

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH 1 StR 234/02, Urteil v. 23.10.2002, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

### **BGH 1 StR 234/02 - Urteil vom 23. Oktober 2002 (LG München)**

**BGHR; Aufhebungsumfang bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes (das gesamte Urteil betreffender absoluter Revisionsgrund); Verfahrensrüge; Einnahme eines Augenscheins in Abwesenheit des Angeklagten; Anwesenheitsrecht des Angeklagten; rechtliches Gehör; Verwendung eines Augenscheinsobjekts als Vernehmungsbehelf im Verlaufe einer Zeugenvernehmung, Vorhalt von Urkunden: Aufnahme in die Sitzungsniederschrift.**

**§ 338 StPO; § 353 Abs. 1 StPO; § 247 StPO; Art 6 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG**

#### Leitsätze

**1. Zum Aufhebungsumfang bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes. (BGHR)**

**2. Die Vorschrift über die absoluten Revisionsgründe verlangt nicht, dass beim Vorliegen eines der dort aufgeführten Revisionsgründe das Urteil stets in vollem Umfang aufgehoben werden müsste, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob der Revisionsgrund nur den einen oder anderen mehrerer Verfahrensgegenstände oder etwa nur die Rechtsfolgenfrage betrifft. (Bearbeiter)**

**3. Die Spruchpraxis, derzufolge bei § 338 Nr. 6 StPO ein Ausschlussbeschluss auch alle Verfahrensvorgänge umfasst, die mit der Vernehmung in enger Verbindung stehen oder sich aus ihr entwickeln und die daher zu diesem Verfahrensabschnitt gehören (sogenannte Zusammenhangsformel), ist nicht auf § 338 Nr. 5 zu übertragen. (Bearbeiter)**

**4. In das Recht auf Anwesenheit bei der Beweiserhebung und auf rechtliches Gehör darf nur eingegriffen werden, wenn und soweit dies von einer gesetzlichen Grundlage getragen wird. (Bearbeiter)**

**5. Die Verwendung eines Augenscheinsobjekts als Vernehmungsbehelf im Verlaufe einer Zeugenvernehmung bedarf - ebenso wie der Vorhalt von Urkunden - nicht der Aufnahme in die Sitzungsniederschrift. Wenn sich eine Sitzungsniederschrift richtigerweise darauf beschränkt, nur die förmliche Erhebung eines Sachbeweises als Verlesung einer Urkunde oder Einnahme eines Augenscheins wiederzugeben, ist sie erheblich kürzer und weniger missverständlich (so schon BGH NSTz 1999, 522, 523). (Bearbeiter)**

#### Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landesgerichts München I vom 27. September 2001 mit den Feststellungen aufgehoben.

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

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes sowie wegen Freiheitsberaubung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt. Die Revision des Angeklagten erhebt Verfahrensrügen und beanstandet die Verletzung sachlichen Rechts. Die Verfahrensrüge, mit der die Einnahme eines Augenscheins in Abwesenheit des Angeklagten beanstandet wird (§ 338 Nr. 5 StPO) greift durch und führt zur Aufhebung des Urteils in vollem Umfang. 1

I. Nach den Feststellungen des Landgerichts wurde E. L. am 27. September 1991 in München durch den Angeklagten 2 und unbekannte Mittäter in einen Hinterhalt gelockt und durch mehrere Messerstiche getötet. Das Landgericht hat den Angeklagten im wesentlichen aufgrund einer DNA-Analyse für überführt erachtet. Diese stützt sich unter anderem auf Blutspuren an einem Taschentuch, das sich unmittelbar neben dem Opfer fand und an dem Blut sowohl des Opfers

als auch des Angeklagten sowie Nasensekret des Angeklagten haftete; weiter stützt die Strafkammer die Beweisführung auf Haarspuren des Angeklagten, die sich an einer am Tatort aufgefundenen Kunsthaarperücke befanden. Die Kammer hat mittäterschaftlich begangenen Heimtückemord angenommen (Fall 1).

In der Nacht vom 26. auf den 27. Januar 1992 lockten der Angeklagte und weitere Personen die Zugefrau der Zeugin H., die Geschädigte P., in Berlin unter einem Vorwand in ein Fahrzeug und verbrachten sie auf einen Waldweg. Sie verdächtigten sie, der Zeugin H. 50.000 DM Bargeld gestohlen zu haben. Um die Zeugin P. einzuschüchtern und unter Druck zu setzen, zog der Angeklagte ihr eine Plastikfrischhaltetüte über den Kopf und drehte diese seitlich am Hals der Frau so zu, daß sie Erstickungsangst bekam. Da diese trotz Todesangst weiter ihre Unschuld am Abhandenkommen des Geldbetrages beteuerte, wiederholte der Angeklagte unter Mitwirkung zweier Mittäter sein Vorgehen noch zwei weitere Male, wobei er jeweils neue Frischhaltetüten verwendete. Das gesamte Einschüchterungsgeschehen zog sich über Stunden hin. Dabei würgte der Angeklagte das Opfer auch mit der Hand am Hals, um seiner "Befragung" mehr Nachdruck zu verleihen. Nachdem der Angeklagte und die an dem Vorgehen beteiligte Zeugin H. erwogen hatten, ihr Opfer in Lagerräume einzusperren, nahmen sie es mit in eine Wohnung, wo es sich auf dem Boden schlafen zu legen hatte. Die Türen wurden versperrt und ein Bewacher im Fensterbereich plaziert. Frau P. entschloß sich gegen Morgen zu einer verzweifelten Flucht. Sie sprang aus der Wohnung im zweiten Stock auf einen neun Meter tiefer gelegenen Gehweg, wo sie aufschlug und schwerste Verletzungen davontrug. Das Landgericht hat das Handeln des Angeklagten als gefährliche Körperverletzung und Freiheitsberaubung gewürdigt (Fall 2).

II. Die Revision ist begründet.

1. Der Beschwerdeführer macht mit Erfolg den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO geltend. Er trägt vor, während der Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal (gemäß § 247 StPO) für die Dauer der Vernehmung der Zeugin P. habe die Strafkammer auch drei Lichtbildblätter in Augenschein genommen und damit Sachbeweis erhoben. Dies sei vom Ausschließungsbeschuß nicht gedeckt gewesen. Die Augenscheinseinnahme sei weder zuvor noch später in Gegenwart des Angeklagten ein weiteres Mal durchgeführt worden.

Die Rüge greift durch. Der Verfahrensverstöß ist durch das Protokoll der Hauptverhandlung erwiesen. Dessen absolute Beweiskraft (§ 274 StPO) hindert den Senat an einem freibeweislichen Rückgriff auf die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden der Strafkammer, derzufolge der Zeugin P. die in Rede stehenden Lichtbilder lediglich im Wege eines Vernehmungsbehelfs vorgehalten worden seien.

a) Im Protokoll der Hauptverhandlung ist der Vorgang, der Grund der Beanstandung ist, wie folgt festgehalten: "Sodann wurden Blatt 3594, 4038, 4039 d.A. in Augenschein genommen und der Zeugin vorgehalten, die sich dazu äußerte." Wenig später heißt es: "Sodann wurde Blatt 3629 d.A. in Augenschein genommen und der Zeugin vorgehalten, die sich hierzu äußerte." Die Verfahrensrüge bezieht sich auf die Lichtbildblätter 3594, 4039 und 3629. Die hier maßgebliche Protokollierung gebraucht den rechtstechnischen und sachbeweislichen Begriff des Augenscheins (vgl. § 86 StPO) und erwähnt daneben den Vorhalt. Angesichts dessen muß der Senat dem Protokoll sicher entnehmen, daß hier tatsächlich auch eine Sachbeweiserhebung stattgefunden hat. Wegen der absoluten Beweiskraft des Protokolls ist ein Gegenbeweis durch eine dienstliche Äußerung eines Verfahrensbeteiligten nicht möglich. Die Sitzungsniederschrift belegt überdies, daß die in Rede stehende Augenscheinseinnahme nicht ein weiteres Mal in Gegenwart des Angeklagten durchgeführt worden ist. Der dahingehende Vortrag der Revision wird zudem von der Staatsanwaltschaft, die eine Gegenerklärung nicht abgegeben hat, und von dem Vorsitzenden der Strafkammer in dessen dienstlicher Äußerung nicht in Abrede gestellt. Da der Beschluß über die Ausschließung des Angeklagten für die Dauer der Vernehmung der Zeugin P. die Sachbeweiserhebung durch Augenscheinseinnahme nicht erfaßt, hat somit ein Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit einer Person stattgefunden, deren Anwesenheit das Gesetz grundsätzlich vorschreibt (§ 338 Nr. 5, §§ 230, 247 StPO).

b) Der Senat sieht keinen tragfähigen Grund, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO für den Fall des Ausschlusses der Öffentlichkeit während der Dauer einer Zeugenvernehmung auf die hier gegebene Verfahrenslage zu übertragen. Dieser Spruchpraxis zufolge umfaßt ein solcher Ausschließungsbeschuß auch alle Verfahrensvorgänge, die mit der Vernehmung in enger Verbindung stehen oder sich aus ihr entwickeln und die daher zu diesem Verfahrensabschnitt gehören (sogenannte Zusammenhangsformel; in diese Richtung der 5. Strafsenat des BGH NStZ 2002, 384; vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 50. Aufl. § 172 GVG Rdn. 17 m.w.N.; Basdorf in Festschrift für Salger S. 203, 206 ff.). Hier geht es - anders als beim Ausschluß der Öffentlichkeit - um den Angeklagten und dessen grundsätzlich unschmälerbares Recht auf Anwesenheit bei der Beweiserhebung und auf rechtliches Gehör. In diese verfahrensrechtliche Position darf nur eingegriffen werden, wenn und soweit der Ausschließungsbeschuß auf gesetzlicher Grundlage trägt.

c) Die Rüge gibt allerdings erneut Anlaß darauf hinzuweisen, daß die Verwendung eines Augenscheinsobjekts als Vernehmungsbehelf im Verlaufe einer Zeugenvernehmung - ebenso wie der Vorhalt von Urkunden - nicht der Aufnahme in die Sitzungsniederschrift bedarf. Wenn sich eine Sitzungsniederschrift richtigerweise darauf beschränkt, nur die förmliche Erhebung eines Sachbeweises als Verlesung einer Urkunde oder Einnahme eines Augenscheins wiederzugeben, ist sie erheblich kürzer und weniger mißverständlich (so schon BGH NStZ 1999, 522, 523). 9

2. Der absolute Revisionsgrund führt hier zunächst zur Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten im Falle zum Nachteil P. (Fall 2), ohne daß es darauf ankommt, ob das Urteil tatsächlich auf dem Verfahrensfehler beruhen kann. Das entspricht dem Wesen der absoluten Revisionsgründe und dem Willen des Gesetzgebers. Der absolute Revisionsgrund ergreift aber auch die Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes zum Nachteil L. (Fall 1). 10

a) Der Bundesgerichtshof hat in zurückliegender Zeit hervorgehoben, daß ein Urteil auch bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes lediglich in dem Umfang aufgehoben werden muß, in dem dieser Revisionsgrund sich auswirken konnte. So kann etwa eine weitere Verurteilung, die einen abtrennbaren Teil der Entscheidung darstellt, von dem Verfahrensfehler nicht betroffen sein (vgl. Senat, Beschluß vom 2. Juli 1974 - 1 StR 159/74; BGH, Beschluß vom 10. Dezember 1975 - 2 StR 177/75; BGH GA 1975, 283; StV 1981, 3). 11

Diese Einschränkung des Aufhebungsumfanges bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes, der einen abtrennbaren Teil der Entscheidung betrifft, geht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zurück (RGSt 44, 16, 19; 53, 199, 202; 69, 253, 256). Diese gründet auf der Überlegung, daß beim Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes das Urteil "als auf der Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen" ist, damit aber über den Umfang, in dem das Urteil aufzuheben ist, allein noch nicht entschieden ist. Der Umfang der Aufhebung ist in der Vorschrift des § 353 Abs. 1 StPO angesprochen ("Soweit die Revision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urteil aufzuheben"). Aus diesem systematischen Zusammenwirken ergibt sich, daß die Vorschrift über die absoluten Revisionsgründe (§ 338 StPO) nicht verlangt, daß beim Vorliegen eines der dort aufgeführten Revisionsgründe das Urteil stets in vollem Umfang aufgehoben werden müßte, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob der Revisionsgrund nur den einen oder anderen mehrerer Verfahrensgegenstände oder etwa nur die Rechtsfolgenfrage betrifft (vgl. RGSt 44, 16, 19; 53, 199, 202). 12

b) Die Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des Angeklagten betraf hier allerdings auch den Verfahrensgegenstand des Mordes zum Nachteil L. in München. Das erhellt sich aus der Beweiswürdigung des Landesgerichts. Diese stellt zwar maßgeblich auf objektive Beweismittel ab, indem sie die DNA-Analyse aufgrund von Blut-, Haar- und Nasensekretspuren am Tatort bewertet. Die Strafkammer nimmt aber zu ihrer Überzeugungsbildung hinzu, daß Tatopfer und Angeklagter "nicht in zwei verschiedenen Welten lebten", sondern in Beziehung zueinander gebracht werden könnten (UA S. 73). Opfer wie Angeklagter hätten dem selben Kreis innerhalb der "Gruppierung mit dem Kristallisationspunkt der Firma M & S des R. B. und der zentralen Figur des Bo. N. " angehört. Einer Zeugenaussage zufolge sollte es in früherer Zeit zu einem Mordauftrag L. s gegen N. gekommen sein (UA S. 76). 13

Das auf dem Lichtbildblatt 2936 befindliche Bild eines gewissen V., das in Abwesenheit des Angeklagten in Augenschein genommen wurde, berührt die geschäftliche und persönliche Umfeldverflechtung zwischen Täter und Opfer. Das ergibt sich aus der Schilderung der Kontakte an verschiedenen Stellen des Urteils. Schließlich beginnt die Strafkammer ihre Beweiswürdigung zum Mordfall mit dem Hinweis, die Überführung des Angeklagten hinsichtlich der Tat zum Nachteil L. beruhe auf den nachfolgend dargestellten Beweiserhebungen (UA S. 41). Unter diesen erwähnt sie dann auch die Vernehmung der Geschädigten des anderen Falles (Entführungsfall), der Zeugin P. Diese hat nach den nämlichen Ausführungen in der Beweiswürdigung zum Mordfall bekundet, der Angeklagte habe sich in der Wohnung der Zeugin H. des öfteren im Schlafzimmer im Bett befunden und sich auch völlig ungeniert nackt vor ihr durch die Wohnung bewegt, als sie mit ihrer Tätigkeit als Hausangestellte in der Wohnung begonnen habe. In ähnlicher Weise habe sie den Angeklagten etwa ein Jahr zuvor im Haushalt des damals in Berlin lebenden amerikanischen Exilrussen V. erlebt, wo der Angeklagte wohl auch zeitweise gewohnt habe (UA S. 54). Damit betraf die Augenscheinseinnahme nach Auffassung des Senats auch die Beweisaufnahme im Mordfall. Auch dieser ist daher als an sich selbständiger Verfahrensgegenstand vom absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO erfaßt. 14

3. Danach ist es nicht mehr entscheidungserheblich, daß auch die Verfahrensrüge aus § 261 StPO begründet wäre. Denn die Strafkammer hat - wie die Revision zutreffend vorträgt - zwei Farblichtbilder von einer in Unterbrechung der Hauptverhandlung durchgeführten polizeilichen Wahlgegenüberstellung ("Venezianischer Spiegel") des Angeklagten mit der Zeugin P. im Urteil als in Augenschein genommen verwertet (UA S. 87), ohne daß ein solcher Augenschein tatsächlich in der Hauptverhandlung stattgefunden hat, wie das Protokoll der Hauptverhandlung beweist. Zwar geht die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden der Strafkammer hierzu dahin, die Kammer habe sich lediglich im Freibeweisverfahren von der Dokumentation der Wahlgegenüberstellung vergewissert; einen Augenschein habe sie ihrem Urteil nicht zugrunde gelegt. Dem steht indessen die klare Fassung der Urteilsgründe entgegen. Diese beweisen, daß die Strafkammer die Lichtbilder mit sachbeweislicher Wirkung bei ihrer Beweiswürdigung verwendet 15

hat. Es heißt dort (UA S. 87): "Das Schwurgericht hatte Gelegenheit, sich durch Inaugenscheinnahme der beiden gefertigten Farblichtbilder von Durchführung und Ergebnis der Wahlgegenüberstellung einen Eindruck zu verschaffen. Es bestand sonach kein Zweifel daran, daß die Zeugin den Angeklagten zu Recht als Mittäter der an ihr begangenen Straftat bezeichnete". Daraus ergibt sich, daß sich die Kammer ihre Überzeugung von der ordentlichen Durchführung der Wahlgegenüberstellung, deren Ergebnis sie durch Zeugenvernehmung eines Polizeibeamten eingeführt hat, auch auf der Grundlage der Lichtbilder gebildet hat. Sie hatte "sonach" keine Zweifel an der Identifizierung. Ein Beruhen der Verurteilung des Angeklagten im Falle zum Nachteil P. kann daher nicht sicher ausgeschlossen werden, zumal die Strafkammer die Gegenüberstellung und ihr Ergebnis, eben aber auch die Lichtbilder, in ihrer Beweiswürdigung ausdrücklich anführt. Das spricht dafür, daß sie meinte, für ihre Überzeugungsbildung auch darauf abstellen zu müssen. Ein Beruhen der Verurteilung des Angeklagten im Mordfall auf diesem Verfahrensmangel hätte allerdings naheliegenderweise ausgeschlossen werden können.

4. Nach allem kommt es auch nicht mehr darauf an, daß das Urteil des Landgerichts einen sachlich-rechtlichen Fehler nicht erkennen läßt, namentlich die Annahme von Mittäterschaft bei dem Mord zum Nachteil L. rechtsfehlerfrei begründet ist. Aus den objektiven Spuren, namentlich den Haaren des Angeklagten an der beim Opfer gefundenen Kunsthaarperücke und den Spuren des eigenen Blutes und von Nasensekret des Angeklagten sowie des Blutes des Opfers an einem Taschentuch, konnte die Kammer in Verbindung mit weiteren Beweisanzeichen auf ein Maß der Beteiligung des Angeklagten an der Tat schließen, das ihn ohne weiteres als Mittäter erscheinen läßt. Die dafür gegebene Begründung wäre hinreichend tragfähig, die Beweiswürdigung nicht deshalb lückenhaft, weil andere, nur denkmögliche Abläufe nicht ausdrücklich erwogen worden sind. 16

5. Wegen des Vorliegens eines das gesamte Urteil betreffenden absoluten Revisionsgrundes muß die Sache in vollem Umfang neu verhandelt und entschieden werden. 17