

HRRS-Nummer: HRRS 2006 Nr. 185

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2006 Nr. 185, Rn. X

BGH 1 StR 466/05 - Beschluss vom 12. Januar 2006

Beweiskraft des Protokolls bei Protokollberichtigung (Entfallen der maßgeblichen Tatsachengrundlage für eine zulässig erhobene Verfahrensrüge zu Ungunsten des Angeklagten; "Rügeverkümmern"; Rechtsprechung zur Lückenhaftigkeit des Protokolls); Freibeweis bei distanzierenden Erklärungen der oder einer der Urkundspersonen; Anfrageverfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Verstoß durch wiederholte Hauptverhandlung nach einem staatlichen Verfahrensfehler; redaktioneller Hinweis).

§ 274 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Leitsätze des Bearbeiters

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Die Beweiskraft des Protokolls im Sinne von § 274 StPO ist für das Revisionsgericht auch dann beachtlich, wenn aufgrund einer Protokollberichtigung hinsichtlich einer vom Angeklagten zulässig erhobenen Verfahrensrüge zu Ungunsten des Angeklagten die maßgebliche Tatsachengrundlage entfällt.

2. Ob - und in welchen Fallkonstellationen - distanzierende Erklärungen der - oder einer der - Urkundspersonen dem Protokoll generell die formelle Beweiskraft entziehen und damit grundsätzlich den Weg zum Freibeweisverfahren eröffnen (BGHSt 4, 364 [365]; BGH NStZ 1988, 85) oder nicht (BGHR StPO § 274 Beweiskraft 3; BGH NStZ 2005, 281 [282]), kann hier dahinstehen.

Entscheidungstenor

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Die Beweiskraft des Protokolls im Sinne von § 274 StPO ist für das Revisionsgericht auch dann beachtlich, wenn aufgrund einer Protokollberichtigung hinsichtlich einer vom Angeklagten zulässig erhobenen Verfahrensrüge zu Ungunsten des Angeklagten die maßgebliche Tatsachengrundlage entfällt.

Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Gründe

I.

Das Landgericht München I hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu der Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. 1

Nach den Feststellungen des Landgerichts schlug der Angeklagte während eines Streits über die Abgrenzung reservierter Sitzbereiche in einem Oktoberfestzelt dem Geschädigten Z. mit einem 1,3 Kilogramm schweren gläsernen Bierkrug zweimal wuchtig auf den Hinterkopf und einmal in den Bereich des Nackens. Der Geschädigte wurde erheblich verletzt. Die Schläge waren darüber hinaus geeignet, das Leben des Geschädigten in Gefahr zu bringen. Die Revision rügt die Verletzung materiellen Rechts und erhebt eine Formalrüge. 2

Der Senat möchte die Revision des Angeklagten verwerfen, sieht sich daran jedoch - was die Verfahrensrüge 3
anbelangt - durch die Rechtsprechung der anderen Senate gehindert.

II.

1. Die Revision rügt mit ihrer am 5. Juli 2005 beim Landgericht eingegangenen Revisionsbegründung die 4
Nichtverlesung des Anklagesatzes - Verstoß gegen § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO.

Die fertig gestellte Sitzungsniederschrift enthielt zunächst keinen Hinweis auf die Verlesung des Anklagesatzes. Unter 5 dem 18. August 2005 ergänzten der Strafkammervorsitzende und die Urkundsbeamtin die Sitzungsniederschrift hinsichtlich des ersten Verhandlungstages in einer eigenen Niederschrift dahingehend, dass nach den Worten "Der Vorsitzende stellte weiter fest, dass die Staatsanwaltschaft München I gegen den Angeklagten am 20.01.05 Anklage zum Schwurgericht des LG München I erhoben hat, die mit Eröffnungsbeschluss der Kammer vom 18.02.05 unverändert zur Hauptverhandlung zugelassen wurde," der Satz angefügt wurde: "Der Vertreter der Staatsanwaltschaft verlas den Anklagesatz".

Auch in der Revisionsgegenerklärung der Staatsanwaltschaft wird unter Vorlage entsprechender dienstlicher 6 Äußerungen von Verfahrensbeteiligten vorgetragen, dass der Anklagesatz in Wirklichkeit verlesen wurde. Er löste, wie sich der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft erinnerte, Unmutsäußerungen im Publikum aus, da die Anklage auf den Vorwurf des versuchten Totschlags gerichtet war. Selbst der Verteidiger in der Hauptverhandlung, der die Revision nicht selbst begründet hat, stellte in seiner Stellungnahme die Verlesung nicht in Abrede, wenn er schreibt: "An den entsprechenden Verfahrensabschnitt kann ich mich nicht konkret erinnern; die Verlesung der Anklageschrift stellt einen Routinevorgang dar. Allerdings vermute ich, dass ich mich hieran erinnern könnte, wenn die Anklageschrift nicht verlesen worden wäre, weil dies einen ungewöhnlichen Verfahrensablauf darstellen würde. Auch diese Überlegung führt aber nicht zu einer konkreten Erinnerung. Aufgrund dieses Rückschlusses erscheint es mir aber durchaus möglich, dass die Erinnerung der Urkundsperson zutreffend ist."

Die Urkundsbeamtin verwies auf einen bei der Fertigung der Protokollreinschrift übersehenen Übertragungsfehler aus 7 der teilweise stenografischen Aufzeichnung während der Hauptverhandlung, in der der Hinweis auf die Verlesung des Anklagesatzes noch enthalten war. Das entsprechende Blatt der vorläufigen Aufzeichnungen hatte die Protokollführerin ihrer dienstlichen Erklärung beigelegt.

2. Nach der bisherigen, ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (seit BGHSt 2, 125 [126], zur Entwicklung 8 der Rechtsprechung vgl. unten) muss die Protokollberichtigung unberücksichtigt bleiben, da sie der Revisionsbegründung des Angeklagten zu dessen Nachteil die Tatsachengrundlage entzieht.

Ebenso wenig können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs übereinstimmende Erklärungen der 9 Urkundspersonen den Inhalt des Protokolls in Einzelpunkten zum Nachteil des Angeklagten in Frage stellen (BGHSt 8, 283; 10, 342 [343]; 13, 53 [59]; 22, 278 [280]; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 8 3, 6, 8, 11, 29; BGH NStZ 1983, 375; 1986, 39 [40]; 1992, 4; 1993, 94; 2000, 214; 2003, 218; 2005, 281 [282]; BGH StV 1986, 287 [288]; 2002, 183, 530; 2004, 297; BGH, Beschluss vom 30. Mai 2001 - 1 StR 99/01 -; Beschluss vom 11. August 2004 - 3 StR 202/04 -). Sie dürfen nicht einmal zur Auslegung bestimmter Formulierungen im Protokoll herangezogen werden (BGHSt 13 [59]).

Ob - und in welchen Fallkonstellationen - distanzierende Erklärungen der - oder einer der - Urkundspersonen dem 10 Protokoll generell die formelle Beweiskraft entziehen und damit grundsätzlich den Weg zum Freibeweisverfahren eröffnen (BGHSt 4, 364 [365]; BGH NStZ 1988, 85; Engelhardt in Karlsruher Kommentar zur StPO 5. Aufl. § 274 Rdn. 6) oder nicht (BGHR StPO § 274 Beweiskraft 3; BGH NStZ 2005, 281 [282]), kann hier dahinstehen (vgl. BGHR StPO Beweiskraft 13; offen gelassen in BGH NStZ 2002, 270 [272]; so weit sie zugunsten des Angeklagten wirken vgl. BGHR StPO § 274 Beweiskraft 8, 13, 28; BGH NStZ 1988, 85; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 274 Rdn. 49 m.w.N.).

Die Voraussetzungen für eine Ergänzung des Protokolls im Freibeweisverfahren liegen auch sonst nicht vor. Die - noch 11 nicht ergänzte - Sitzungsniederschrift ist eindeutig, sie leidet - für sich betrachtet - nicht an offensichtlichen Mängeln, ist weder unklar, erkennbar lückenhaft oder widersprüchlich (zum Wegfall der Beweiskraft bei entsprechenden Mängeln vgl. RGSt 63, 408 [410]; BGHSt 16, 306 [308]; 17, 220 [221]; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 12, 16, 24, 25, 27; BGH NJW 1976, 977; NStZ 2000, 49; NStZ-RR 2000, 293; StV 1999, 639; 2004, 297; JR 1961, 508; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 274 Rdn. 23 ff.).

Gemäß der - negativen - Beweiskraft (§ 274 StPO) des Protokolls in seiner ursprünglichen, unvollständigen Fassung 12 stünde im vorliegenden Fall der Rechtsverstoß somit fest. Der Senat vermag in einem Fall wie dem vorliegenden auch nicht auszuschließen, dass das Urteil auf dem Rechtsverstoß, der Nichtverlesung des Anklagesatzes beruht (zur Bedeutung der Verlesung des Anklagesatzes vgl. G. Schäfer, Gedanken zur Beweiskraft des tatrichterlichen Protokolls unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Seite 707 [724]).

3. Der Senat ist allerdings der Ansicht, dass - entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - die 13

formelle Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO auch hinsichtlich eines berichtigten Protokolls uneingeschränkt gilt, also auch dann, wenn einer zuvor vom Angeklagten erhobenen Rüge der Boden entzogen wird.

III.

Die Strafprozessordnung besagt weder in den §§ 271 bis 274 StPO noch an anderer Stelle, etwas zur Zulässigkeit der Protokollberichtigung (im Gegensatz zu § 164 ZPO) oder zur - relativen - Unbeachtlichkeit der Beweiskraft einer Protokollberichtigung für das Revisionsgericht. 14

a) Die Zulässigkeit der - unbefristeten - Protokollberichtigung wurde im Grundsatz vom Reichsgericht (noch offen gelassen in RGSt 2, 76 [77]) alsbald anerkannt: "Denn im allgemeinen wird es als eine Berufspflicht des Urkundsbeamten anzusehen sein, Fehler der Beurkundung, von denen er sich nachträglich überzeugt hat, behufs der Verhütung von Rechtsverletzungen zur Anzeige zu bringen. Der Berücksichtigung einer solchen Anzeige, welche ein Audienzprotokoll betrifft, steht die Vorschrift in § 274 StPO, welche gegen den die Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls nur den Nachweis der Fälschung zulässt, nach Ansicht des Senats nicht entgegen. Denn diese Vorschrift schließt gegenüber den Bekundungen des Audienzprotokolls nur den Gegenbeweis aus; eine Berichtigung oder Ergänzung des Audienzprotokolls durch übereinstimmende Erklärung des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers enthält jedoch einen Widerruf der früheren Beurkundung und entzieht derselben, soweit der Widerruf reicht, die Beweiskraft, sodass es eines Gegenbeweises nicht mehr bedarf" (RGSt 19, 367 [370]; entspr RGSt 57, 394 [396]). "Dass ein Protokoll von den Urkundspersonen berichtet (ergänzt) werden kann, ist unbestritten. Es muss sogar als Pflicht der Urkundsbeamten bezeichnet werden, erkannte Fehler der Beurkundung richtig zu stellen, um mögliche Rechtsnachteile Dritter zu verhüten" (OGHSt 1, 277 [278]). Davon geht auch der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung aus (seit BGHSt 1, 259 und BGHSt 2, 125; 10, 145). 15

b) Der Grundsatz, dass eine Protokollberichtigung einer zugunsten des Angeklagten erhobenen Verfahrensrüge nicht den Boden entziehen darf ("Rügeverkümmern"), findet sich - aufbauend auf der Rechtsprechung der preußischen Obergerichte (vgl. RGSt 43, 1 [10]) - schon zu Beginn der Reichsgerichtsrechtsprechung (RGSt 2, 76 [77]) und bleibt ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zum Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 11. Juli 1936 (RGSt 70, 241). Auch wenn diese Entscheidung sachliche Abwägungen enthält, darf sie nach Auffassung des Senats allerdings im Hinblick auf andere, im Zusammenhang mit nationalsozialistischem Gedankengut stehende Formulierungen keine weitere Beachtung mehr finden. Grundlegend war der Beschluss der Vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 13. Oktober 1909 (RGSt 43, 1). Dieser Rechtsprechung (vgl. auch RGSt 56, 29; 59, 429 [431]) folgten dann nach dem Krieg verschiedene Obergerichte (vgl. - Oberster Gerichtshof für die Britische Zone - OGHSt 1, 277 [279] m.w.N.) und schließlich der Bundesgerichtshof (vgl. BGHSt 2, 125; 10, 342 [343]; 12, 270 [271]; 22, 278 [280]; 34, 11 [12]; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 11, 13; BGH NStZ 1984, 521; 1995, 200 [201]; StV 2002, 183; JZ 1952, 281). Der Grundsatz, wonach eine Protokollberichtigung einer Verfahrensrüge des Angeklagten nicht die Grundlage entziehen darf, wurde früher auch übertragen auf Änderungen in einem noch nicht fertig gestellten - unterschriebenen - Protokoll, die nach Eingang der Revisionsbegründung am Protokollentwurf vorgenommen wurden (BGHSt 10, 145 [147 f.]; 12, 270 [271 f.]). Nach Einführung des § 273 Abs. 4 StPO (Urteilszustellung erst nach Protokollfertigstellung) durch das StPÄG 1984 ist das nicht mehr tragfähig (BGHR StPO § 274 Beweiskraft 26). 16

In diesen Fällen, in denen die Protokollberichtigung für das Revisionsgericht nicht beachtlich ist, führt das dazu, dass Sachverhalte, die aufgrund der formellen Rechtskraft des - unberichtigten - Protokolls als unwiderlegbar vermutet werden, der wahren Rechtslage nicht zu entsprechen brauchen (RGSt 43, 1 [6]; BGHSt 26, 281 [283]; 36, 354 [358]). Abzustellen ist in diesen Fällen somit auf einen fiktiven Sachverhalt. 17

Anfänglich stellte sich noch die Frage, ob das Verbot, einer zugunsten des Angeklagten erhobenen Rüge die Grundlage zu entziehen, dann doch - insoweit - schon eine Protokollberichtigung verbietet. So zu Beginn noch das Reichsgericht (RGSt 2, 76; 19, 323 [324]). Später wird nicht mehr klar unterschieden, verwischt sich die Terminologie, auch in den grundlegenden Entscheidungen RGSt 43, 1 und BGHSt 2, 125 (vgl. auch RGSt 59, 429 [431]). 18

Dort wird zwar in den Leitsätzen auf die Nichtberücksichtigung einer Berichtigung abgestellt, während in den Begründungen dann von der Unzulässigkeit bereits der Protokollberichtigung die Rede ist (RGSt 43, 1 [6]; BGHSt 2, 125 [127 f.]). Heute ist anerkannt, dass das Protokoll auch in diesen Fällen - sofern die Urkundspersonen übereinstimmend einen Fehler erkannt haben - zu berichtigen ist (vgl. BGHSt 10, 342 [343]; 12, 270 [271 f.]; 34, 11; BGHR StPO 274, Beweiskraft 8, 13; BGH JZ 1952, 281; BGH NStZ 1992, 49; so auch schon OGHSt 1, 278). Denn der Sitzungsniederschrift kann über das Revisionsverfahren hinaus Bedeutung zukommen (etwa in einem Strafverfahren zur Frage, ob eine Verurteilung stattgefunden hat oder nicht), wenn auch nicht mit der formellen Beweiskraft des § 274 StPO. 19

Eine Protokollberichtigung ist immer zu berücksichtigen, wenn sie zugunsten des Angeklagten wirkt (BGHSt 1, 259 [261 f.]) oder wenn sie - bei einem einheitlichen Vorgang - teilweise zugunsten, teilweise zu Ungunsten einer Rüge vorgenommen worden ist (RGSt 56, 29; BGH aaO). Zeitliche Grenzen für die Protokollberichtigung gibt es nicht. 20

c) Folgende Argumente werden für die Rechtsprechung, wonach eine Protokollberichtigung einer Rüge nicht den Boden zum Nachteil des Angeklagten entziehen darf, vorgetragen: 21

- Mit dem Eingang der Revisionsbegründungsschrift erwerbe der Beschwerdeführer ein prozessuales Recht auf Beibehaltung der Grundlage seiner Rüge für die Revisionsinstanz, zumal er selbst praktisch keine Möglichkeit habe, die Berichtigung des Protokolls zu erzwingen (BGHSt 2, 125 [126]; RGSt 43, 1 [9]; 59, 429 [431]). 22

Da der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Verfahrensrüge nur das Protokoll in der vorliegenden Form verwerten dürfe, müsse ihm das Recht zustehen, sich nachträglichen Änderungen zu seinen Lasten zu widersetzen (OGHSt 1, 277 [280]), müsse er gegen eine nachträgliche Beseitigung des Mangels durch Protokollberichtigung gesichert sein (BGHSt 2, 125 [127]). 23

- Der Gesetzgeber habe mit § 274 StPO eine Norm geschaffen, die der Zweckmäßigkeit den Vorrang vor der absoluten Wahrheit einräume (BGHSt 2, 125 [128]; 26, 281 [283]; Tepperwien in Festschrift für Meyer-Goßner S. 595 [603 f.]). Der Gesetzgeber habe die mögliche Ausnutzung einer prozessrechtlich zulässigen Befugnis zu wahrheitswidrigen Zwecken gesehen und in Kauf genommen (RGSt 43, 1 [6]; OGHSt 1, 277 [282]). Die Neugestaltung des § 274 StPO sei eine Sache des Gesetzgebers (BGH, Beschluss vom 30. Mai 2001 - 1 StR 99/01; OGHSt 1, 277 [280]). 24

- Mit zunehmender Zeit lasse das Erinnerungsvermögen (der Urkundspersonen) nach. Die Gefahr fehlerhafter Berichtigungen sei nicht auszuschließen (RGSt 43, 1 [5]; OGHSt 1, 277 [281]; BGHSt 2, 125 [128]). 25

- Bei uneingeschränkter Berücksichtigung nachträglicher Änderungen bestehe die Gefahr, dass die Sitzungsniederschrift nicht mehr mit äußerster Sorgfalt abgefasst wird. 26

d) Die Rechtsprechung, wonach eine Protokollberichtigung einer bereits erhobenen Rüge des Angeklagten nicht zu seinen Ungunsten die Grundlage entziehen darf, fand auch Kritik. Anders als das Reichsgericht judizierte schon das Reichsmilitärgericht (RMG 9, 35 - Urteil vom 24. Juni 1905 -; entsprechend RMG 15, 282). Der Auffassung des Reichsmilitärgerichts wollte sich der II. Strafsenat des Reichsgerichts anschließen. Dies führte zu der oben genannten Entscheidung der Vereinigten Senate vom 13. Oktober 1909 (RGSt 43, 1), die allerdings die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts festschrieb. Ernst Beling kritisierte dies heftig und äußerte seinerzeit die Hoffnung, im "wissenschaftlichen Kampf zwischen Reichsgericht und Reichsmilitärgericht" werde es im Laufe der Zeit gelingen, die Auffassung des Reichsgerichts zu ändern (vgl. Beling, Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts vom 6. Oktober 1902 bis 19. April 1912, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 38, 1917, Seite 612 [632 ff.]). 27

Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs finden sich Vorbehalte: Ob eine Protokollberichtigung einer bereits erhobenen Rüge die Grundlage entziehen darf, wird vom Senat offen gelassen in BGH NJW 1982, 1057, sowie vom 5. Strafsenat in BGHR StPO § 274 Beweiskraft 22 (Berichtigung des Namens einer Dolmetscherin bei offensichtlicher Namensverwechslung ist zulässig; vgl. auch BGH NStZ-RR 1997, 73). Kritisch der 2. Strafsenat in BGHSt 36, 354 [358]: "Sachverhalte, die auf Grund der formellen Beweiskraft der Sitzungsniederschrift unwiderlegbar zu vermuten sind, brauchen der wahren Sachlage nicht zu entsprechen (vgl. RGSt 43, 1 [6]; BGHSt 26, 281 [283]). Das ist eine bedenkliche Konsequenz der Vorschrift des § 274 StPO, von der Eb. Schmidt (Lehrkomm. StPO II § 188 Erl. 13) sagt, sie sei 'ziemlich außergewöhnlich'. ... Die Regelung, die § 274 trifft, beruht allein auf pragmatischen Erwägungen Diese Erwägungen widerstreiten dem grundsätzlich auch für das Revisionsgericht geltenden Gebot, die wahre Sachlage zu erforschen, wenn prozessual erhebliche Tatsachen (von Amts wegen oder weil sie Gegenstand einer Verfahrensrüge sind) der Klärung bedürfen". 28

Zuletzt sprachen sich definitiv - in obiter dicta - für eine Änderung der Rechtsprechung zur Berücksichtigung einer Protokollberichtigung trotz Rügeverlust der 2. Strafsenat (BGH NStZ 2005, 281 [282] - nach Zweifeln in BGH NStZ 2002, 270 [272] und BGH NJW 2001, 3794 [3796]) - und der 1. Strafsenat (Beschluss vom 13. Oktober 2005 - 1 StR 386/05 -) aus. 29

In der Literatur äußerte sich zuletzt kritisch G. Schäfer, Gedanken zur Beweiskraft des tatrichterlichen Protokolls unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim 30

Bundesgerichtshof, Seite 707 [717 f.]. (So auch Detter, Die Beweiskraft des Protokolls und die Wahrheitspflicht der Verfahrensbeteiligten, StraFo 2004, 329. Demgegenüber - für die bisherige Rechtsprechung - Tepperwien in Festschrift für Meyer-Goßner, Die unwahre Verfahrensrüge - unzeitgemäßer Sieg der Form? S. 595, 603 f.).

IV.

Der Senat ist unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung (BGH NStZ 1984, 521 - 1 StR 344/84; BGHSt 34, 11 [12] [- 1 StR 643/85 - nicht tragend]; BGH NStZ 1995, 200 [201] [1 StR 641/94 - nicht tragend]) der Auffassung, dass die formelle Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO uneingeschränkt gilt, auch dann, wenn eine Protokollberichtigung einer bereits erhobenen Rüge zum Nachteil des Angeklagten die Tatsachengrundlage entzieht. 31

Dem steht - soweit ersichtlich - jedenfalls folgende Rechtsprechung der anderen Senate entgegen: 2. Strafsenat: BGHSt 10, 145 [147] (2 StR 34/57) 28 3. Strafsenat: BGHSt 2, 125 (3 StR 575/51); BGH JZ 1952 (3 StR 106/51); BGH Beschluss vom 9. Januar 1985 - 3 StR 514/85; BGH NStE Nr. 7 zu § 344 StPO (3 StR 63/88); BGH StV 2002, 183 (3 StR 175/01); BGH 1, 259 (3 StR 106/51 - nicht tragend); BGHR StPO § 274 Beweiskraft 11 (3 StR 338/91 - nicht tragend), 13 (3 StR 63/92 - nicht tragend) 29 4. Strafsenat: BGHSt 12, 270 (4 StR 408/58 - nicht tragend) BGH NStZ 2002, 218 (4 StR 249/01 - wohl inzident - nicht tragend - 30 5. Strafsenat: BGHSt 10, 342 [343] (5 StR 197/57); BGH NStZ 1993, 51 [52] (5 StR 126/92) - wohl inzident - nicht tragend -; (Beschluss vom 3. Dezember 2003 - 5 StR 462/03 - inzident - nicht tragend - [insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2004, 451]) 31 Ausgangspunkt für die Anfrage des Senats ist Folgendes: 32

Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet. Dies hält der Senat für entscheidend. 33

Dieses Argument erhält dadurch zusätzliches Gewicht, dass das Bundesverfassungsgericht in letzter Zeit mehrfach "unmissverständlich" darauf hingewiesen hat, die durch eine Revisionsentscheidung bedingte zusätzliche Verfahrensdauer sei bei der Berechnung der Überlänge eines Verfahrens zwar nicht stets, aber immer dann zu berücksichtigen, wenn das Revisionsverfahren der Korrektur eines offensichtlich der Justiz anzulastenden Verfahrensfehlers gedient hat (BVerfG NJW 2003, 2897 [2898]; BVerfGK 2, 239 [251] und zuletzt BVerfG, Kammerbeschluss vom 5. Dezember 2005 - 2 BvR 1984/05 - Absatz Nr. 65). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht für den Fall der Aufhebung eines Urteils wegen eines der Justiz anzulastenden Verfahrensfehlers von einer Einbeziehung des infolge der Durchführung des Revisionsverfahrens verstrichenen Zeitraums aus (vgl. EGMR NJW 2002, 2856 [2857 Abs. 41]). 34

Vor diesem Hintergrund der Wahrheitspflicht verstärkt durch das Verbot der - u.U. im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK unangemessenen (abzustellen ist auf das Gesamtverfahren) - Verfahrensverzögerung und des Gebots der Beschleunigung des Verfahrens insbesondere in Haftsachen ist es nicht mehr akzeptabel, Urteile aufgrund eines fiktiven Sachverhalts wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben, der nach dem Inhalt des - berichtigten - Protokolls tatsächlich nicht vorliegt. 35

Demgegenüber sind die für die bisherige, letztlich von einem - nach Meinung des Senats nicht gerechtfertigten - Misstrauen in die Redlichkeit der Urkundspersonen getragenen Rechtsprechung vorgebrachten Gründe nicht genügend tragfähig. 36

- Die Annahme, durch den Eingang der Revisionsbegründung werde ein besonderes prozessuales Recht auf Nichtberücksichtigung einer Protokollberichtigung begründet, findet im Gesetz keine Stütze. "Ein prozessuales Recht der Prozessbeteiligten, dass etwas nicht Geschehenes beurkundet oder etwas Geschehenes nicht beurkundet wird, gibt es nicht" (so schon RMG 9, 35 [42]). Der Revisionsführer kann zwar die Berichtigung eines Protokolls nicht erzwingen. Er kann eine Änderung aber anregen. Deckt sich dies mit der Erinnerung der Urkundspersonen, wobei diese zur Unterstützung der Erinnerung auch auf Aufzeichnungen anderer zurückgreifen dürfen, wird dies zur Protokollberichtigung führen, auch zugunsten des Angeklagten zur Untermauerung einer sonst aussichtslosen Verfahrensrüge (vgl. BGH StV 1988, 45). 37

- Der Grundsatz, wonach einer erhobenen Verfahrensrüge durch eine Protokollberichtigung nicht die Grundlage zum Nachteil des Angeklagten entzogen werden darf, beruht auf Rechtsprechung und kann durch Rechtsprechung geändert werden, eines Gesetzes bedarf es nicht. Dem vor einer Neuausrichtung einer Rechtsprechung in Betracht zu ziehende Wert der Beständigkeit der Rechtsordnung kommt hier geringeres Gewicht zu, da sich an der Pflicht der Instanzgerichte, dem tatsächlichen Ablauf entsprechende Protokolle zu fertigen, nichts ändert. 38

- Berichtigung setzt bei beiden Urkundspersonen sichere Erinnerung voraus. Ist diese nicht vorhanden, dann kann das Protokoll nicht (mehr) berichtigt werden. Ein Argument gegen die Berücksichtigung einer Berichtigung durch das 39

Revisionsgericht ist die Erfahrung nachlassender Erinnerung nicht. Häufig kann eine Urkundsperson auch auf andere Unterlagen als Erinnerungsstütze zurückgreifen, wie im vorliegenden Fall auf die unmittelbar während der Verhandlung getätigten Aufzeichnungen, die Grundlage der Sitzungsniederschrift waren. Schließlich stammt der Hinweis auf die nachlassende Erinnerungskraft aus einer Zeit, als es die Vorschrift über die Urteilsabsetzungsfristen (§ 275 Abs. 1 StPO) noch nicht gab.

- Die Ausweitung der Rechtsprechung zum Wegfall der formellen Beweiskraft wegen erkennbarer Mängel, wie Lücken und Widersprüchen hatte keine Auswirkungen auf die Sorgfalt bei der Protokollerstellung. Die Qualität der Sitzungsniederschriften schwankt von Gericht zu Gericht, mit der Rechtsprechung zum Umfang der Beweiskraft nach § 274 StPO hat das nichts zu tun. Einer Urteilsaufhebung, um die Tatgerichte zum Einhalten der Vorschriften zu veranlassen (vgl. Meyer-Goßner DRiZ 1997, 471 [474]), bedarf es nicht. Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, den Tatrichter zu maßregeln (vgl. BGH StV 2004, 1396). 40

- Die Berücksichtigung jeder Protokollberichtigung durch das Revisionsgericht könnte auch der Ausweitung der Rechtsprechung zur Lückenhaftigkeit des Protokolls (vgl. etwa BGHR StPO § 274 Beweiskraft 25, 27; BGH NSTz 2002, 270, mit kritischer Anmerkung Fezer, 272, kritische Anmerkung Köberer in StV 2002, 527; BGH, Beschluss vom 11. August 2004 - 3 StR 202/04; weitere Entscheidungen vgl. BGH-Nack unter dem Registerstichwort: § 274 StPO Freibeweis) begegnen, eine Ausweitung zu der in der Literatur vorgebracht wird, die Senate suchten in Grenzfällen geradezu nach Möglichkeiten der Durchbrechung der formellen Beweiskraft des Protokolls (vgl. Detter, Die Beweiskraft des Protokolls und die Wahrheitspflicht der Verfahrensbeteiligten, StraFo, 2004, 329 [330]; Park, Die Beweiskraft des Protokolls und die Wahrheitspflicht der Verfahrensbeteiligten, StraFo 2004, 335, [338, 340]). Dementsprechend bedürfte es weniger Beweiserhebungen über den Ablauf des Verfahrens, der Rekonstruktion der Hauptverhandlung. Denn allein distanzierende dienstliche Erklärungen der Urkundspersonen - ohne Protokollberichtigung - führen nicht zum Wegfall der Beweiskraft, wenn dadurch einer vom Beschwerdeführer erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen wird (BGHSt 8, 283; 10, 342 [343]; 13, 53 [59]; 22, 278 [280]; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 3, 6, 8, 11, 29; BGH NSTz 1983, 375; 1986, 39 [40]; 1992, 4; 1993, 94; 2000, 214; 2003, 218; 2005, 281 [282]; BGH StV 1986, 287 [288]; 2002, 183, 530; 2004, 297; BGH, Beschluss vom 30. Mai 2001 - 1 StR 99/01 -; Beschluss vom 11. August 2004 - 3 StR 202/04 -), während im umgekehrten Fall zugunsten des Angeklagten die Beweiskraft des Protokolls entfällt (BGHSt 4, 364, 365; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 1; BGH NSTz 1988, 85). 41

Ebenso wären mit der Berücksichtigung der - umfassenden - Protokollberichtigung durch das Revisionsgericht der Erfolgsaussicht bewusst unwahrer Verfahrensrügen neue Grenzen gesetzt (zum Diskussionsstand hierzu vgl. Tepperwien, Die unwahre Verfahrensrüge - unzeitgemäßer Sieg in der Form? in Festschrift für Meyer-Goßner, 595 ff.; Detter StraFo 2004, 329 [334]; Park StraFo 2004, 335 [337]). Die prozessuale Wirksamkeit auch einer bewusst unwahren Verfahrensrüge wurde von der Rechtsprechung trotz erkennbaren Unbehagens und geäußelter Zweifel (vgl. BGHR StPO § 274 Beweiskraft 21, 22, 24) letztlich nie verneint (vgl. RGSt 43, 1; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 21, 22, 27; BGH NSTz 2002, 270 [272]; BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2003 - 5 StR 462/03 - , insoweit nicht abgedruckt in StV 2004, 297). Allerdings galt das Erheben einer - bewusst - unwahren Verfahrensrüge (die Protokollrüge genügt ja nicht) - unabhängig von ihrer prozessualen Wirksamkeit - früher als standeswidrig (vgl. Dahs, Die unwahre Verfahrensrüge, AnwBl. 1950/51, 90 ff.; "Der Rechtsanwalt hat hier wie überall nur dem Recht und der Wahrheit zu dienen. Es ist ihm nie erlaubt, zur Wahrheit in Widerspruch zu treten. Die wahrheitswidrige Verfahrensrüge ist eine standesrechtliche Verfehlung" [S. 90]. "Der Zweck [Aufhebung eines Fehlurteils] heiligt auch hier nicht die Mittel" [S. 91]. "... der Anwalt, der die hier wiedergegebenen Grundsätze nicht anerkennt, muss mit der Einleitung eines ehrengerichtlichen Verfahrens seitens des Generalstaatsanwalts rechnen" [S. 92]), während es heute fast schon als anwaltlicher Kunstfehler gelten könnte, sich eines Fehlers im Protokoll jedenfalls nicht in der Weise zu bedienen, dass ein anderer Verteidiger die Revision begründet (vgl. hierzu m.w.N.: G. Schäfer, Gedanken zur Beweiskraft des tatrichterlichen Protokolls unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Seite 707 [727]; zur Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge kommt nunmehr gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch das Handbuch des Strafverteidigers von Dahs, von der 1. Auflage 1969, Rdn. 754, bis zur neuesten 7. Aufl. [ab 4. Auflage Dahs jun.] 2005, Rdn. 918: "... braucht der Verteidiger sich nicht zu scheuen, von dem durch das Protokoll 'geschaffenen' unverrückbaren Tatbestand als 'Wahrheit' auszugehen." Nur einen scheinbaren Ausweg bietet die Beauftragung eines neuen Verteidigers für die Revisionsbegründung, der "dann vielleicht im Zustand der 'Unberührtheit' gehalten werden kann" (Dahs aaO Rdn. 920), denn dieser hat sich grundsätzlich beim Instanzverteidiger über den Verfahrensablauf kundig zu machen [vgl. BGH, Beschluss vom 23. November 2004 - 1 StR 379/04 -; Verfassungsbeschwerde dagegen nicht zur Entscheidung angenommen mit Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. September 2005 - 2 BvR 93/05 - unter Hinweis auf den Grundsatz der Einheitlichkeit eines über mehrere Instanzen geführten Verfahrens). Auch diese Entwicklung spricht dafür, die Zurückhaltung bei der umfassenden Berücksichtigung der formellen Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO aufzugeben, auch wenn mit der Berichtigung der Sitzungsniederschrift 42

einer bereits zugunsten des Angeklagten erhobenen Rüge die Tatsachengrundlage entzogen wird. Dies ist im Gegensatz zur Unzulässigkeit einer unwahren Verfahrensrüge der einzige zweifelsfrei mit der formellen Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO zu vereinbarende Weg, um einer derartigen Rüge den Erfolg zu verwehren (vgl. G. Schäfer aaO 727).

V.

Der Senat fragt deshalb bei den anderen Senaten an, ob entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben wird.

43

[Redaktioneller Hinweis: Zum möglichen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK bei einer Urteilsaufhebung wegen eines dem Staat zuzurechnenden Verfahrensfehlers vgl. auch BVerfG HRRS 2005 Nr. 900 m. Anm. Gaede HRRS 2005, 409 ff.]