



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 47/13

vom

10. Juli 2013

BGHSt: ja
BGHR: ja
Veröffentlichung: ja

StPO §§ 243 Abs. 4 Satz 1, 344 Abs. 2 Satz 2

1. Einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO bedarf es nicht, wenn überhaupt keine oder nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm nicht betroffen sind.
2. Die Verfahrensrüge, es sei rechtsfehlerhaft keine Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO erfolgt, setzt den Vortrag voraus, dass tatsächlich Gespräche im Sinne dieser Vorschrift stattgefunden hatten und welchen Inhalt sie hatten.

BGH, Urteil vom 10. Juli 2013 - 2 StR 47/13 - LG Aachen

in der Strafsache

gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom
3. Juli 2013 in der Sitzung am 10. Juli 2013, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Appl,

Prof. Dr. Schmitt,

Dr. Eschelbach,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Ott,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger in der Verhandlung,

Justizangestellte in der Verhandlung,

Justizangestellte bei der Verkündung

als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 27. September 2012 mit den Feststellungen aufgehoben im Fall II. 2 c der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in zwei Fällen sowie wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit versuchtem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer mit seiner auf die Sachrüge und auf Verfahrensrügen gestützten Revision.
- 2 Das Rechtsmittel hat auf die Sachrüge hin den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist es unbegründet.

I.

3 Die Verfahrensrügen bleiben aus den Gründen der Antragsschrift des
Generalbundesanwalts ohne Erfolg. Der näheren Erörterung bedarf lediglich die
Verfahrensrüge, das Landgericht habe gegen § 243 Abs. 4 StPO verstoßen.

4 1. Die Revision hat ausgeführt, der Vorsitzende habe entgegen § 243
Abs. 4 StPO weder zu Beginn der Hauptverhandlung noch zu einem späteren
Zeitpunkt mitgeteilt, ob und gegebenenfalls in welcher Form im Vorfeld der
Hauptverhandlung Verständigungsgespräche stattgefunden hätten. Zwar sei es
weder zu einer Verständigung nach § 257c StPO noch zu einer unzulässigen
"informellen Verständigung" gekommen. Dies schließe jedoch nicht aus, dass
ohne Wissen des Angeklagten darauf abzielende Gespräche stattgefunden hät-
ten. Hätte der Angeklagte den vom Gesetz vorgesehenen Hinweis erhalten,
hätte er sein Einlassungsverhalten entsprechend einrichten können. Das gelte
auch, wenn keine Gespräche stattgefunden haben sollten.

5 2. Die Rüge ist bereits deshalb unzulässig, weil die Revision keinen be-
stimmten Rechtsfehler behauptet:

6 a) Nach dem Wortlaut des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO teilt der Vorsitzende
mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn
deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen
ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Dies bedeutet im Umkehrschluss,
dass eine Mitteilungspflicht nicht besteht, wenn keine auf eine Verständigung
hinzielende Gespräche stattgefunden haben (vgl. BGH, Beschluss vom
5. Oktober 2010 - 3 StR 287/10 = StV 2011, 72, 73 sowie Beschluss vom
20. Oktober 2010 - 1 StR 400/10 = StV 2011, 202, 203; Meyer-Goßner, StPO,
56. Aufl., § 243 Rn. 18 a; a.A. ohne nähere Begründung Becker in Löwe-

Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 243 Rn. 52 c und Mosbacher NZWiSt 2013, 201, 206).

7 Das erklärt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten. Diese bilden einen Schwerpunkt des Verständigungsgesetzes und sollen die zentrale Vorschrift des § 257c StPO flankieren und die Transparenz der Verständigung sowie die Möglichkeit einer effektiven Kontrolle durch die Öffentlichkeit, die Staatsanwaltschaft und das Rechtsmittelgericht gewährleisten (BT-Drucks. 16/12310 S. 8 f.). Erfasst werden dabei nicht nur der formale Verständigungsakt selbst, sondern auch die auf eine Verständigung abzielenden Vorgespräche. Die Gewährleistung einer "vollumfänglichen" Kontrolle verständigungsbasierter Urteile setzt umfassende Transparenz des Verständigungsgeschehens in der öffentlichen Hauptverhandlung voraus. Die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten dienen der "Einhegung" der den zulässigen Inhalt von Verständigungen beschränkenden Vorschriften (BVerfG NJW 2013, 1058 ff, 1064 Rn. 82 und 1066 Rn. 96). Wenn aber überhaupt keine auf eine Verständigung abzielende Gespräche stattgefunden haben, ist das Regelungskonzept des § 257c StPO nicht tangiert. Soweit die Gesetzesmaterialien zur Änderung des § 78 Abs. 2 OWiG (BT-Drucks. 16/12310 S. 16) darauf hindeuten, § 243 Abs. 4 StPO habe die Pflicht statuieren sollen, auch eine Nichterörterung mitzuteilen, hat dies im Gesetzestext letztlich keinen Ausdruck gefunden. Entgegen Frister (in SK-StPO 4. Aufl., § 243 Rn. 43) geht der Senat nicht davon aus, dass dies auf einem bloßen Redaktionsversehen des Gesetzgebers beruht.

8 Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 (aaO). Zwar führt das Bundesverfassungsgericht - ohne auf den entgegenstehenden Wortlaut des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO einzugehen - aus, wenn zweifelsfrei feststehe, dass überhaupt

keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben, könne ausnahmsweise (lediglich) ein Beruhen des Urteils auf dem Unterbleiben einer Mitteilung nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ausgeschlossen werden (BVerfG aaO, S. 1067 Rn. 98; so auch in einem obiter dictum BGH, Beschluss vom 22. Mai 2013 - 4 StR 121/13).

9 Gleichzeitig betont das Bundesverfassungsgericht jedoch, dass die Mitteilungspflicht nur dann eingreift, wenn bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum standen (BVerfG aaO, S. 1065 Rn. 85 unter Hinweis auf BT-Drucks. 16/12310 S. 12 und auf BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - 3 StR 287/10). Die Annahme des Bundesverfassungsgerichts, beim Fehlen von Vorgesprächen entfalle das Beruhen des Urteils auf dem Fehlen einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ist daher einfachrechtlich nicht schlüssig, da nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift in diesem Fall bereits kein Rechtsfehler vorliegt.

10 Nach alledem bedarf es einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nicht, wenn überhaupt keine oder nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm nicht betroffen sind; das "Ob" der Handlung steht unter dem Vorbehalt des "Wenn". Soweit das Bundesverfassungsgericht den Begriff "Negativmitteilung" verwendet hat, bezieht sich dieser nur auf gescheiterte Gespräche (BVerfG aaO, S. 1067 Rn. 98 unter Bezugnahme auf BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - 3 StR 287/10).

11 b) Vor diesem Hintergrund muss ein Revisionsführer, der eine Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO rügen will, - gegebenenfalls nach Einholung von Erkundigungen beim Instanzverteidiger (vgl. Meyer-Goßner, aaO, § 344 Rn. 22

mwN) - bestimmt behaupten und konkret darlegen, in welchem Verfahrenssta-
dium, in welcher Form und mit welchem Inhalt Gespräche stattgefunden haben,
die auf eine Verständigung abzielten (vgl. BGHSt 56, 3). Denn das bloße Feh-
len einer Mitteilung reicht nach dem oben Ausgeführten nicht aus, um einen
- vom Revisionsführer darzulegenden - Rechtsfehler zu begründen. An einem
solchen Vortrag fehlt es vorliegend, was gemäß § 344 Abs. 2 StPO zur Unzu-
lässigkeit der Verfahrensrüge führt.

II.

12 Auf die Sachrüge hin war das Urteil in Fall II. 2 c der Urteilsgründe auf-
zuheben, weil das Landgericht seiner Prüfung eines Rücktritts vom Versuch des
schweren sexuellen Missbrauchs in diesem Fall einen unzutreffenden Maßstab
zugrunde gelegt hat.

13 1. Insoweit hat das Landgericht festgestellt, der Angeklagte habe die Ge-
schädigte aufgefordert, den Oralverkehr an ihm auszuüben. Dies habe sie ab-
gelehnt. Der Angeklagte habe sie ein weiteres Mal zum Oralverkehr aufgefor-
dert. Als sie dieses Ansinnen erneut zurückwies, habe er erkannt,

"dass ihm auf Grund der Weigerung der Zeugin L.
sowie mangels zur Verfügung stehender Möglichkeiten zur Ein-
flussnahme auf die Zeugin in seinem Sinne - etwa durch weiteres
Zureden und/oder Versprechungen zur Duldung des Oralver-
kehrs - sowie auf Grund der von ihm abgelehnten Anwendung von
Gewalt eine Vollendung nicht mehr möglich war" (UA S. 11).

14 Er habe daher von seinem Vorhaben abgelassen, habe masturbiert und
schließlich auf die Oberbekleidung des Mädchens ejakuliert.

15 Das Landgericht hat den Angeklagten insoweit wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit versuchtem sexuellen Missbrauch von Kindern verurteilt. Einen Rücktritt vom Versuch der Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB hat es mit der Begründung abgelehnt, der Angeklagte habe in der konkreten Situation keine Möglichkeit mehr gesehen, sein Ziel, den Oralverkehr durch das Kind an ihm ausüben zu lassen, noch zu erreichen. Dies beruhe

"auf den geständigen, den Feststellungen entsprechenden Angaben des Angeklagten, der insbesondere abgestritten hat, Gewalt ... angewandt zu haben oder ... zu irgendeinem Zeitpunkt anwenden zu wollen" (UA S. 13).

16 2. Diese Würdigung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Angeklagte war im Fall II. 2 c der Urteilsgründe wegen sexueller Nötigung unter Anwendung von Gewalt (§ 177 Abs. 1 Nr. 1) angeklagt. Dies konnte ihm nach den Ausführungen des Landgerichts nicht nachgewiesen werden, denn "dem Angeklagten, der jegliche Gewaltanwendung abgestritten hat, war seine diesbezügliche Einlassung nicht zu widerlegen" (UA S. 16).

17 Die Begründung für einen Fehlschlag des Versuchs der Qualifikation nach § 176a StGB ist insoweit rechtsfehlerhaft, als der Gesichtspunkt der Gewalt für diesen Tatbestand keine Rolle spielt; § 176a Abs. 1 Nr. 1 setzt ein Nötigungsmittel nicht voraus. Die Ausführung, der Angeklagte habe eine Vollen- dung nicht mehr für möglich gehalten, "insbesondere" weil er den Einsatz von Gewalt ablehnte, ist daher fehlerhaft und zeigt, dass das Landgericht insoweit von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen ist. Im Übrigen wäre - vor dem Hintergrund der Ausführungen zur angeklagten sexuellen Nötigung - zu erörtern gewesen, dass die Einlassung des Angeklagten, den Einsatz

von Gewalt nicht in Erwägung gezogen zu haben, ersichtlich der Verteidigung gegen den Vorwurf der Gewaltnötigung diene; in der Argumentation des Landgerichts wird diese Einlassung hingegen zum Hauptargument ("insbesondere") gegen einen Rücktritt vom Qualifikationsversuch ohne Gewalt. Der Senat kann auf Grundlage dieser Urteilsausführungen nicht ausschließen, dass der Entscheidung insgesamt ein fehlerhafter Maßstab für die Frage zugrunde liegt, unter welchen Voraussetzungen der Angeklagte hier freiwillig vom Versuch des Oralverkehrs zurücktreten konnte.

18 Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Falls II. 2 c insgesamt. Damit ist auch dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage entzogen.

Fischer

Appl

Schmitt

Eschelbach

Ott