO ihrerseits keine Wirksamkeit erheischen. Ist dabei eine i.S.v. § 257c Abs. 1 S. 1 StPO unzulässige Urteilsabsprache vereinbart worden,⁴² ist die den Rechtsmittelverzicht unwirksam stellende Norm des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO mangels wirksam geschlossener Verständigung mithin ebenfalls unanwendbar.⁴³

32 So *Niemöller* NSStZ 2013, 19 (22).

33 Dafür jedoch tendenziell etwa *Niemöller* NSStZ 2013, 19 (22 f., 25 f.).

34 Nachweise oben Fn. 5.

35 Das übersieht *Kudlich* JZ 2014, 471 f., wenn er die vermeintliche Anwendbarkeit dieser Norm aus Gründen der Schutzwürdigkeit des Angeklagten für »vielleicht noch hinnehmbar« erachtet.

36 Vgl. dazu auch BGH StV 2012, 649 (652 Rz. 40 ff.), wo die Frage jedoch vordergründig unbeantwortet bleibt: wie hier etwa auch BGH StV 2010, 673 (674 Rz. 14); KK-StPO/*Moldenbauer/Wenske* (Fn. 4), § 257c Rn. 32, 78.

37 Das übersieht *Kudlich* JZ 2014, 471 f., wenn er die vermeintliche Anwendbarkeit dieser Norm lediglich wegen der sodann hieraus (vermeintlich) folgenden Revisibilität ablehnen will.

38 Für die Norm des § 267 Abs. 3 S. 5 StPO wird eine solche Anwendbarkeit dagegen nicht ernstlich diskutiert, siehe darum auch die – zu Recht – wohl unwidersprochen gebliebene Entscheidung BGHSt 58, 184 (188 Rz. 10 ff.) = StV 2013, 376.

39 S.o. Fn. 27, 28.

40 Im Rahmen einer generell zulässigen Verständigung kann ein Rechtsmittelverzicht also grundsätzlich jedenfalls *wirksam* vereinbart werden, woran § 302 Abs. 1 S. 2 StPO sodann wiederum als gesetzliche Rückausnahme von der Wirksamkeit anknüpft. Denn die Norm besagt nach ihrem Wortlaut schon nicht, dass ein Rechtsmittelverzicht ein unzulässiger Verständigungsinhalt (i.S.v. § 257c Abs. 2 StPO) wäre. Eben dies ist nämlich nicht Gesetz geworden (vgl. BR-Drs. 65/09, S. 8, 17, 19/BT-Drs. 16/12310, S. 2 f., 9 vs. BT-Drs. 16/13095, S. 2, 6 f., 10). Die Vorschrift besagt also nur, dass ein solcher Verzicht ausgeschlossen ist (d.h. letztlich unwirksam sein soll), wenn dem Urteil eine Verständigung vorausging. Selbst wenn diese Norm dagegen im Sinne eines unzulässigen Inhalts (lex specialis zu § 257c Abs. 2 StPO) zu interpretieren wäre, würde die damit rechtswidrige aber gleichwohl noch immer wirksame Verständigung, mangels Absicht der Umgehung der Form des § 257c Abs. 3–5 StPO, deshalb noch nicht zur unwirksamen Absprache, sodass gerade auch in dieser Lesart keine Unwirksamkeit des verständigten Rechtsmittelverzichts angenommen werden könnte, weil ja dann eben nicht die Unwirksamkeit, sondern bloß die inhaltliche Unzulässigkeit Regelungsinhalt der Norm wäre. In der misslichen Folge dieser Ansicht wäre das auf dieser rechtswidrigen Verständigung beruhende Urteil materiell also eigentlich schon deshalb aufhebbar, weil es mit dem unzulässigen Verzicht auf einer rechtswidrigen Verständigung basierte, während es formell allerdings unangreifbar bleiben müsste, weil der wirksam verständigte Rechtsmittelverzicht die sofortige Rechtskraft des Urteils zur Folge hätte. Das aber wäre eine Verkehrung des eigentlich mit dieser Norm bezweckten Erfolgs.

41 Dies ist bereits aus dem Wortlaut ersichtlich, wonach es nicht darauf ankommt, ob dem Verzicht, sondern ob dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Die Norm erfasst daher auch den Verzicht, der nicht spezifisch als »Gegenleistung« für eine Verständigung, sondern aus freien Stücken erklärt wird. Da ein solcher von einer Verständigung unabhängiger Verzicht jedoch nach allgemeinen Maßstäben wirksam wäre, kann sich die Norm schon deshalb nicht mit einer bloß deklaratorischen Regelung begnügen. Im Übrigen müsste sie als bloß deklaratorische Norm die *Formwirksamkeit* der Verständigung hinsichtlich eines Rechtsmittelverzichts als Gegenleistung von vornherein leugnen, was mit § 257c StPO unvereinbar wäre (vgl. schon Fn. 40).

42 S.o. zu Fn. 29.

43 Zutr. insoweit *Niemöller* GA 2014, 179 (185); siehe für eine direkte Anwendung aber *Trück* ZWH 2014, 179 (182).

Allerdings bedarf es ihrer Wirksamkeit auch gar nicht, was jedoch bislang – insbesondere auch vom *BVerfG* – übersehen wurde.⁴⁴ Denn der als »Gegenleistung« im Rahmen einer *per se* rechtlich unwirksamen Urteilsabsprache *unwirksam abgesprochene* Rechtsmittelverzicht ist bereits ohne jede gesetzliche Regelung *eo ipso* unwirksam.⁴⁵ Der zur Begründung der Unwirksamkeit des ausgedeuteten Rechtsmittelverzichts dagegen bemühte Erst-recht-Schluss⁴⁶ geht somit bei Lichte besehen ins Leere. Allerdings wird dadurch der mit ihm verknüpfte Grundgedanke nicht falsch, dass die (tatsächlich nur irrig unterstellte) Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts dem gesetzgeberischen Ziel zuwiderlaufen würde, informelle Absprachen durch § 257c Abs. 1 S. 1 StPO effektiv unzulässig zu gestalten.⁴⁷ Denn dann käme es im Rahmen der informellen Absprache nur darauf an, sie mit einem Rechtsmittelverzicht zu verbinden, sodass es bloß eine Frage der kautelarjuristischen Gestaltungskunst wäre, die Vorschriften zur Verständigung *lege artis* zu umgehen.

2. § 273 Abs. 1a StPO

Findet innerhalb der Hauptverhandlung ein Verständigungsverfahren nach § 257c StPO statt, löst dies die Protokollierungspflicht des § 273 Abs. 1a S. 1 StPO aus. Da sich die entgegen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO informell verhandelnde Urteilsabsprache jedoch – begrifflich notwendig, denn sonst wäre sie nicht sie selbst (d.h. nicht informell, sondern formell) – dem Verständigungsverfahren des § 257c Abs. 2–4 StPO entzieht, löst eine informelle Verfahrensweise in der Hauptverhandlung auch keine Protokollierungspflichten aus.⁴⁸ Wer das Gesetz umgehen will, der wird dies im Übrigen regelmäßig – Ausnahmen bestätigen hier diese Regel nur – nicht offen zu Protokoll geben. Insofern muss die mit der entgegenstehenden Ansicht⁴⁹ hinsichtlich unzulässiger Absprachen wohl verbundene Hoffnung auf Präventiv-effekte notwendig enttäuscht werden, da die Protokollierungspflicht gegen heimliche Umgehungen kein taugliches Mittel darstellt;⁵⁰ einerseits weil Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung bereits von vornherein nicht von der Vorschrift erfasst sind; andererseits weil ein Urteil in solchen Fällen nicht eigentlich auf der fehlenden Protokollierung, sondern auf dem durch Absprache gewonnenen Geständnis beruht.⁵¹ Das Urteil ist und bleibt dann mit einer Verfahrensrüge wegen Verletzung des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO angreifbar; die Protokollierung der informellen Absprache ist hierfür keine Voraussetzung. Vielmehr wäre das Protokoll der Hauptverhandlung sogar falsch, wenn es eine informelle Absprache im Gegensatz zu § 257c Abs. 1 S. 1 StPO unter vermeinter Protokollierungspflicht als formelle Verständigung i.S.v. § 257c StPO ausgeben würde, da durch unwirksame informelle Absprache tatsächlich keine formelle Verständigung wirksam betrieben werden kann. Die behauptete Protokollierungspflicht enthielte dann eine Pflicht zur Falschprotokollierung. Dies wird aber auch das *BVerfG* nicht annehmen wollen.

Findet innerhalb der Hauptverhandlung kein Verständigungsverfahren nach § 257c StPO statt, ist dies ebenfalls im Wege eines Negativattests gemäß § 273 Abs. 1a S. 3 StPO zu protokollieren. Insofern ist dieses auch dann vorzunehmen, wenn zwar keine formelle Verständigung nach § 257c StPO, wohl aber entgegen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO eine informelle Absprache stattgefunden hat.⁵²

Also nicht in diesem, wie das *BVerfG*⁵³ meint, sondern in dem entgegengesetzten Fall, dass eine informelle Absprache stattgefunden hat, die als Verständigung i.S.v. § 257c StPO protokolliert wurde, wäre das Protokoll falsch, eben weil tatsächlich keine Verständigung i.S.v. § 257c StPO stattgefunden hat (s.o.). Würde man die Protokollierungspflichten des § 273 Abs. 1a S. 1 und 3 StPO nämlich auch auf informelle Absprachen anwenden, wie es das *BVerfG*⁵⁴ zu fordern scheint, so wären sie gleich wie formelle Verständigungen zu behandeln, sodass informelle Absprachen und formelle Verständigungen insoweit in ihrer (Nicht)Wirkung nicht länger zu unterscheiden wären, mit der zuvor herausgearbeiteten Folge, dass sich Wahrheit und Falschheit des Protokolls nicht länger richtig bestimmen ließen.

Eingedenk dessen war das Negativattest (Tz. 6) in dem vom *I. Senat* entschiedenen Fall zutreffend, sodass die Absprache auch ohne die Behauptung einer Protokollfälschung zulässig gerügt werden konnte. Aus Perspektive des *Senats* wäre es jedoch eigentlich als unzutreffend anzusehen gewesen, wenn eine gleichsam irgendwie i.S.v. § 257c Abs. 4 S. 12 StPO (wirksam) zustande gekommene Verständigung vorgelegen hätte. Wer vom Gericht nämlich eine materielle Falschbelehrung i.S.v. § 257c Abs. 5 StPO fordert, muss ihm auch eine materielle Falschprotokollierung i.S.v. § 273 Abs. 1a StPO abverlangen.

III. Unverwertbarkeit des informell abgesprochenen Geständnisses

Ist gegen informelle Urteilsabsprache die Verfahrensrüge wegen Verletzung der Vorschrift des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO über die Form einer Verständigung überhaupt zulässig, und zwar weil das Urteil auf einem informell abgesprochenen Geständnis beruht, das es ohne Absprache nicht gegeben hätte, so schließt dies denknotwendig auch die Unverwertbarkeit dieses Geständnisses in sich. Denn es wäre für die wirksame Durchsetzung des Verbots unwirksamer informeller

44 Misslich daher insbesondere die entsprechenden Überlegungen bei *Peglau* jurisPR-StrafR 4/2012, Anm. 1 (Ziff. C.), die mitunter Anlass für die teils unglücklichen Ausführungen des *BVerfGE* 133, 168 (179 Rz. 24, 234 f. Rz. 119) = StV 2013, 353 waren.

45 Das übersieht auch *Niemöller* GA 2014, 179 (185); siehe dagegen zutr. im Ansatz aber etwa schon *Meyer-Göfner* StV 2012, 143 (144 f.).

46 *BVerfGE* 133, 168 (213 f. Rz. 78); BGHSt 59, 21 (26 f.) = StV 2014, 201; OLG München StV 2013, 495 (499 Rz. 77 m. Anm. *Förschner*); OLG Celle StV 2012, 141 (142 f.); *Jahul Müller* NJW 2009, 2625 (2630); einschr. nimm aber OLG Hamm NSfZ 2017, 725 f.

47 *Schlothauer/Weiler* StV 2009, 600 (601).

48 Anders wohl *BVerfGE* 133, 168 (213 f. Rz. 78, 234 f. Rz. 119) = StV 2013, 353; wie hier dagegen *Knauer* NSfZ 2013, 433 (435); *Niemöller* GA 2014, 179 (184).

49 *BVerfGE* 133, 168 (212 f. Rz. 76, 234 f. Rz. 119) = StV 2013, 353.

50 Völlig naiv insbesondere die Vorstellungen des Gesetzgebers (BT-Drs. 16/12310, S. 15) über das Negativattest in § 273 Abs. 1a S. 3 StPO (dazu sogleich): »Das in Satz 3 vorgesehene »Negativattest«, dass eine Verständigung nicht stattgefunden hat, dient dazu, mit höchst möglicher 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.«

51 So dürfte letztlich auch *BVerfGE* 133, 168 (223 Rz. 97) zu verstehen sein.

52 So zutr. für den Fall einer informellen Absprache außerhalb der Hauptverhandlung auch schon BGH StV 2016, 772 Rz. 5; a.A. wohl BGH, Beschl. v. 20.12.2016 – 2 StR 432/16 Rz. 5 f.; tendenziell wohl auch BGH StV 2016, 90 (91 Rz. 12–16).

53 *BVerfGE* 133, 168 (213 f. Rz. 78) = StV 2013, 353.

54 *BVerfGE* 133, 168 (212 f. Rz. 76, 213 f. Rz. 78, 234 f. Rz. 119) = StV 2013, 353.

Abspraken nichts gewonnen, wenn das Tatgericht nach Aufhebung seines Urteils mitsamt seiner Feststellungen durch die erfolgreiche Revision nun einfach erneut die Erkenntnisse aus dem abgesprochenen Geständnis wirksam verwerten dürfte. Aus dem vom *BVerfG* herausgestellten und sich aus § 257c Abs. 1 S. 1 StPO ergebenden Verbot informeller Absprachen resultiert also *eo ipso* auch ein Geständnisverwertungsverbot. Andernfalls würden die Folgen mangelnder Einhaltung gesetzlicher Verfahrensvorschriften durch den Justizapparat völlig einseitig dem Angeklagten angelastet, gleichsam so als ob nicht das Gericht, sondern dieser selbst Herr des Verfahrens gegen sich wäre, womit arglistiger Prozessführung seitens des Justizapparates Tür und Tor geöffnet wären. Auf die Norm des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO⁵⁵ sowie auf Fragen des Fair-trial- bzw. Vertrauensgrundsatzes⁵⁶ kommt es somit richtigerweise gar nicht an. Daher stellt sich nicht das scheinbare Problem, wonach die Anerkennung eines Vertrauenstatbestandes außerhalb von § 257c Abs. 1–5 StPO dem Verbot unzulässiger Absprachen zuwiderlaufen würde.⁵⁷ Auch bedarf es keiner analogen Anwendung des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO, um generalpräventive Effekte hinsichtlich unzulässiger Absprachen zu erzielen.⁵⁸

Im Übrigen ist das hier eintretende Beweisverwertungsverbot auch andernorts strafverfahrensrechtlich positiviert. Denn § 136a Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 3 StPO enthält ein Beweisverwertungsverbot für solche Aussagen des Beschuldigten, die unter Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme oder Versprechung eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zustande gekommen sind. Die mit einer informellen Absprache zur Erlangung eines Geständnisses regelmäßig zumindest implizit verbundene Inaussichtstellung einer hohen Strafe ohne Geständnis sowie einer deutlich niedrigeren Strafe mit Geständnis enthält nun aber mit der hohen Strafe sowohl die Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme, als mit der niedrigen Strafe auch das Versprechen eines ungesetzlichen Vorteils. Denn ein solchermaßen verknüpft Absehen vom Schuld- und Beweismittlungsgrundsatz im Interesse einer Arbeitserleichterung der Justiz gestattet im geltenden Strafverfahrensrecht – schlimm genug, denn es handelt sich um ein Korruptionsphänomen⁵⁹ – alleine die Vorschrift des § 257c StPO, die bei der informellen Absprache planmäßig umgangen wird, sodass die entsprechende Verknüpfung ungesetzlich geschieht und darum § 136a Abs. 1 S. 3 StPO unterfällt. Auch ist das in § 136a Abs. 3 S. 2 StPO geregelte Beweisverwertungsverbot nicht durch das in § 257c Abs. 4 S. 3 StPO geregelte gesperrt, weil letzteres nur auf Verständigungen, nicht aber auf Absprachen anwendbar ist.

Eingedenk dieser Überlegungen wird nun auch deutlich, dass die in der Rechtsprechung noch immer erkennbare Tendenz, jedenfalls dem Angeklagten bei informeller Absprache die übrigen schützenden Förmlichkeiten der StPO mit dem Argument zu versagen, er habe sich schließlich freiverantwortlich hierauf eingelassen, nicht anders als zynisch zu nennen ist,⁶⁰ zumal wenn man bedenkt, auf welch entschiedene Ablehnung andererseits das vom *OLG München* ausgesprochene Nichtigkeitsurteil über ein Verständigungsurteil gestoßen ist. Denn ein Angeklagter, der sich mit einem Justizapparat konfrontiert sieht, der mit dem Ansinnen einer informellen Absprache zu erkennen gibt, dass er im Interesse seiner Arbeitserleichterung auch zur verfassungswidrigen Umgehung gesetzlich

schützender Förmlichkeiten, d.h. zum Dealen mit dem Recht bereit ist, befindet sich zumindest im Nötigungsnotstand, der jede freiverantwortliche Einlassung des Angeklagten *per se* ausschließt.⁶¹ Er weiß damit, dass er kein rechtmäßiges Verfahren zu gegenwärtigen hat. Im Übrigen obliegt die rechtmäßige Verfahrensführung nicht dem Angeklagten, sondern dem Gericht; subsidiär mit den Erwägungen des *BVerfG*⁶² zu informellen Absprachen auch der Staatsanwaltschaft, die sich deshalb in der Revision richtigerweise auch nicht mit Recht zulasten des Angeklagten gegen ihr eigenes gesetzwidriges Handeln wenden kann.⁶³ Einzig von einem »unzulässigen Handeln des Angeklagten« kann in solchen Fällen nicht ernstlich die Rede sein.⁶⁴

E. Abgesang

Der dem hier besprochenen Beschluss zugrunde liegende Sachverhalt belegt schlaglichtartig, dass die planmäßige Umgehung – das (Ver)Brechen – des § 257c Abs. 1 S. 1 StPO seitens der Justizbehörden (Gericht und Staatsanwaltschaft) auch im »Bewährungszeitraum«⁶⁵ nach dem Urteil des *BVerfG* v. 19.03.2013 noch immer verbreitet anzutreffen ist.

Insbesondere hat sich ein weiteres Mal die – angesichts des auch für die Staatsanwaltschaft geltenden Diktats der Erledigungszahl mehr als – realitätsfremde Annahme des *BVerfG* widerlegt, das in § 257c Abs. 3 S. 4 StPO normierte Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft gewährleistete die Gesetzmäßigkeit konsensorientierter Verfahrenserledigungen, indem sich die Staatsanwaltschaft informeller Absprachen schon von selbst verweigere. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wie durch diese Regelung effektiv dem Risiko entgegengetreten werden sollte, »dass sich ein möglicher Interessengleichlauf von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten auswirkt.«⁶⁶ Wenn hierin kein gesetzliches Regelungsdefizit zu erblicken ist, wie das *BVerfG* meint, dann ist möglicherweise immerhin ein Rechtsprechungsdefizit zu erkennen, in der vom *BVerfG* übermäßig in die einzuhaltende Form gesetzten Hoffnung. Denn infolge der verfassungsgerechtlich auch für informelle Urteilsabsprachen angemahnten Einhaltung der Mitteilungs- und Protokollierungsvorschriften scheuen die Justizbehörden beim Dealen mit dem Recht mitt-

55 Siehe für eine entsprechende Anwendung aber etwa Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 62. Aufl. 2019, Rn. 31.

56 Siehe hierfür aber F. Meyer HRRS 2011, 17 ff.

57 Worauf aber LR-StPO/*Stuckenberg*, 26. Aufl. 2012, § 257c Rn. 77, hinweist.

58 In dieser Richtung aber SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 257c Rn. 49.

59 *Eschelbach* FS Paeflgen, 2015, S. 637 (639 Fn. 26); *Stuckenberg* ZIS 2013, 212 (214).

60 BGH StV 2010, 673 (674 Rz. 16): »Es kann dahinstehen, ob ein Verfahrensbeteiligter, der nach eigener Kenntnis an einer *gesetzwidrigen* informellen Absprache [...] teilgenommen hat, das Urteil ohne weiteres dennoch mit der Verfahrensrüge dieses Verstoßes anfechten kann.« – Zynisch ist auch die Berufung des BGH NSStZ 2016, 177 m. Anm. *Ventzke* auf die »Subjektstellung« des Angeklagten zu nennen, um die im Rahmen eines unzulässigen Package-Deal unwirksam ausgedeilte Rechtsmittelrücknahme in einem anderen Verfahren doch als (vermeintlich) rechtswirksam behandeln zu können.

61 In Österreich übrigens ist sich die Rechtsprechung dagegen nicht zu schade, genau dies auch klar und deutlich auszusprechen (weiterführend dazu *Kriegl Bockemühl* ÖAnwBl. 2010, 402 ff. m.w.N.).

62 BVerfGE 133, 168 (219 ff. Rz. 91 ff.) = StV 2013, 353.

63 Insofern wäre im Sinne der Überlegung des obigen Satzes aus BGH StV 2010, 673 in Fn. 60 zu entscheiden.

64 So aber insbesondere etwa *Niemöller* GA 2014, 179 (185); *ders.* NSStZ 2013, 19 (22 f.).

65 Vgl. *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662.

66 So jedoch BVerfGE 133, 168 (219 ff. Rz. 91 ff., 232 Rz. 114) = StV 2013, 353.

lerweile wohl selbst das Licht der Öffentlichkeit nicht mehr, und vordergründig dürfen sie es auch nicht scheuen. Der besprochene Sachverhalt offenbart insoweit fortgeschrittene Degenerationssymptome des konsenskontaminierten Strafprozesses.

Schließlich lässt auch die vom *BGH* auf diesen Sachverhalt gefundene Antwort eine feine Ironie oder Dialektik der Geschichte nicht vermissen. Denn indem der *1. Senat* auf der vom *BVerfG* angemahnten (vermeintlich notwendigen) Einhaltung der schützenden Förmlichkeiten des § 257c (hier: Abs. 5) StPO auch für informelle Urteilsabsprachen insistiert, erkennt er (getreu dem Motto: »ich weiß wohl – die Form ist wie Saturn, sie frisst ihre eigenen Kinder«) unweigerlich eine gewisse Rechtsbindung solcher verbotenen Absprachen an, was wiederum sofort ihrer vom *BVerfG* angemahnten Rechtsunwirksamkeit entgegenläuft. Liegt hierin also vielleicht schon eine vage Vorahnung des dereinst bevorstehenden Endes der Derzeit-Rechtsprechung des *BVerfG*? Denn wenn sich formelle Verständigungen und informelle Absprachen in ihren Rechtswirkungen derzeit nicht wie Tag und Nacht unterscheiden, darf man wohl konstatieren, dass der gesetzgeberische Versuch, die Letzteren einzudämmen, gescheitert ist, weil sich informelle Absprachen für die Justiz weiterhin auszahlen.⁶⁷ Immerhin hat das *BVerfG* auch geurteilt: »Verfassungswidrig wäre das gesetzliche Regelungskonzept [...], wenn die vorgesehenen Schutzmechanismen in einer Weise

lückenhaft oder sonst unzureichend wären, die eine gegen das Grundgesetz verstoßende »informelle« Absprachepraxis fördert«⁶⁸.

Genau dieser Fall ist nunmehr aber, bedingt insbesondere auch durch die verfassungsgerichtliche Auslegung dieser Schutzmechanismen, mit dem hier analysierten Beschluss offenbar geworden. Anzuerkennen sein wird somit vom *BVerfG* dereinst die Tatsache, dass die Verständigung den Begriff des Strafprozesses nicht nur derzeit, sondern schlechterdings jederzeit verkehrt, weil das prozessual gewonnene Ergebnis eines Prozesses nicht dessen Anfang, sondern nur dessen Ende markieren kann. Die Verständigung über das Ergebnis ist daher der Anfang von dem mit ihr unmittelbar eingeläuteten Ende des Strafprozesses. Aus diesem Grund gehört ihr vom Gesetzgeber bereits jetzt der kurze Prozess gemacht, so wie es ihrem Begriff entspricht.

67 Z.B. wenn das *LG* nach Aufhebung durch den *BGH* wegen Verletzung des § 257c Abs. 5 StPO nunmehr auf die Idee verfällt, nach erneuter Hauptverhandlung das informell bereits gewonnene Geständnis zu verwerten, weil es vom Schutz des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO auch nach bisheriger (und an sich richtiger) Ansicht der Rechtsprechung (oben Fn. 36) nicht erfasst ist.
68 *BVerfGE* 133, 168 (234 Rz. 118) = *StV* 2013, 353.