



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 511/16

vom  
18. Mai 2017  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

wegen versuchter Anstiftung zum Mord

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 18. Mai 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten C. wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 19. April 2016, soweit es diesen Angeklagten betrifft, im Strafausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten C. sowie die Revision des Angeklagten Y. werden verworfen.
3. Der Angeklagte Y. hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen versuchter Anstiftung zum Mord schuldig gesprochen, deswegen gegen den Angeklagten C. eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten und gegen den Angeklagten

Y. eine solche von drei Jahren und sechs Monaten verhängt sowie die Angeklagten im Übrigen freigesprochen.

2           Gegen ihre jeweilige Verurteilung wenden sich die Beschwerdeführer mit ihren auf Verfahrensbeanstandungen sowie jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen. Das Rechtsmittel des Angeklagten C. hat mit einer Verfahrensrüge den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es - ebenso wie die Revision des Angeklagten Y. - unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

3           I. Die Revision des Angeklagten C. beanstandet zu Recht eine Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO. Dieser Verfahrensfehler lässt den Schuldspruch gegen diesen Angeklagten zwar unberührt, führt indes zur Aufhebung des ihn betreffenden Strafausspruchs.

4           1. Der - zulässig erhobenen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) - Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

5           Die - nach Aufhebung eines ersten verurteilenden Erkenntnisses und Zurückverweisung der Sache durch den Senat (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2014 - 3 StR 283/14, NStZ 2015, 46) - zweite Hauptverhandlung gegen die Angeklagten in dieser Sache sollte nach der Terminierung des Landgerichts am 22. Juni 2015 beginnen. An diesem Tag war jedoch einer der Beisitzer erkrankt. Es waren indes der Vorsitzende der Strafkammer, der andere beisitzende Richter, die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft und die Verteidiger der Angeklagten zugegen und der Vorsitzende Richter bat die Verfahrensbeteiligten zu einem Gespräch in das Beratungszimmer. In diesem Gespräch teilte er mit, dass er "mittlerweile nach vertiefter Prüfung innerhalb der

Kammer" Bedenken habe, ob im Fall einer anklagegemäßen Verurteilung eine doppelte Strafmilderung - einerseits nach § 30 Abs. 1 Satz 2 StGB, andererseits nach § 28 Abs. 1 StGB - in Betracht komme. Dies beruhe darauf, dass nach Aktenlage einiges dafür spreche, dass hinsichtlich der Angeklagten das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe zu bejahen sei, so dass eine doppelte Strafmilderung im oben genannten Sinne nicht infrage komme und der im Fall einer Verurteilung anzuwendende Strafraum bei drei Jahren beginne. In einem solchen Fall komme - entgegen seinen früheren Erklärungen gegenüber dem Verteidiger des Angeklagten Y. - die bisher von dem Vorsitzenden für möglich gehaltene Ahndung der Tat durch eine Freiheitsstrafe "im bewährungsaussetzungsfähigen Bereich" nicht mehr in Betracht.

6 Über diesen Inhalt des Gesprächs vom 22. Juni 2015 sowie über die vorangegangenen Gespräche zwischen ihm und dem Verteidiger des Angeklagten Y. ab Ende Januar/Anfang Februar 2015, in denen er die Einlassungsbereitschaft des Angeklagten erfragt und seine oben erwähnte Einschätzung, es komme eine Freiheitsstrafe im aussetzungsfähigen Bereich in Betracht, geäußert hatte, machte der Vorsitzende der Strafkammer nach Beginn der Hauptverhandlung am 6. Juli 2015 gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO eine im Hauptverhandlungsprotokoll niedergelegte Mitteilung.

7 In der Mitteilung fehlte allerdings die Wiedergabe folgenden weiteren Verfahrensgeschehens: Im Gespräch am 22. Juni 2015 führte der Vorsitzende der Strafkammer im Zusammenhang mit der Erklärung, dass eine doppelte Strafmilderung nach § 30 Abs. 1 Satz 2, § 28 Abs. 1 StGB nicht (mehr) infrage komme, weiter aus, dass sich "die Kammer der bis dahin angedachten Lösung, nämlich die Ausurteilung einer bewährungsfähigen Strafe, nicht verschließen"

wolle, "wenn die Verteidigung und die Angeklagten etwas anbieten [würden], um die Möglichkeit einer doppelten Strafraumenverschiebung zu eröffnen".

8 In der weiteren Hauptverhandlung ließ sich der Angeklagte C. erst mehr als sechs Monate später am 18. Hauptverhandlungstag, dem 19. Januar 2016, zur Sache ein, indem er seine Tatbeteiligung geständig einräumte und Angaben zur Rolle des Angeklagten Y. und anderer Tatbeteiligter sowie zu seinen Bemühungen um eine Aussöhnung mit den Tatopfern machte. Diese entsprechend seiner Einlassung festgestellten Handlungen hat das Landgericht als Täter-Opfer-Ausgleich im Sinne von § 46a StPO gewertet und dem Angeklagten C. im Rahmen der Strafzumessung neben der Milderung nach § 30 Abs. 1 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB eine weitere Strafraumenmilderung nach § 46a, § 49 Abs. 1 StGB zugebilligt. So ist es zur Anwendung des doppelt gemilderten Strafraumen des § 211 Abs. 1 StGB gelangt, der Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu elf Jahren und drei Monaten vorsieht, und hat aus diesem Rahmen die verhängte Freiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten zugemessen. Zu einer Verständigung nach § 257c StPO ist es nicht gekommen.

9 2. Soweit dieser Geschehensablauf nicht durch das Protokoll der Hauptverhandlung bewiesen ist (§ 274 Satz 1 StPO), ergibt er sich zur Überzeugung des Senats aus dem gleichlautenden Vortrag der Verteidiger der beiden Beschwerdeführer in den Revisionsbegründungen, dessen Richtigkeit jeweils anwaltlich versichert worden ist und dem andere Verfahrensbeteiligte nicht entgegengetreten sind: Die Staatsanwaltschaft hat von einer Gegenerklärung abgesehen (vgl. Nr. 162 Abs. 2 RiStBV). Der Vorsitzende der Strafkammer hat zu der Revisionsbegründung des Verteidigers des Angeklagten Y. zwar eine

"Dienstliche Äußerung" abgegeben; diese verhält sich indes nicht zu dem hier maßgeblichen Rügevorbringen, sondern nur zu einer anderen Verfahrensrüge.

10           3. Auf der danach gegebenen Tatsachengrundlage erweist es sich als rechtsfehlerhaft, dass der Vorsitzende in der Hauptverhandlung am 6. Juli 2015 nicht auch darüber eine Mitteilung machte, dass er den Verteidigern der Angeklagten in dem Gespräch vom 22. Juni 2015 erklärt hatte, dass diese doch etwas "anbieten" könnten, um zu einer doppelten Strafrahmenverschiebung zu gelangen, und sich die Strafkammer dann der "angedachten Lösung" einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt werden könnte, "nicht verschließen" wolle; der Vorsitzende hat damit seiner sich aus § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ergebenden Hinweispflicht nicht vollständig Genüge getan.

11           a) Nach dieser Vorschrift ist über Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO zu berichten, die außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden haben und deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist. So verhält es sich, wenn bei im Vorfeld der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen, also jedenfalls dann, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung naheliegt (BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168, 216; BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 - 3 StR 470/14, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Mitteilungspflicht 4 mwN). Ein solcher Fall liegt vor, wenn - wie hier im Vorfeld des Gesprächs vom 22. Juni 2015 - die Frage nach der Geständnisbereitschaft mit der Nennung einer konkreten Rechtsfolge (Freiheitsstrafe "im bewährungsaussetzungsfähigen Bereich") verknüpft wird, aber auch dann, wenn sonstiges prozessuales Verhalten der Angeklagten bzw. ihrer Verteidiger - hier das "An-

bieten" eines möglichen Strafmilderungsgrunds, um zu einer doppelten Strafrahmenmilderung zu gelangen - angeregt und im Anschluss daran die Bereitschaft des Gerichts erklärt wird, eine bestimmte "angedachte" Strafe zu verhängen.

12            b) Die danach hier bestehende Mitteilungspflicht dient der Transparenz und Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens; es soll sichergestellt werden, dass verständigungsbezogene Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO stets in der öffentlichen Hauptverhandlung zur Sprache kommen und durch die Möglichkeit, Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung zu führen, kein informelles und unkontrolliertes Verfahren betrieben wird (vgl. BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 u.a. aaO, S. 214 ff.; BGH, Beschluss vom 15. April 2014 - 3 StR 89/14, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Hinweis 4 mwN). Um dem Transparenzgebot gerecht zu werden, ist nicht nur der Umstand mitzuteilen, dass es solche Erörterungen gegeben hat, sondern auch deren wesentlicher Inhalt. Hierzu gehört regelmäßig, welche Standpunkte von den einzelnen Gesprächsteilnehmern vertreten worden sind, welche Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen hat und ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Verständigung im Sinne des § 257c Abs. 3 StPO zustande gekommen ist (BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 - 3 StR 216/16, NStZ 2017, 363, 364 mwN).

13            Nach diesen Grundsätzen war hier nicht nur über die Gespräche zwischen dem Vorsitzenden der Strafkammer und dem Verteidiger des Angeklagten Y. ab Ende Januar/Anfang Februar 2015 sowie über den Teil des Gesprächs vom 22. Juni 2015 zu berichten, in dem gegen die Möglichkeit einer doppelten Strafmilderung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 StGB und nach § 28 Abs. 1

StGB Bedenken erhoben worden waren; vielmehr hätte zur vollständigen Mitteilung des wesentlichen Inhalts des Gesprächs auch gehört, dass das Landgericht gleichwohl erwog, an der Verhängung einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren festzuhalten, wenn die Angeklagten sich so verhielten, dass eine doppelte Strafraumenverschiebung möglich würde.

- 14                    4. Auf diesem Verfahrensfehler beruht indes allein der Strafausspruch (§ 337 Abs. 1 StPO; siehe zum Beruhen bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 - 3 StR 470/14, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Mitteilungspflicht 4 mwN).
- 15                    a) Der Schuldspruch wird von dem Verfahrensfehler nicht berührt. Es ist insbesondere mit Blick auf das konkrete Einlassungsverhalten des Angeklagten C. nicht ersichtlich, wie der Schuldspruch mit der unvollständigen Mitteilung und der damit einhergehenden mangelhaften Transparenz in einem ursächlichen Zusammenhang stehen könnte. Das Landgericht hat seine Überzeugung allein aufgrund der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise gewonnen; der Schuldspruch gründet mithin auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung.
- 16                    Dabei hat sich die Strafkammer von der Täterschaft des Angeklagten aufgrund seiner umfassend geständigen Einlassung überzeugt, die sie als glaubhaft angesehen hat. Diese Würdigung wird insbesondere durch die Erkenntnisse der Telefonüberwachung und das sonstige Ergebnis der Beweisaufnahme bestätigt, insbesondere durch die Aussagen der Tatopfer, des Ermittlungsführers, einer im ersten Rechtsgang und mit dem Verfahren gegen den gesondert Verfolgten S.                    tätigen Richterin sowie durch das gegen diesen

ergangene rechtskräftige Urteil. Gegen diese Beweiswürdigung ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

17            Wäre der Angeklagte C.            vollständig darüber informiert worden, dass und unter welchen Umständen das Landgericht bereit gewesen wäre, eine Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren zu verhängen, hätte er gegebenenfalls versucht, eine Verständigung gemäß § 257c StPO zu erreichen. Gegenstand einer solchen wäre indes wiederum sein - wahrheitsgemäßes - Geständnis gewesen, so dass er auch in einem solchen Fall wegen versuchter Anstiftung zum Mord verurteilt worden wäre.

18            b) Demgegenüber kann der Strafausspruch keinen Bestand haben. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte C.            ohne den Verfahrensverstoß bereits zu einem früheren Zeitpunkt ein umfassendes Geständnis abgelegt und die Voraussetzungen eines Täter-Opfer-Ausgleichs gemäß § 46a StGB herbeigeführt hätte. Für einen solchen Fall liegt es nicht fern, dass die Strafkammer - gegebenenfalls im Rahmen einer Verständigung - auf eine niedrigere Freiheitsstrafe gegen ihn erkannt hätte.

19            Das Beruhen des Strafausspruchs auf der unzureichenden Mitteilung des Vorsitzenden entfällt auch nicht ausnahmsweise deshalb, weil der Angeklagte C.            über die Erklärungen des Vorsitzenden hinaus ergänzende Informationen über den Inhalt des Gesprächs vom 22. Juni 2015 von seinem Verteidiger erhalten hatte. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass er im Falle einer prozessordnungsgemäßen Mitteilung durch den Vorsitzenden dessen Wort größeres Gewicht als den Erklärungen seines Verteidigers beigemessen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 - 3 StR 216/16, NStZ 2017, 363, 365) und sich deshalb im oben dargelegten Sinne anders verhalten, insbeson-

dere das Zustandekommen einer Verständigung angestrebt und sich früher eingelassen hätte.

20           5. Soweit der Angeklagte gestützt auf das genannte Verfahrensgeschehen zugleich eine Verletzung "des Grundsatzes 'fair trial'" rügt, ist der Verfahrensbeanstandung kein (jedenfalls kein weitergehender) Erfolg beschieden. Der Senat neigt insoweit der Auffassung zu, dass sich die Geltendmachung etwaiger Verletzungen des Rechts auf ein faires Verfahren vor den Fachgerichten sowie die Prüfung im Rechtsmittelverfahren, soweit sie zugleich Verstöße gegen einfachgesetzliche Vorschriften des Strafverfahrensrechts darstellen, nach den für den jeweiligen Rechtsverstoß geltenden Regeln richten; ein Rückgriff auf das Fairnessgebot ist weder erforderlich noch methodisch angezeigt (LR-StPO/Kühne, 27. Aufl., Einleitung Abschnitt I Rn. 114 mwN). Selbst wenn sich dementsprechend nach dem Fairnessgebot ein eigener Prüfungsmaßstab ergeben sollte (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 1983 - 2 StR 222/83, BGHSt 32, 44, 45 f.), kann vorliegend aus den oben unter 4.a) genannten Gründen auch insoweit ausgeschlossen werden, dass der Schuldspruch gegen den Angeklagten C. auf einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren beruhen würde.

21           6. Der Strafausspruch bedarf deshalb neuer Verhandlung und Entscheidung. Die insoweit getroffenen Feststellungen sind von dem Rechtsfehler indes nicht betroffen und können bestehen bleiben. Der Senat hat gemäß § 354 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 StPO von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache an ein zu demselben Land gehörendes Gericht gleicher Ordnung zurückzuverweisen.

22 II. Die Revision des Angeklagten Y. hat hingegen keinen Erfolg.

23 1. Die Rüge der Verletzung der Öffentlichkeit (§ 338 Nr. 6 StPO) ist aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet.

24 2. Soweit der Angeklagte Y. ebenfalls eine Verletzung der Informationspflichten aus § 243 Abs. 4 StPO gerügt hat, ist seine Verfahrensbeanstandung nicht mit der gleichen Stoßrichtung erhoben, wie diejenige des Angeklagten C. .

25 Die Revisionsbegründung teilt zwar das Gespräch vom 22. Juni 2015 mit dem gleichen Inhalt mit, wie oben unter I.1. wiedergegeben. In der rechtlichen Würdigung bemängelt sie aber eine unvollständige Information des Angeklagten Y. nicht mit Blick darauf, dass die Mitteilung vom 6. Juli 2015 nicht die Erklärung des Vorsitzenden gegenüber den Verteidigern der Angeklagten in dem Gespräch vom 22. Juni 2015 enthielt, dass diese doch etwas "anbieten" könnten, um zu einer doppelten Strafrahmenschiebung zu gelangen, und sich die Strafkammer dann der "angedachten Lösung" einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt werden könnte, "nicht verschließen" wolle.

26 Vielmehr stellt die Revisionsbegründung lediglich darauf ab, dass der Vorsitzende der Strafkammer im Schreiben vom 17. Dezember 2014 und vom 3. Februar 2015 nicht mitgeteilt habe, mit denen er im Zusammenhang mit der beabsichtigten Terminierung der Hauptverhandlung bei dem Verteidiger des Angeklagten Y. nachgefragt hatte, ob es "bei der bisherigen geständigen Einlassung ihres Mandanten" verbleibe. Außerdem seien die Gründe, die die Strafkammer bewogen hätten, eine doppelte Strafrahmensmilderung "entgegen

der durch den Bundesgerichtshof [...] mitgeteilten Auffassung" nicht (mehr) anzunehmen, nicht ausreichend mitgeteilt worden und es fehle eine Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO. Mit dieser Stoßrichtung hat die Verfahrensrüge aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts angegebenen Gründen keinen Erfolg.

27                    3. Die auf die in allgemeiner Form erhobene Sachrüge veranlasste umfassende Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten Y.      ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

Becker

Gericke

Spaniol

Tiemann

Berg