



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 93/23

vom  
10. August 2023  
in der Strafsache  
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 10. August 2023 gemäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Trier vom 23. November 2022 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.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Verfahrensbeanstandung Erfolg, der Vorsitzende habe gegen seine Pflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Satz 1 StPO verstoßen, den wesentlichen Inhalt von außerhalb der Hauptverhandlung geführten verständigungsbezogenen Erörterungen mitzuteilen.
- 2
  1. Mit der in zulässiger Weise erhobenen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) Rüge trägt der Beschwerdeführer im Wesentlichen das folgende Verfahrensgeschehen vor:

3 a) Die Hauptverhandlung wurde auf Anregung der Verteidigung am ersten Sitzungstag unterbrochen, um Verständigungsmöglichkeiten zu erörtern. Bei dem Gespräch sagte der Vorsitzende in Anwesenheit der Beisitzerin, der Schöffen, des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft, der beiden Verteidiger und des Angeklagten sinngemäß, für den Fall eines Geständnisses könne die Strafkammer einen Strafraum von fünf Jahren und sechs Monaten bis sechs Jahre und sechs Monate zusagen. Er erläuterte dessen Angemessenheit und äußerte, die geständige Einlassung könne auch dazu führen, dass sich die Tat nicht als täterschaftliches Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sondern lediglich als Beihilfe hierzu darstelle. Daraufhin erklärte der Vertreter der Staatsanwaltschaft, er wolle dem genannten Strafraum nicht entgegenreten, während die Verteidigung nicht Stellung nahm.

4 Nach Fortsetzung der Hauptverhandlung gab der Vorsitzende bekannt, dass die Strafkammer „in der Verhandlungspause auf Wunsch der Verteidigung mit den Verfahrensbeteiligten im Beisein des Angeklagten ein Gespräch ... zum Zwecke der Herbeiführung einer verfahrensabkürzenden Absprache“ geführt und welchen Strafraum sie dem Angeklagten „für ein Geständnis der Beteiligung an dem Kokainschmuggel“ als „Ergebnis“ zugesagt habe. Die Mitteilung verhielt sich nicht zu der Erklärung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft sowie dem Hinweis des Vorsitzenden auf eine etwaige Beihilfestrafbarkeit bei entsprechender geständiger Einlassung.

5 Im nächsten Hauptverhandlungstermin äußerte die Verteidigung, der Angeklagte nehme das Angebot des Gerichts nicht an.

6 b) Nach zehn weiteren Sitzungstagen fand auf Anregung der Verteidigung in Unterbrechung der Hauptverhandlung ein weiteres Gespräch statt, das auf die

Herbeiführung einer Verständigung gerichtet war. Der Vorsitzende sagte in Gegenwart des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft und der beiden Verteidiger sowie in Abwesenheit des Angeklagten sinngemäß, die Beweisaufnahme sei schon fortgeschritten und die Indizienlage habe sich verdichtet, so dass die Strafkammer nunmehr einen Strafraumen von sechs Jahren und sechs Monaten bis sieben Jahre und sechs Monate anbiete; dieser sei höher als derjenige, der zu Beginn der Hauptverhandlung in Aussicht gestellt worden sei. Der neue Vorschlag sei gleichwohl vor dem Hintergrund angemessen, dass sich die Beteiligung des Angeklagten an dem Handeltreiben nach dem abzugebenden umfassenden Geständnis auch lediglich als Beihilfe darstellen könne. Der Vertreter der Staatsanwaltschaft erklärte, er könne der Vorstellung der Strafkammer folgen.

7            Zur Vorbereitung auf eine Erörterung des gerichtlichen Vorschlags mit dem Angeklagten fragte einer der Verteidiger den Vorsitzenden, ob der Strafkammer im Fall einer Verständigung eine Verteidigererklärung genüge. Dies bejahte der Vorsitzende, bat aber im Hinblick auf die vorzunehmende Würdigung, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliege, darum, in die geständige Einlassung aufzunehmen, welchen Geldbetrag der Angeklagte für seine Mitwirkung erhalten und welchen er an den Kurier weitergegeben habe.

8            Am darauffolgenden Sitzungstag gab der Vorsitzende bekannt, dass nach dem vorausgegangenen Hauptverhandlungstermin auf Anregung der Verteidigung ein weiteres Gespräch zur Herbeiführung einer verfahrensabkürzenden Absprache zwischen der Strafkammer, den Verteidigern sowie der Staatsanwaltschaft stattgefunden habe und welcher (erhöhte) Strafraumen dem Angeklagten nunmehr „für ein Geständnis“ als „Ergebnis“ zugesagt worden sei. Die Mitteilung verhielt sich wiederum nicht zu der Erklärung des Sitzungsvertreters der Staats-

anwaltschaft sowie zu den Äußerungen der Beteiligten mit Bezug zu einer etwaigen Beihilfestrafbarkeit. Anschließend wurde der Angeklagte über die Voraussetzungen und Folgen einer möglichen späteren Abweichung des Gerichts von der in den Blick genommenen Verständigung belehrt (§ 257c Abs. 5 StPO).

9            Im nächsten Hauptverhandlungstermin äußerte der Angeklagte, einer solchen verfahrensabkürzenden Absprache nicht zuzustimmen, und ließ sich weiter bestreitend zur Sache ein. Zu einer Verständigung kam es auch in der Folgezeit nicht mehr.

10            2. Das vom Beschwerdeführer vorgetragene Verfahrensgeschehen ist der revisionsgerichtlichen Prüfung zugrunde zu legen. Die behaupteten Vorgänge in der Hauptverhandlung sind insbesondere durch die Sitzungsniederschrift (§ 274 Abs. 1 StPO) und daneben durch die Urteilsurkunde bewiesen. Dem Revisionsvorbringen zu den außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gesprächen stehen weder die Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft (§ 347 Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO) noch die - vom Senat im Wege des Freibeweises eingeholten - dienstlichen Stellungnahmen des Vorsitzenden und der Beisitzerin entgegen:

11            a) Nach der Revisionsgegnerklärung fehlt dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft die Erinnerung, die behaupteten Äußerungen getätigt zu haben. Er ist sich lediglich sicher, kein abschließendes Einverständnis zu den Verständigungsvorschlägen des Gerichts erklärt zu haben. Allerdings hat er ausgeführt, wie er sich „normalerweise“ bei derartigen verständigungsbezogenen Erörterungen verhalte: Zwar gebe er „eine Einschätzung“ ab, ob das vom Gericht in Aussicht gestellte „Strafmaß in Ordnung geht oder nicht, und signalisiere (im ersten Fall) klare Zustimmungsbereitschaft, ... (er) äußere aber keine verbindliche Zustimmung in dieser Situation“.

- 12 Mit einem solchen Signalisieren klarer Zustimmungsbereitschaft, mithin der unmissverständlichen Bekundung, die Staatsanwaltschaft werde dem unterbreiteten Verständigungsvorschlag unter Berücksichtigung der bekannten Umstände wahrscheinlich zustimmen, lässt sich das Rügevorbringen ohne Weiteres in Einklang bringen. Dass der Sitzungsvertreter bei den Erörterungen „keine verbindliche Zustimmung“ erteilte, versteht sich hingegen bereits deshalb von selbst, weil das Strafverfahrensrecht eine derartige die Bindungswirkung auslösende Prozessklärung allein in der Hauptverhandlung nach Maßgabe des § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO vorsieht (vgl. BGH, Urteile vom 21. Juni 2012 - 4 StR 623/11, BGHSt 57, 273 Rn. 13; vom 1. Dezember 2016 - 3 StR 331/16, NStZ 2017, 373, 374; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 257c Rn. 25; SSW-StPO/Ignor/Wegner, 5. Aufl., § 257c Rn. 93 ff.).
- 13 In der dienstlichen Stellungnahme der Beisitzerin ist ausgeführt, dass nach ihrer „inzwischen verblassten Erinnerung“ im Rahmen der zwei Gespräche „über das Protokollierte hinaus keine besonderen Erörterungen“ stattfanden. Der Vertreter der Staatsanwaltschaft sei den Verständigungsvorschlägen „nicht entgegengetreten“, habe „aber jeweils ... noch keine abschließende Zustimmung erteilt“. Dem hat sich der Vorsitzende in seiner Stellungnahme angeschlossen. Auch diese Angaben schließen nicht aus, dass der Sitzungsvertreter bekundete, die Staatsanwaltschaft werde dem unterbreiteten Verständigungsvorschlag voraussichtlich zustimmen. Vielmehr deuten sie darauf hin, dass die Richter allein eine „abschließende Zustimmung“ oder Ablehnung für mitteilungspflichtig halten.
- 14 b) Auf die behaupteten Äußerungen zu einer etwaigen Beihilfestrafbarkeit während der verständigungsbezogenen Erörterungen geht die Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft nicht ein.

15 In der dienstlichen Stellungnahme der Beisitzerin ist hierzu lediglich dargelegt, die Strafkammer habe jeweils „den - an sich selbstverständlichen - Umstand mitgeteilt“, dass „je nach Inhalt“ einer „geständigen Einlassung ... eine Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Betracht“ komme. Hinsichtlich des zweiten Gesprächs hat der Vorsitzende ergänzend wie folgt Stellung genommen: „In der anschließenden Beweisaufnahme hat sich die Annahme von Täterschaft so verdichtet, dass ohne eine konkrete Einlassung des Angeklagten zu seiner Rolle bei dem Kokainschmuggel nicht mehr von Beihilfe ausgegangen werden konnte. Dennoch hat die Kammer ... deutlich gemacht, dass sie trotz weitgehend abgeschlossener Beweisaufnahme bereit ist, eine nunmehr geständige Einlassung des Angeklagten auch auf die Voraussetzungen einer Beihilfe zu überprüfen.“ In beiden Erklärungen fehlen Angaben dazu, ob, wie der Beschwerdeführer behauptet hat, die gleichwohl in Erwägung gezogene Anwendung des § 27 Abs. 2 StGB - für welche die weit fortgeschrittene Hauptverhandlung bis dahin keinen Anhalt erbracht hatte - die vom Gericht in Aussicht gestellte Strafober- und -untergrenze beeinflusste. Die Angemessenheit ein und desselben Strafrahmens für die Verurteilung als Täter und für diejenige als Gehilfe scheint indes erläuterungsbedürftig.

16 Zu dem Vortrag des Beschwerdeführers, der Vorsitzende habe bei dem zweiten Gespräch darum gebeten, dass im Rahmen einer geständigen Einlassung der vom Angeklagten erlangte und der von ihm weitergeleitete Geldbetrag offengelegt werde, verhalten sich die dienstlichen Stellungnahmen der Richter nicht. Die Bedeutung eines solchen auf den Inhalt des Geständnisses bezogenen Ansinnens bleibt unklar. In den Urteilsgründen wird das für (Mit-)Täterschaft sprechende Tatinteresse damit begründet, dass, wenn bereits der Kurier als Entlohnung mehrere Tausend Euro erhalten sollte, der - gewerbsmäßig agierende -

Angeklagte das erhebliche Entdeckungsrisiko „nicht ohne die Aussicht auf einen finanziellen Vorteil“ einging (UA S. 31).

17           c) Nach alledem sind die drei benannten dienstlichen Erklärungen zumindest als nicht hinreichend substantiiert zu bewerten, um das Revisionsvorbringen zu den außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gesprächen in Zweifel ziehen zu können.

18           3. Auf der Grundlage des vorgetragenen Verfahrensgeschehens handelte der Vorsitzende bereits deshalb prozessordnungswidrig, weil er nach den beiden verständigungsbezogenen Erörterungen jeweils nicht mitteilte, wie sich der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft dabei erklärt hatte.

19           a) Nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO hat der Vorsitzende nach Verlesung des Anklagesatzes über Erörterungen gemäß §§ 202a, 212 StPO zu berichten, die vor der Hauptverhandlung stattgefunden haben und deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist. Kommt es zu solchen Unterredungen nach Beginn der Hauptverhandlung, aber außerhalb derselben, so hat der Vorsitzende nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO auch dies bekanntzugeben, und zwar regelmäßig alsbald nach der Fortsetzung (s. BGH, Beschlüsse vom 25. Juni 2020 - 3 StR 102/20, NStZ 2021, 310 Rn. 13; vom 24. Mai 2023 - 4 StR 493/22, juris Rn. 9, jeweils mwN). Die Mitteilungspflicht dient der Transparenz und Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens. 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 in der Regel, wer an dem Gespräch teilgenommen hat, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen worden ist, welche Standpunkte die einzelnen Gesprächsteilnehmer vertreten haben und ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung



gestoßen sind. Das gilt auch dann, wenn eine Verständigung im Sinne des § 257c Abs. 3 StPO letztlich nicht zustande gekommen ist (st. Rspr.; s. etwa BGH, Urteil vom 3. November 2022 - 3 StR 127/22, NStZ 2023, 306 Rn. 19 mwN; Beschluss vom 8. März 2023 - 3 StR 15/23, StraFo 2023, 236, 237).

20            b) Gemessen daran traf den Vorsitzenden nach beiden Gesprächen die Pflicht zur Bekanntgabe, welchen Standpunkt die Staatsanwaltschaft zu dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag vertreten hatte. Denn sie hatte jeweils eine mitteilungspflichtige Position hierzu eingenommen. Entgegen der Ansicht, die augenscheinlich der Revisionsgegenerklärung und den dienstlichen Stellungnahmen der Richter zugrunde liegt, vertritt die Staatsanwaltschaft auch dann einen Standpunkt, wenn sie eine vorläufige zustimmende Einschätzung abgibt. Jede befürwortende oder ablehnende Äußerung unterfällt der Mitteilungspflicht. Verbindliche Erklärungen, also solche, welche die Bindungswirkung auslösen, sind, wie dargelegt (s. oben 2. a)), ohnehin dem Verfahren nach § 257c StPO vorbehalten. Nur wenn sich die Staatsanwaltschaft - anders als hier - nicht zu einem Vorschlag positioniert, muss dies der Vorsitzende nicht in der Hauptverhandlung mitteilen (vgl. LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 243 Rn. 60 [Fn. 246]; entsprechend für den Verteidiger BGH, Beschluss vom 22. Juli 2014 - 1 StR 210/14, NStZ 2015, 48; aA KK-StPO/Schneider, 9. Aufl., § 243 Rn. 61).

21            Ohne dass es für die Prozessordnungswidrigkeit der Mitteilungen im Sinne von § 243 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Satz 1 StPO noch entscheidungserheblich darauf ankommt, tritt hinzu, dass der Vorsitzende die Äußerungen zu einer etwaigen Beihilfestrafbarkeit ebenso wenig bekannt gab.

22            4. Das Urteil beruht auf dem Verfahrensfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Dahinstehen kann, ob auszuschließen ist, dass sich der Angeklagte im Fall inhalt-

lich ordnungsgemäßer Mitteilungen gegen den Tatvorwurf wirksamer als geschehen hätte verteidigen können und somit eine Beruhensprüfung nach herkömmlichen revisionsrechtlichen Kausalitätsmaßstäben (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 - 3 StR 470/14, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Mitteilungspflicht 4 Rn. 17 f.; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 243 Rn. 115) lediglich zur Aufhebung des Strafausspruchs - wegen einer möglichen geständigen Einlassung des Angeklagten, gegebenenfalls im Rahmen einer Verständigung - führte (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 10. Januar 2017 - 3 StR 216/16, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Mitteilungspflicht 10 Rn. 16 f., 22; vom 18. Mai 2017 - 3 StR 511/16, NStZ 2017, 596, 598). Denn jedenfalls nach dem um normative Kriterien angereicherten verfassungsrechtlichen Beruhensbegriff (s. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 15. Januar 2015 - 2 BvR 2055/14, NStZ 2015, 172, 173; vom 4. Februar 2020 - 2 BvR 900/19, StraFo 2020, 147, 150) ist auch der Schuldspruch aufzuheben.

23           Hiernach ist regelmäßig davon auszugehen, dass das gesamte Urteil auf dem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht gemäß § 243 Abs. 4 StPO beruht. Dies ist nicht bereits dann zu verneinen, wenn sich der Mitteilungsmangel nicht in entscheidungserheblicher Weise auf das Prozessverhalten des Angeklagten ausgewirkt haben kann. Mit Blick auf die Kontrollfunktion der Mitteilungspflicht ist der normative Zusammenhang zwischen Verfahrensfehler und Verurteilung vielmehr erst durchbrochen, wenn der Inhalt der geführten Gespräche zweifelsfrei feststeht und sicher auszuschließen ist, dass sie auf die Herbeiführung einer gesetzeswidrigen Absprache gerichtet waren (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 2022 - 3 StR 127/22, NStZ 2023, 306 Rn. 24 f. mwN; Beschluss vom 8. März 2023 - 3 StR 15/23, StraFo 2023, 236, 237). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Weder ist der Inhalt der von der Verteidigung angeregten verständigungsbezogenen Erörterungen ausreichend geklärt, soweit sie eine etwaige Beihilfe-

strafbarkeit zum Gegenstand hatten, noch ist mit der gebotenen Sicherheit auszuschließen, dass sie unter Umständen auf eine entsprechende unzulässige Einigung über den Schuldspruch zielten.

24                    5. Die Sache bedarf daher erneuter tatrichterlicher Verhandlung und Entscheidung.

Schäfer

Berg

Ri'in BGH Dr. Hohoff befindet sich im Urlaub und ist deshalb gehindert zu unterschreiben.

Schäfer

Anstötz

Voigt

Vorinstanz:

Landgericht Trier, 23.11.2022 - 8031 Js 8719/21 - 5 KLS