

HRRS-Nummer: HRRS 2011 Nr. 68

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2011 Nr. 68, Rn. X

BGH 1 StR 400/10 - Beschluss vom 20. Oktober 2010 (LG Memmingen)

Unterlassene Mitteilung von Verständigungsgesprächen im Zwischenverfahren (Zuständigkeit des Vorsitzenden; Beruhen; Bemessung der Sanktionsschere: keine festen Grenzen); Betrug (Vermögensschaden; nachträgliche Schadensverlagerung: tatsächliche Wiederverkaufsmöglichkeit bei minderwertigen Fleisch).

§ 263 StGB; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 202a StPO; § 257c StPO; § 337 StPO; § 338 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässig weit geöffneten "Sanktionsschere" bezieht sich auf den Zeitpunkt der Verständigungsgespräche. Der Unterschied in der - antizipierten - Strafzumessungsbewertung im Falle eines streitigen Verfahrens im Vergleich zum einvernehmlichen Verfahren liegt zwar allein in der Ablegung eines Geständnisses und dessen Folgen, wie Verkürzung der Hauptverhandlung oder Schonung der Opfer der Straftat. Das Gewicht eines Geständnisses kann allerdings in verschiedenen Verfahren sehr unterschiedlich sein. Deshalb verbietet sich eine mathematische Betrachtung, etwa der angemessene Strafrabatt dürfe in der Regel nicht mehr als 20 % bis 30 % betragen. Maßgeblich sind immer die Verhältnisse des Einzelfalls.
2. Kommt es mangels einer Verständigung zu einer langen Hauptverhandlung mit einer umfangreichen Beweiserhebung, so kann sich der aus den Akten gewonnene Eindruck von Tat und Täter im Einzelfall entscheidend verändern, zum Vor- oder zum Nachteil des Angeklagten. Dem früher für den Fall eines Geständnisses genannten Strafrahmen (§ 257c Abs. 3 StPO) kann dann keine Orientierung zukommen, ebenso wenig einer anfangs für den Fall einer streitigen Hauptverhandlung prognostizierten Strafe. Eines besonderen Hinweises darauf bedarf es nicht. Feste, gar mathematisch bestimmte Regeln über die Ausrichtung der Strafhöhe nach der Durchführung eines "streitigen" Verfahrens an der für den Falle eines Geständnisses vor oder zu Beginn der Hauptverhandlung genannten Obergrenze verbieten sich deshalb. Eine Strafe kann ohne Geständnis auch mehr als ein zusätzliches Drittel über der im Rahmen der Verständigungsgespräche genannten Strafobergrenze liegen.
3. Mitzuteilen sind gemäß §§ 202a, 212 StPO Erörterungen des Gerichts mit den Verfahrensbeteiligten. Sondierende Äußerungen allein des bzw. der Vorsitzenden einer großen Strafkammer beim Landgericht können nicht ohne weiteres als Erklärungen der Strafkammer verstanden werden. Nur vom Gericht geführte oder ausdrücklich autorisierte Erörterungen sind aktenkundig zu machen (§ 202a Satz 2 StPO) und in der Hauptverhandlung nach Verlesung des Anklagesatzes mitzuteilen (243 Abs. 4 Satz 1 StPO). Dies ist dann auch in der Sitzungsniederschrift zu vermerken (§ 273 Abs. 1a Satz 2 1. Alt. StPO).
4. Einem Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO kommt keine absoluten Revisionsgründen entsprechende Wirkung zu. Er führt nicht zu der unwiderlegbaren Vermutung, wonach bei einer Verletzung der Norm eine Beeinflussung des Urteilsspruchs nie ausgeschlossen werden kann.
5. Einem für den Fall eines Geständnisses vor oder zu Beginn einer Hauptverhandlung in den Raum gestellten Strafrahmen kommt für die Strafzumessung nach langer streitiger Hauptverhandlung in der Regel keine Bedeutung mehr zu, so dass einer mangelnden Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO in der Regel auch kein Beruhen zukommt. Dies gilt ebenso für eine in diesem Zusammenhang genannte zu erwartende Strafe für den Fall einer Verurteilung ohne ein Geständnis.
6. Konnte der getäuschte Abnehmer von Fleischprodukten, die entgegen der Angaben des Verkäufers minderwertig sind, diese Fleischprodukte noch vor Aufdeckung der Tat gutgläubig als Lebensmittel weiterverkaufen, verhindert dies nicht die Annahme eines Vermögensschadens. Es liegt allein eine nachträgliche Schadensverlagerung vor.

Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Memmingen vom 12. März 2010 wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Ergänzend zu den Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift vom 12. August 2010 bemerkt der Senat:

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts erwarb der Angeklagte nicht zum menschlichen Verzehr bestimmte 1
Fleischprodukte (insgesamt 699.386,50 kg) der Kategorie 3 gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1774/2002 des 2
Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Oktober 2002 (ABl. L 273 vom 10. Oktober 2002, S. 1), Kapitel II
Artikel 6 Abs. 1, und verkaufte davon in der Zeit vom 7. September bis zum 23. November 2004 in 15 Fällen insgesamt
313.885 kg unter Verschleierung von deren Herkunft als Lebensmittel. Bei seinen Kunden verursachte er damit einen
Gesamtschaden in Höhe von 235.827,29 €. In drei Fällen wurde der Schaden durch Gutschriften und Umbuchungen -
insgesamt in Höhe von 31.950,97 € wieder gut gemacht.

Aufgrund der Hauptverhandlung, die am 10. November 2009 begann und nach elf Verhandlungstagen am 12. März 2
2010 endete, wurde der Angeklagte wegen Betruges in 15 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren
verurteilt. Dem lagen Einzelstrafen von zehn Monaten bis zu einem Jahr und acht Monaten Freiheitsstrafe zugrunde.

Nicht festgestellt hat die Strafkammer, dass die vom Angeklagten ausgelieferten Fleischprodukte tatsächlich 3
genussuntauglich waren. Eine Verurteilung wegen der angeklagten - gegebenenfalls tateinheitlichen - Verstöße gegen
das Fleischhygienegesetz und das Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz erfolgte deshalb nicht
(Inzidentfreispruch).

II.

Die Rüge der Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ist unbegründet. 4

1. Der Beschwerdeführer beanstandet, dass es die Strafkammer entgegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO (nF) unterlassen 5
habe, in der Hauptverhandlung mitzuteilen, dass im Zwischenverfahren Verständigungsgespräche stattgefunden
haben.

2. Nach dem Revisionsvorbringen, das durch die Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft und die dienstliche Äußerung 6
des Sitzungsstaatsanwalts bestätigt und ergänzt wird, bot (oder kündigte) die Vorsitzende der Strafkammer nach
Anklageerhebung (mit Anklageschrift vom 30. August 2007) im Mai 2009 während eines Telefongesprächs und erneut
im Oktober oder Anfang November 2009, als der Verteidiger beim Gericht Akteneinsicht nahm, diesem gegenüber für
den Fall eines Geständnisses des Angeklagten eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung zur
Bewährung ausgesetzt wird, als Strafobergrenze an. Der sachbearbeitende Staatsanwalt hatte der Vorsitzenden zuvor
seine Zustimmung hierzu signalisiert (dies sei nicht ausgeschlossen). Der Angeklagte, der von seinem Verteidiger über
die Anfragen der Strafkammervorsitzenden unterrichtet wurde, lehnte die Ablegung eines Geständnisses ab. Eine zu
erwartende Strafhöhe für den Fall einer Verhandlung ohne Geständnis nannte die Strafkammervorsitzende nicht.

Das Angebot einer Verständigung seitens der Strafkammervorsitzenden wurde in der Hauptverhandlung nicht erwähnt. 7
Im Protokoll ist lediglich am Ende - zutreffend - vermerkt, dass eine Verständigung nicht stattfand.

3. Es kann dahinstehen, ob ein Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO vorliegt, da das Urteil darauf jedenfalls nicht 8
beruht.

a) Gemäß § 202a StPO kann das Gericht im Zwischenverfahren den Stand des Verfahrens mit den 9
Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Der wesentliche Inhalt dieser
Erörterung ist aktenkundig zu machen. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens gilt dies entsprechend (§ 212 StPO
[während des Ermittlungsverfahrens gilt für den Staatsanwalt § 160b StPO]). War Gegenstand dieser Erörterungen die
Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO), so hat der Vorsitzende des Gerichts dies und den wesentlichen Inhalt

der Erörterungen gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO in der Hauptverhandlung nach Verlesung der Anklage und vor der Belehrung des Angeklagten mitzuteilen. Sofern eine derartige Mitteilung erfolgt, ist dies im Protokoll zu vermerken (§ 273 Abs. 1a Satz 2 1. Alt. StPO). Diese Bestimmungen wurden durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353) mit Wirkung vom 4. August 2009 in die Strafprozessordnung eingefügt.

Es liegt nahe, dass die seit dem 4. August 2009 bestehende Mitteilungspflicht bei danach beginnenden Hauptverhandlungen auch hinsichtlich solcher Erörterungen gilt, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes stattfanden. Im vorliegenden Fall kann dies dahinstehen, da die Strafkammervorsitzende nach dem - unwidersprochenen - Revisionsvorbringen im Oktober oder Anfang November 2009 nochmals aktiv wurde. 10

Mitzuteilen sind gemäß §§ 202a, 212 StPO Erörterungen des Gerichts mit den Verfahrensbeteiligten. Beim Landgericht ist die große Strafkammer außerhalb der Hauptverhandlung mit drei Berufsrichtern besetzt (§ 76 Abs. 1 GVG). Sondierende Äußerungen allein des bzw. der Vorsitzenden können deshalb nicht ohne weiteres als Erklärungen der Strafkammer verstanden werden. 11

Das Gesetz differenziert zwischen den Aufgaben des Gerichts (§§ 202a, 212 StPO) und des Vorsitzenden (§ 243 Abs. 4 StPO). Zwar muss an den Erörterungen gemäß §§ 202a, 212 StPO nicht immer das Gericht in der vollen Besetzung gemäß § 76 Abs. 1 StPO teilnehmen. Das Gericht kann sich auch über eines seiner Mitglieder, in der Regel durch den Vorsitzenden, äußern (so ist auch § 257c Abs. 3 StPO zu verstehen). Dann muss aber gewährleistet sein und muss auch nach außen deutlich werden, dass den Äußerungen des Vorsitzenden eine entsprechende Beratung, ein ausdrücklicher Auftrag des Gerichts zugrunde liegt. Dies versteht sich auch im vorliegenden Fall nicht von selbst. 12

Vom Gericht geführte oder ausdrücklich autorisierte Erörterungen sind dann auch aktenkundig zu machen (§ 202a Satz 2 StPO) und in der Hauptverhandlung nach Verlesung des Anklagesatzes mitzuteilen (§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO). Dies ist dann auch in der Sitzungsniederschrift zu vermerken (§ 273 Abs. 1a Satz 2 1. Alt. StPO). 13

b) Im vorliegenden Fall kann es dahinstehen, ob die Vorsitzende der Strafkammer vom Gericht (§ 76 Abs. 1 GVG) zu Verständigungsvorschlägen ermächtigt war. Denn auf der fehlenden Mitteilung in der Hauptverhandlung über die Gespräche der Vorsitzenden im Vorfeld beruht das angefochtene Urteil nicht, wie eingangs bereits mitgeteilt. 14

aa) Darauf kommt es entgegen dem Revisionsvorbringen auch an. Ein absoluter Revisionsgrund (§ 338 StPO) ist nicht gegeben. Einem Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO kommt auch keine entsprechende Wirkung zu. Zwar trägt der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien zutreffend vor, die Bestimmung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO diene der Herstellung von Transparenz. Dies führt aber nicht zu der unwiderlegbaren Vermutung, wonach bei einer Verletzung der Norm eine Beeinflussung des Urteilsspruchs dadurch nie ausgeschlossen werden kann. 15

bb) Zu seiner Auffassung, dass das Urteil auf der fehlenden Mitteilung in der Hauptverhandlung auch beruht, verweist der Beschwerdeführer auf zwei Punkte: 16

(1) Bei einer Mitteilung seitens der Strafkammervorsitzenden in der Hauptverhandlung über ihre Anfragen zur Möglichkeit einer Verständigung hätte sich der Angeklagte vielleicht doch noch eines anderen besonnen und ein Geständnis abgelegt. Dies schließt der Senat aus. Eine derartige Annahme ist jedenfalls im vorliegenden Fall mehr als fernliegend. Der immer anwaltlich beratene Angeklagte hatte geständige Einlassungen mit Bestimmtheit abgelehnt. 17

Die grundsätzliche Möglichkeit einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung war ihm bekannt. Die Strafkammer sah hierzu - offensichtlich zu Recht - keine Möglichkeit mehr, sonst hätte sie in der Hauptverhandlung den in § 257c Abs. 3 StPO gewiesenen Weg beschritten. 18

(2) Die Nennung einer Strafobergrenze bzw. eines Strafrahmens (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO) im Falle der Ablegung eines Geständnisses - habe, auch wenn die Verständigung scheitert, am Ende eines dann streitig durchgeführten Verfahrens im Falle einer Verurteilung zwingend Einfluss auf die Bestimmung der Strafhöhe. Diese Orientierungsfunktion der Nennung einer Strafobergrenze sei hier nicht zum Tragen gekommen, da die übrigen Mitglieder der erkennenden Strafkammer über die Anfrage der Vorsitzenden nicht informiert gewesen seien. 19

(a) Die behauptete fehlende Unterrichtung der übrigen Angehörigen des Gerichts seitens der Vorsitzenden über ihren Vorstoß unter Nennung einer Strafobergrenze ist schon nicht erwiesen. Aus der dienstlichen Äußerung des sachbearbeitenden Staatsanwalts kann geschlossen werden, dass der beisitzende Berufsrichter die Überlegungen seiner Vorsitzenden kannte. Auch bei den Schöffen liegt es eher nahe, dass diese in den Beratungen davon erfuhren. 20

Dass vor den Schöffen etwas verheimlicht werden sollte, also ein bewusster Verstoß - sein Vorliegen unterstellt - gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, zur Vermeidung von Transparenz innerhalb des erkennenden Gerichts liegt hier fern. 21

Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 trat ohne Vorlaufzeit am Tag nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt am 4. August 2009 in Kraft. Etwa drei Monate später begann die Hauptverhandlung in dieser Sache. Die in § 257c StPO enthaltenen Kernbestimmungen zum Verständigungsverfahren standen schon lange im Fokus fachlicher Erörterungen. Demgegenüber sind die in den §§ 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a Satz 2 StPO enthaltenen am 3. August 2009 im Bundesgesetzblatt veröffentlichten Begleitbestimmungen erst allmählich ins Bewusstsein auch der juristischen Praxis gedrungen. 22

Den Umfang der Information der Schöffen sowie des Beisitzers freibeweislich weiter abzuklären, steht das Beratungsgeheimnis entgegen. 23

(b) Im Übrigen kommt einem für den Fall eines Geständnisses vor oder zu Beginn einer Hauptverhandlung in den Raum gestellten Strafraumen (zur Frage der Notwendigkeit der Nennung einer Strafunter- und einer Strafobergrenze vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Oktober 2010 - 1 StR 347/10, Rn. 7 ff, und vom 11. Oktober 2010 - 1 StR 359/10, Rn. 6) für die Strafzumessung nach langer streitiger Hauptverhandlung in der Regel keine Bedeutung mehr zu. Dies gilt ebenso für eine in diesem Zusammenhang genannte zu erwartende Strafe für den Fall einer Verurteilung ohne ein Geständnis. Zwingend sind Äußerungen des Gerichts zu Letzterem allerdings nicht und sie sind meist auch nicht zweckmäßig. 24

Wird allerdings bei Verständigungsgesprächen die bei einem "streitigen Verfahren" zu erwartenden Sanktion genannt, dann darf die Differenz zu der für den Fall eines Geständnisses zugesagten Strafobergrenze nicht zu groß sein ("Sanktionsschere"). Die ohne Absprache in Aussicht gestellte Sanktion darf nicht das vertretbare Maß überschreiten, so dass der Angeklagte inakzeptablem Druck ausgesetzt wird. Entsprechend darf das Ergebnis des Strafnachlasses im Hinblick auf ein Geständnis nicht unterhalb der Grenze dessen liegen, was noch als schuldangemessene Sanktion hingenommen werden kann (BGH, Beschluss vom 3. März 2005 - BGHSt GSSt 1/04, BGHSt 50, 40, 50). 25

Die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässig weit geöffneten "Sanktionsschere" bezieht sich hinsichtlich beider Alternativen (mit und ohne Geständnis) auf den Zeitpunkt der Verständigungsgespräche. Der Unterschied in der antizipierten - Strafzumessungsbewertung im Falle eines streitigen Verfahrens im Vergleich zum einvernehmlichen Verfahren liegt dann zwar allein in der Ablegung eines Geständnisses und dessen Folgen, wie Verkürzung der Hauptverhandlung oder Schonung der Opfer der Straftat. Das Gewicht eines Geständnisses kann allerdings in verschiedenen Verfahren gleichwohl sehr unterschiedlich sein. Deshalb verbietet sich eine mathematische Betrachtung, etwa der angemessene Strafabatt dürfe in der Regel nicht mehr als 20 % bis 30 % betragen (so aber Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 257c Rn.19). Maßgeblich sind immer die Verhältnisse des Einzelfalls. 26

Der zum Zeitpunkt von Verständigungsbemühungen vor oder zu Beginn der Hauptverhandlung vom Gericht in Aussicht gestellte Strafraumen sowie eine in diesem Zusammenhang für den Fall eines Verfahrens ohne Verständigung genannte Strafhöhe orientiert sich an den Informationen über den Angeklagten und die ihm zur Last gelegten Taten aus den Akten. Im Falle einer erfolgreichen Verständigung mit einem - überprüften - Geständnis und einer dann regelmäßig nicht allzu langen Hauptverhandlung wird sich an dieser Bewertung meist nichts Grundsätzliches ändern. Der zugesicherte Strafraumen wird dann durch das Ergebnis der Hauptverhandlung nicht in Frage gestellt (sonst gilt § 257c Abs. 4 StPO). Ähnliches wird bei einem kurzen streitigen Verfahren anzunehmen sein. 27

Kommt es demgegenüber mangels einer Verständigung zu einer langen Hauptverhandlung mit einer umfangreichen Beweiserhebung, so kann sich der aus den Akten gewonnene Eindruck von Tat und Täter im Einzelfall entscheidend verändern, zum Vor- oder zum Nachteil des Angeklagten. Dem früher für den Fall eines Geständnisses genannten Strafraumen (§ 257c Abs. 3 StPO) kann dann keine Orientierung zukommen, ebenso wenig einer anfangs für den Fall einer streitigen Hauptverhandlung prognostizierten Strafe. Eines besonderen Hinweises darauf bedarf es nicht. Dass der Inbegriff der Hauptverhandlung maßgeblich ist (§ 261 StPO) versteht sich von selbst. Feste, gar mathematisch bestimmte Regeln über die Ausrichtung der Strafhöhe nach der Durchführung eines "streitigen" Verfahrens an der für den Falle eines Geständnisses vor oder zu Beginn der Hauptverhandlung genannten Obergrenze verbieten sich deshalb entgegen dem Revisionsvorbringen auch insoweit (a.A. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 257c Rn.19, wonach eine Strafe ohne Geständnis in der Regel maximal ein zusätzliches Drittel über der im Rahmen der Verständigungsgespräche genannten Strafobergrenze liegen dürfe). 28

4. Die im vorliegenden Fall ausgesprochene Gesamtfreiheitsstrafe erscheint aufgrund des festgestellten Tatbildes als durchaus maßvoll. Dass sie bei einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nach Verlesung des Anklagesatzes 29

noch geringer ausgefallen wäre, ist nach allem auszuschließen.

III.

Dass die getäuschten Abnehmer der Fleischprodukte der Kategorie 3 diese vor Aufdeckung der Tat noch gutgläubig als Lebensmittel weiterverkaufen konnten, entlastet den Angeklagten entgegen den Darlegungen in der Revisionsbegründung (zur Sachrüge) nicht, ebenso wenig wie es einen Autodieb entlastet, wenn die Versicherung des Bestohlenen diesem den Schaden ersetzt. 30

Beides führt nur zu einer nachträglichen Schadensverlagerung (vgl. SSW/Satzger, StGB, § 263 Rn. 152 f). 31