



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 153/16

vom

28. Juli 2016

in der Strafsache

gegen

wegen Beihilfe zum Bandenhandel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 28. Juli 2016, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof
Mayer,
Gericke,

Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Spaniol,

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Tiemann
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 2. Dezember 2015 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die Revision des Angeklagten gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, davon in zwei Fällen Tateinheitlich mit bandenmäßigem Herstellen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Der Angeklagte erhebt die allgemeine Sachrüge.

2 I. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

3 Die unter I.1. der Revisionsbegründung erhobene Beanstandung, das
Landgericht habe die "§§ 202a, 212, 257c, 273 Abs. 1a StPO" verletzt, weil es
unzutreffenderweise protokolliert habe, dass "Erörterungen gem. §§ 202 a, 212
StPO (...) nicht stattgefunden" hätten und zudem eine Verständigung mit dem
Verteidiger ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft herbeigeführt worden sei,
dringt im Ergebnis durch, so dass es auf die weiteren Verfahrensrügen und die
gleichfalls erhobene Sachrüge nicht mehr ankommt.

4 1. Allerdings bleibt die Rüge ohne Erfolg, soweit die Staatsanwaltschaft
behauptet, das Gericht habe sich - ohne sie zu beteiligen - mit dem Verteidiger
auf eine Bewährungsstrafe verständigt.

5 a) Zwar ist die Rüge insoweit zulässig erhoben. Etwas anderes folgt ins-
besondere nicht daraus, dass die Staatsanwaltschaft mit Blick auf den protokol-
lierten Vermerk, eine Verständigung gemäß § 257c StPO habe nicht stattge-
funden, nicht den Einwand erhoben hat, das Protokoll sei gefälscht. Stoßrich-
tung der Rüge ist nicht die Behauptung, es habe eine Verständigung in der
Hauptverhandlung stattgefunden, weshalb der Protokollvermerk falsch sei. Die
Staatsanwaltschaft geht vielmehr davon aus, das Gericht und die Verteidigung
hätten sich außerhalb der Hauptverhandlung verständigt; solche, nicht in der
Hauptverhandlung offen gelegten informellen Verständigungen werden indes
von der Protokollierungspflicht nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO nicht erfasst
(LR/Stuckenberg, StPO, 26. Aufl., § 273 Rn. 35; SK-StPO/Frister, 5. Aufl.,
§ 273 Rn. 22; Ladiges, JR 2012, 371, 372; siehe auch BGH, Beschluss vom
15. April 2014 - 3 StR 89/14, NStZ 2014, 418 zur - nicht bestehenden - Proto-
kollierungspflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO). Da das Protokoll mithin in-
soweit keine formelle Beweiskraft im Sinne von § 274 Satz 1 StPO entfaltet,

kann das Vorliegen einer informellen Verständigung auch ohne die Behauptung einer Protokollfälschung gerügt werden.

6 Die Verfahrensbeanstandung genügt auch im Übrigen den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; insbesondere war von der Staatsanwaltschaft in der gegebenen Situation, in der sie geltend macht, an den zu einer Verständigung führenden Gesprächen nicht beteiligt worden zu sein, nicht zu verlangen, dass sie konkretere Ausführungen zu den Gesprächsteilnehmern und dem Inhalt der Gespräche im Einzelnen hätte machen müssen.

7 b) Die Rüge ist aber unbegründet, denn der behauptete Verfahrensverstöß ist nicht erwiesen.

8 Ausweislich der vom Senat eingeholten dienstlichen Erklärungen der beteiligten Richter der Strafkammer - soweit diese ergiebig waren - ist es zu einer Verständigung zwischen der Strafkammer oder auch nur einzelnen ihrer Mitglieder einerseits und dem Angeklagten und/oder seinem Verteidiger andererseits nicht gekommen. Vielmehr habe der Vorsitzende dem Verteidiger gegenüber lediglich - ausdrücklich unverbindlich - seine persönliche Einschätzung mitgeteilt, dass bei einem Geständnis ein minder schwerer Fall in Betracht kommen könnte "und damit - logischerweise - auch eine Bewährungsstrafe." Zu Verständigungsgesprächen in der Hauptverhandlung sei es in der Folge ebenfalls nicht gekommen, weil der Verteidiger eine Bewährungsstrafe angestrebt habe und dieser sowie der Vorsitzende selbst eine Verständigung mit der Staatsanwaltschaft auf dieser Basis für aussichtslos gehalten hätten. Ein Beisitzer hat angegeben, der Vorsitzende habe ihm erklärt, er habe dem Verteidiger mit den Worten "so was machen wir nicht" mitgeteilt, eine Verständigung nur mit der Verteidigung ohne Einschaltung der Staatsanwaltschaft komme für die Strafkammer nicht in Betracht.

9 Belastbare Anhaltspunkte dafür, dass entgegen diesen dienstlichen Erklärungen gleichwohl vom Abschluss einer - informellen - Verständigung zwischen Gericht und Verteidigung auszugehen wäre, ergeben sich auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens zum weiteren Verlauf der Hauptverhandlung nicht. Die Staatsanwaltschaft listet insoweit lediglich Einzelheiten des Verfahrensablaufs auf, die aus ihrer Sicht eine unzulässige Absprache nahelegen sollen; diese Indizien sind indes auch in ihrer Gesamtschau nicht geeignet, die inhaltlich eindeutigen dienstlichen Erklärungen der Richter der Strafkammer dergestalt zu entkräften, dass ihr Gegenteil der Entscheidung zugrunde zu legen wäre.

10 2. Soweit die Staatsanwaltschaft beanstandet, im Protokoll der Hauptverhandlung sei unzutreffenderweise protokolliert, dass "Erörterungen gem. §§ 202 a, 212 StPO (...) nicht stattgefunden" hätten, zeigt sie indes einen Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO auf, auf dem das angefochtene Urteil beruht. Im Einzelnen:

11 a) Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

12 Im Vorfeld der Terminierung fragte der Vorsitzende der Strafkammer bei dem sachbearbeitenden Staatsanwalt telefonisch an, ob eine Verständigung möglich sei. Auf Nachfrage teilte er mit, dass für die Verteidigung Voraussetzung einer Verständigung die Verhängung einer Bewährungsstrafe sei; daraufhin signalisierte der Staatsanwalt grundsätzlich Verständigungsbereitschaft, äußerte aber gleichzeitig seine Auffassung, dass eine Bewährungsstrafe nicht in Betracht komme. Daraufhin erklärte der Vorsitzende, dann seien weitere Verständigungsgespräche vor der Hauptverhandlung nicht erfolgversprechend. Später kam es zu einem weiteren telefonischen Kontakt zwischen dem Vorsitzenden der Strafkammer und dem Verteidiger des Angeklagten, in dem der

Vorsitzende - wie bereits dargelegt - mitteilte, nach seiner persönlichen Einschätzung könne bei einem Geständnis ein minder schwerer Fall und damit auch eine Bewährungsstrafe in Betracht kommen. Darüber fertigte er einen Aktenvermerk des Inhalts, er habe den Verteidiger darauf hingewiesen, "dass Geständnis für minder schweren Fall dienlich wäre". Den Inhalt dieses Vermerks teilte der Vorsitzende der Staatsanwaltschaft nicht mit.

13 Nach der Verlesung der Anklageschrift und Feststellung der Eröffnung des Hauptverfahrens erklärte der Vorsitzende der Strafkammer: "Erörterungen gem. §§ 202 a, 212 StPO haben nicht stattgefunden" und ließ dies protokollieren.

14 b) Der Senat entnimmt dem Revisionsvorbringen, dass die Beschwerdeführerin insoweit (jedenfalls auch) einen Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO geltend macht. Dem steht nicht entgegen, dass in der Überschrift zu dieser Verfahrensbeanstandung diese Vorschrift gerade nicht zitiert wird, denn die falsche Bezeichnung einer Rüge ist unschädlich, wenn der Inhalt der Begründungsschrift deutlich erkennen lässt, welche Beanstandung erhoben werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 1964 - 3 StR 60/63, BGHSt 19, 273, 275; LR/Franke aaO, § 344 Rn. 72 mwN). Dies ist hier der Fall: Die Revisionsbegründung stellt den insoweit maßgeblichen Sachverhalt unter einem gesonderten Gliederungspunkt mit eigener Überschrift vollständig dar; diese Ausführungen enden mit der Schlussfolgerung, dass der Protokollvermerk (inhaltlich) falsch sei.

15 Damit ist eine Verletzung von § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO bestimmt behauptet, was zur Wahrung der Anforderungen von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügt (vgl. LR/Franke aaO, Rn. 85). Dem Rügevorbringen lässt sich weiter die Angriffsrichtung entnehmen, dass der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht aus

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO beanstandet wird (vgl. zur Maßgeblichkeit der "Angriffsrichtung" einer Rüge BGH, Urteil vom 26. August 1998 - 3 StR 256/98, NStZ 1999, 94 mwN). Dass die Staatsanwaltschaft die dargestellten Umstände auch als Indiz für ihre Behauptung gewertet hat, es müsse eine informelle Verständigung zwischen Landgericht und Verteidigung gegeben haben, steht dem angesichts des im Übrigen klaren Rügevorbringens nicht entgegen.

16 Die Zulässigkeit der Rüge scheitert - entgegen der im Plädoyer des Generalbundesanwalts geäußerten Auffassung - auch nicht an § 339 StPO, denn die Mitteilungspflichten nach § 243 Abs. 4 StPO dienen - auch im Interesse der Staatsanwaltschaft - in erster Linie dazu, die Öffentlichkeit und Transparenz des Verständigungsverfahrens zu gewährleisten (LR/Becker aaO, § 243 Rn. 52a mwN). Ob etwas anderes gilt, wenn die Staatsanwaltschaft an Verständigungsgesprächen teilgenommen hatte und die Mitteilung allein zur Unterrichtung des Angeklagten erforderlich gewesen wäre (vgl. hierzu Altvater, StraFo 2014, 221, 222), kann hier offen bleiben, weil gerade ein Informationsdefizit der Staatsanwaltschaft in Rede steht.

17 c) Die Vorschrift des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ist verletzt; die protokollierte Mitteilung: "Erörterungen gem. §§ 202 a, 212 StPO haben nicht stattgefunden" war unzutreffend; der Vorsitzende der Strafkammer hätte vielmehr über die vor der Hauptverhandlung stattgefundenen Gespräche berichten und deren wesentlichen Inhalt mitteilen müssen.

18 Dies gilt zunächst für seine Telefonate einerseits mit der Verteidigung und andererseits mit dem sachbearbeitenden Staatsanwalt, die der Sondierung der Verständigungsbereitschaft dienten; Gegenstand dieser Gespräche war mithin die Möglichkeit einer Verständigung im Sinne von § 257c StPO, was die Mitteilungspflicht auslöste und zwar ungeachtet dessen, dass nur der Vorsit-

zende diese Gespräche führte (BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 - 3 StR 470/14, NStZ 2016, 221, 222 mwN; aA - nicht tragend - BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2010 - 1 StR 400/10, NStZ 2011, 592, 593).

19 Aber auch das weitere Gespräch, in dem der Vorsitzende dem Verteidiger seine Einschätzung mitteilte, dass im Fall eines Geständnisses die Annahme eines minder schweren Falles und damit auch die Verhängung einer Bewährungsstrafe in Betracht komme, musste in der Hauptverhandlung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO mitgeteilt werden. Von solchen verständigungsbezogenen Erörterungen ist - wie dargelegt - auszugehen, sobald bei im Vorfeld der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Dies wiederum ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung naheliegt (BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 - 3 StR 470/14 aaO, mwN).

20 Abzugrenzen sind solche Erörterungen, bei denen ein Verfahrensergebnis einerseits und ein prozessuales Verhalten des Angeklagten andererseits in ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne von Leistung und Gegenleistung gesetzt werden, von sonstigen verfahrensfördernden Gesprächen, die nicht auf eine einvernehmliche Verfahrenserledigung abzielen (BGH, Beschluss vom 14. April 2015 - 5 StR 9/15, NStZ 2015, 535, 536). Gegenstand solcher unverbindlichen Erörterungen kann insbesondere der in einem Rechtsgespräch erteilte Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses sein (BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168, 228; BGH aaO).

21 Auf einen solchen Hinweis beschränkte sich die hier in Rede stehende Äußerung des Vorsitzenden der Strafkammer indes nicht: Es entspricht zwar der Rechtslage, dass ein Geständnis strafmildernd zu berücksichtigen ist und deshalb auch in die alle Umstände des Einzelfalles in den Blick nehmenden Abwägung einzustellen ist, ob die konkret zu verhängende Strafe aus dem Regelstrafrahmen oder demjenigen für einen minder schweren Fall zugemessen werden soll. Vorliegend war diesem Hinweis indes vorausgegangen, dass der Verteidiger für den Angeklagten erklärt hatte, es komme nur eine Verständigung auf eine Bewährungsstrafe in Betracht. Angesichts der drohenden - und letztlich auch ausgesprochenen - Verurteilung wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, davon in zwei Fällen Tateinheitlich mit bandenmäßigem Herstellen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, die jedenfalls für die zwei Fälle des täterschaftlichen bandenmäßigen Herstellens von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge jeweils zur Anwendung des Regelstrafrahmens des § 30a Abs. 1 BtMG mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe führen konnte, war eine aussetzungsfähige (Gesamt-) Freiheitsstrafe ohnehin nur bei Annahme eines minder schweren Falls zu erreichen. Es lag daher nicht fern, die Äußerung des Vorsitzenden so zu verstehen, dass er damit - jedenfalls durch schlüssiges Verhalten - das von der Verteidigung angestrebte Verfahrensergebnis in einen synallagmatischen Zusammenhang mit einem prozessualen Verhalten - dem Geständnis des Angeklagten - brachte; dadurch wurde die Mitteilungspflicht, die auch in Zweifelsfällen eingreift (vgl. BVerfG aaO, S. 216 f.), vorliegend begründet.

22 d) Auf dem Verfahrensfehler beruht das Urteil. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft bei vollständiger Mitteilung der vor der Hauptverhandlung stattgefundenen Gespräche an-

ders agiert, insbesondere weitere Anträge gestellt und sich nicht mit der beschriebenen Verfahrensweise, die durch einen weitgehenden Verzicht auf originäre Beweismittel und schnelle Erledigung der Sache geprägt war, einverstanden erklärt hätte.

23 Dies gilt zwar nicht mit Blick auf die ersten geschilderten Telefonate, mit denen der Vorsitzende die Verständigungsbereitschaft der Verfahrensbeteiligten sondierte. Diese waren dem sachbearbeitenden Staatsanwalt bekannt; sein Wissen ist der Staatsanwaltschaft als Behörde zuzurechnen, ohne dass es auf den Kenntnisstand der Sitzungsvertreterin im Einzelnen ankommt. Von dem weiteren Gespräch, in dem es um die Möglichkeit der Annahme eines minder schweren Falls und der Verhängung einer Bewährungsstrafe ging, hatte die Staatsanwaltschaft indes insgesamt keine Kenntnis.

24 Die Sache bedarf deshalb umfassend neuer Verhandlung und Entscheidung.

25

II. Die auf die erhobene Sachrüge veranlasste umfassende Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zu Ungunsten des Angeklagten ergeben; seine auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision erweist sich deshalb als unbegründet.

Becker

Mayer

Gericke

Spaniol

Tiemann