

HRRS-Nummer: HRRS 2011 Nr. 672

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2011 Nr. 672, Rn. X

BGH 1 StR 33/11 - Beschluss vom 15. März 2011 (LG Heilbronn)

Rüge der mangelnden Anwesenheit eines Protokollführers; kein Verwertungsverbot nach Abgabe unzureichender Geständnisse im Rahmen einer gescheiterten Verständigung (Beschlusserfordernis; im Einzelfall ausreichender verlesener Brief an die Verteidiger); mangelnde Kenntnisnahme der Berufsrichter von Urkunden, die im Selbstleseverfahren eingeführt werden (Beweiskraft des Protokolls; Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge; Beruhen).

§ 226 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 272 Nr. 2 StPO; § 257c StPO; § 274 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Bestätigt der Angeklagte Angaben, die das Gericht zuvor nicht als ausreichend im Sinne der getroffenen Verständigung bezeichnet hat, unterliegen diese Angaben keinem Verwertungsverbot gemäß § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich aus einem früheren Beschluss/Brief mit gebotener Klarheit ergab, dass die Strafkammer frühere Aussagen für unverwertbar hielt und sie nur im Falle einer bestätigenden Wiederholung berücksichtigen würde, die in Kenntnis des Umstandes, dass eine Vereinbarung nicht mehr im Raum steht, erklärt worden ist. In diesem Fall kann auch dahinstehen, ob der Angeklagte vor Abgabe dieser dann nicht verwerteten Aussagen nicht gemäß § 257c Abs. 5 StPO belehrt worden war.

2. Es kann dahinstehen, ob für die Loslösung von einer früheren Zusage im Rahmen einer Verständigung ein Beschluss erforderlich ist. Jedenfalls die Verlesung eines ankündigenden Briefes an die Verteidiger des betroffenen Angeklagten in der Hauptverhandlung ist ausreichend. Sie entspricht der Sache nach der Verkündung eines Beschlusses. Der Umstand, dass dies schon zuvor den Verteidigern in Form eines Briefes angekündigt wurde und dieser Brief dann nicht umformuliert und ausdrücklich als Beschluss bezeichnet wurde, ändert daran nichts.

3. Die Durchführung eines Selbstleseverfahrens kann als wesentliche Verfahrensförmlichkeit nur durch das Hauptverhandlungsprotokoll bewiesen werden (§ 274 StPO). Die Feststellung im Protokoll, dass die Schöffen Gelegenheit hatten, von den im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden Kenntnis zu nehmen, belegt im Umkehrschluss, dass die Berufsrichter diese Gelegenheit nicht hatten (vgl. BGH wistra 2010, 31). Außerdem genügt die Gelegenheit zur Kenntnisnahme nur für weitere Verfahrensbeteiligte, für Berufsrichter und Schöffen muss [unterschiedslos] die erfolgte Kenntnisnahme festgestellt werden (§ 249 Abs. 2 Satz 1 StPO). Eine dienstliche Erklärung des Vorsitzenden, wonach "sowohl die Berufsrichter als auch die Schöffen (...) hinsichtlich der Urkunden (...) nicht nur Gelegenheit zur Kenntnisnahme hatten, sondern auch Kenntnis von den Urkunden genommen haben", ist im Ansatz nicht geeignet, die alleinige Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) in Frage zu stellen.

4. Sowenig ein Revisionsführer in der Regel zum Beruhen des Urteils auf dem geltend gemachten Verfahrensfehler vortragen muss - mag auch solcher Vortrag je nach Fallgestaltung zweckmäßig sein, so wenig ist eine Rüge deshalb nicht zulässig erhoben, weil Tatsachen, die gegen ein Beruhen sprechen könnten, nicht vorgetragen sind. Der unterbliebene Vortrag hierzu ist nicht mit dem je nach den Umständen des Falles erforderlichen Vortrag zu "rügevernichtenden Umständen" (z.B. der Wiederholung eines Teils der Hauptverhandlung, in dem ein früherer, der Rüge zu Grunde liegender Verfahrensvorgang wiederholt wurde) oder "Negativtatsachen" (wenn eine dem geltend gemachten Verfahrensfehler entgegenstehende Verfahrenslage ernsthaft in Frage kommt) zu vergleichen.

5. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass die Feststellungen, die nach Abschluss der Durchführung des Selbstleseverfahrens hierüber zu treffen sind, Teil der Durchführung dieses Verfahrens sind.

6. Bei Fortsetzungsterminen müssen die Namen der gemäß § 272 Nr. 2 StPO im Protokoll zu nennenden

Verfahrensbeteiligten nicht wiederholt werden. Die allein behauptete bloße Unleserlichkeit einer Unterschrift ist rechtlich bedeutungslos.

Entscheidungenstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 27. Juli 2010 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Der Angeklagte wurde wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier 1
Fällen (bezogen auf Heroingemische mit einem Wirkstoffgehalt von in einem Fall 27 %, in den anderen Fällen von
mindestens jeweils 30 %, in einem Fall etwas höher, im Gewicht zwischen etwa 300 g und 550 g) und einem Fall des
Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bezogen auf ein Kokaingemisch von 300 g mit einem
Wirkstoffgehalt von mindestens 30 %) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt.

Seine auf mehrere Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision bleibt erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO). 2

1. Für die - nach forensischer Erfahrung ohnehin ziemlich fern liegende - Behauptung, entgegen § 226 StPO sei am 3
zweiten Verhandlungstag kein Protokollführer anwesend gewesen (§ 338 Nr. 5 StPO), gibt es keine nachvollziehbaren
Anhaltspunkte. Das Hauptverhandlungsprotokoll beweist das Gegenteil. Danach wurde die unterbrochene
Hauptverhandlung "in gleicher Besetzung wie Bl. 2 des Protokolls fortgesetzt". Bl. 2 ergibt, dass am ersten
Hauptverhandlungstag Justizangestellte M. als Protokollführerin mitgewirkt hat. Die Revision, die diesen Hinweis für
nicht "ausreichend" hält, verkennt offenbar, dass bei Fortsetzungsterminen die Namen der gemäß § 272 Nr. 2 StPO im
Protokoll zu nennenden Verfahrensbeteiligten nicht wiederholt werden müssen (BGH, Beschluss vom 22. Mai 2001 - 3
StR 462/00, BGHR StPO § 274 Beweiskraft 24; KK-Engelhardt, StPO, 6. Aufl., § 272 Rn. 2). Ebenso wenig wie der
genannte Hinweis spricht der von der Revision für auch nicht ausreichend gehaltene, nach ihrer Bewertung
"unleserliche Namenszug" am Ende des Protokolls von diesem Verhandlungstag dafür, dass ihre Behauptung der
Wahrheit entspreche. Abgesehen davon, dass die allein behauptete bloße Unleserlichkeit einer Unterschrift rechtlich
ohnehin bedeutungslos ist (vgl. zur Unterschrift eines Richters unter einem Urteil BGH, Beschluss vom 30. August
1988 - 1 StR 377/88, BGHR StPO § 275 Abs. 2 Satz 1 Unterschrift 1; zur Unterschrift eines Verteidigers unter einer
Revisionsbegründung BGH, Urteil vom 7. Januar 1959 - 2 StR 550/58, BGHSt 12, 317, 319), spräche eine solche
Unterschrift unter einem Protokoll offensichtlich nicht dafür, dass der Eindruck erweckt werden soll, es sei eine in
Wirklichkeit abwesende Person bei der Protokollierung anwesend gewesen. Darauf, dass, so der
Generalbundesanwalt, die Unterschrift von Frau M. durchaus lesbar ist, kommt es daher nicht mehr an.

2. Am 22. März 2010 wies die Strafkammer durch ein Vorsitzendenschreiben an die Verteidiger auf ihre Auffassung hin, 4
dass die Angaben des Angeklagten "keine Einlassung im Sinne einer Verständigung" seien; deshalb sei die
Strafkammer "nicht an (...) Zusagen über bestimmte Freiheitsstrafen gebunden".

Im nächsten Hauptverhandlungstermin wurde der Angeklagte befragt, "ob die bisherigen Aussagen aufrechterhalten 5
(blieben) oder nicht". Im Falle der Bestätigung "ohne den Hintergrund einer möglichen Verständigung" stehe § 257c
Abs. 4 Satz 3 StPO ihrer Verwertung nicht entgegen. In der Hauptverhandlung vom 30. März 2010 wurde dieser Brief
verlesen und der Angeklagte wie angekündigt befragt. Er erklärte, so auch die Revision, "dass es bei seinen bisherigen
Angaben verbleibe und er diese weiterhin zum Inhalt seiner Einlassung macht".

a) Hierauf gestützt meint die Revision zunächst, eine Loslösung von einer früheren Zusage müsse in Form eines 6
Beschlusses geschehen (so auch Niemöller in Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im
Strafverfahren, § 257c StPO Rn. 113). Ob dies zwingend oder nur zweckmäßig ist (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl.,
§ 257c StPO Rn. 29 "am besten in Form eines Beschlusses"), mag dahinstehen, da die Verlesung des Briefes der
Sache nach die Verkündung eines Beschlusses ist. Der Umstand, dass dies schon zuvor den Verteidigern - letztlich
um aus Gründen der Fürsorgepflicht eine Vorbereitung auf das für den nächsten Hauptverhandlungstag vorgesehene
Geschehen zu ermöglichen - in Form eines Briefes angekündigt wurde und dieser Brief dann nicht umformuliert und
ausdrücklich als Beschluss bezeichnet wurde, ändert daran nichts. An der in einer derartigen Verfahrenslage
entscheidenden Rechtsklarheit für die Beteiligten (Niemöller aaO) können hier keine Zweifel bestehen.

b) Insbesondere ergibt sich aus diesem Beschluss (Brief) mit gebotener Klarheit, dass die Strafkammer frühere 7
Aussagen für unverwertbar hielt und sie nur im Falle einer bestätigenden Wiederholung berücksichtigen würde, die in

Kenntnis des Umstandes, dass eine Vereinbarung nicht mehr im Raum steht, erklärt worden ist. Im Blick auf diese vorangegangene eingehende und präzise Belehrung bestehen auch unter Berücksichtigung des gesamten hierauf bezogenen Revisionsvorbringens gegen die Verwertung der Aussagen vom 30. März 2010 keine rechtlichen Bedenken. Die vorangegangenen Aussagen hat die Strafkammer entsprechend ihrer Ankündigung nicht verwertet, anderes behauptet auch die Revision nicht. Daher kann auf sich beruhen, dass, so die Revision, der Angeklagte vor Abgabe dieser dann nicht verwerteten Aussagen nicht gemäß § 257c Abs. 5 StPO belehrt worden war. Es ist im Blick auf das nachfolgende Verfahrensgeschehen nicht erkennbar, wie sich ein solcher Verfahrensverstöß noch ausgewirkt haben könnte.

3. Insbesondere hinsichtlich der festgestellten Bandenabrede haben Erkenntnisse aus im Lauf des Ermittlungsverfahrens angefallenen Überwachungsprotokollen Bedeutung. Über einen Teil dieser Protokolle wurde in der Hauptverhandlung Beweis erhoben, hinsichtlich eines anderen näher gekennzeichneten Teils wurde ein Selbstleseverfahren angeordnet. Ausweislich des Protokolls der Hauptverhandlung stellte der Vorsitzende nach dessen Abschluss fest, dass die Schöffen Gelegenheit zur Kenntnisnahme der genannten Urkunden hatten. Hierauf gestützt macht die Revision geltend, die in Rede stehenden Urkunden, die, wie sie behauptet, aber nicht näher ausführt, in das Urteil eingeflossen seien, seien nicht ordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt worden. 8

a) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rüge bestehen nicht. 9

(1) Allerdings wurde die genannte Feststellung in der Hauptverhandlung vom 20. Juli 2010 getroffen, nicht, so aber die Revision, im Termin vom 13. Juli 2010. Dies ist unschädlich, da es auf den exakten Zeitpunkt in der Hauptverhandlung hier nicht ankommt. Da zur Glaubhaftmachung einer geltend gemachten Verfahrensrüge Beweismittel, wie etwa Aktenstellen, überhaupt nicht angegeben werden müssen (BGH, Beschluss vom 22. September 2006 - 1 StR 298/06, BGH StV 2007, 569), führt auch die Angabe einer falschen Aktenstelle als Beleg für einen tatsächlich geschehenen, aus einer anderen Stelle der Akten ersichtlichen Vorgang nicht dazu, dass die entsprechende Rüge nicht zulässig erhoben wäre. Gleichwohl bemerkt der Senat, dass der entsprechende Hinweis in der Revisionsgegenerklärung der Staatsanwaltschaft sachgerecht ist, da er die Überprüfung der tatsächlichen Grundlagen des Revisionsvorbringens erleichtert hat. 10

(2) Der Generalbundesanwalt hat erwogen, ob die in Rede stehende Feststellung Teil der Durchführung des Selbstleseverfahrens sei. Dann sei, so folgert er aus dem Senatsbeschluss vom 14. Dezember 2010 (1 StR 422/10), die Rüge unzulässig, da der Angeklagte nach der genannten Feststellung durch den Vorsitzenden keine Entscheidung des gesamten Spruchkörpers herbeigeführt hätte. 11

Der Senat ist jedoch nicht der Auffassung, dass die Feststellungen, die nach Abschluss der Durchführung des Selbstleseverfahrens hierüber zu treffen sind, Teil der Durchführung dieses Verfahrens sind. Im Übrigen lag jener Entscheidung zu Grunde, dass erstmals im Revisionsverfahren geltend gemacht wurde, aus in der Person des Angeklagten liegenden Gründen hätte kein Selbstleseverfahren angeordnet und/oder so, wie geschehen, durchgeführt werden dürfen. Mit dem hier vorliegenden Fall, dass sich der Angeklagte gegen die für ihn nur aus dem Protokoll ersichtliche Art der Durchführung des Selbstleseverfahrens durch die Richter wendet, ist jener Fall auch und gerade im Blick auf eine Notwendigkeit, schon in der Hauptverhandlung vorgesehene Möglichkeiten zu nutzen, auf die Beseitigung von dann im Revisionsverfahren geltend gemachter Fehler hinzuwirken, nicht vergleichbar. 12

(3) Der Generalbundesanwalt hat Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rüge auch deshalb geltend gemacht, weil die Revision nicht vorträgt, dass für zahlreiche Überwachungsprotokolle nicht das Selbstleseverfahren angeordnet wurde, sondern hierüber in der Hauptverhandlung Beweis erhoben wurde. Daher könne der Senat den Einfluss der Verlesung der nicht mitgeteilten Protokolle auf die Überzeugungsbildung der Kammer nicht prüfen. 13

Der Senat teilt diese Bedenken nicht. Aus den nicht vorgetragenen Beweiserhebungen können sich möglicherweise Gesichtspunkte dafür ergeben, dass das Urteil auf dem geltend gemachten Fehler nicht beruhen kann. Sowenig ein Revisionsführer in der Regel zum Beruhen des Urteils auf dem geltend gemachten Verfahrensfehler vortragen muss - mag auch solcher Vortrag je nach Fallgestaltung zweckmäßig sein (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 12 - 1 StR 587/09; BGH bei Sander/Cirener NSTZ-RR 2008, 1, 3 Nr. 4 jew. mwN) , so wenig ist eine Rüge deshalb nicht zulässig erhoben, weil Tatsachen, die gegen ein Beruhen sprechen könnten, nicht vorgetragen sind. Der unterbliebene Vortrag hierzu ist nicht mit dem je nach den Umständen des Falles erforderlichen Vortrag zu "rügevernichtenden Umständen" (z.B. der Wiederholung eines Teils der Hauptverhandlung, in dem ein früherer, der Rüge zu Grunde liegender Verfahrensvorgang wiederholt wurde) oder "Negativtatsachen" (wenn eine dem geltend gemachten Verfahrensfehler entgegenstehende Verfahrenslage ernsthaft in Frage kommt) zu vergleichen (vgl. Sander/Cirener aaO Nr. 3c, d; Mosbacher NSTZ 2008, 263 jew. mwN). 14

b) Der geltend gemachte Rechtsfehler liegt vor. 15

Der Generalbundesanwalt hat in diesem Zusammenhang zutreffend folgendes ausgeführt: 16

"Die Durchführung eines Selbstleseverfahrens kann als wesentliche Verfahrensförmlichkeit nur durch das Hauptverhandlungsprotokoll bewiesen werden (§ 274 StPO). Die Feststellung, dass die Schöffen Gelegenheit hatten, von den im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden Kenntnis zu nehmen (Feststellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung ...), belegt im Umkehrschluss, dass die Berufsrichter diese Gelegenheit nicht hatten (vgl. BGH wistra 2010, 31). Außerdem genügt, wie die Revision zutreffend bemerkt, die Gelegenheit zur Kenntnisnahme nur für weitere Verfahrensbeteiligte, für Berufsrichter und Schöffen muss [unterschiedslos] die erfolgte Kenntnisnahme festgestellt werden (§ 249 Abs. 2 Satz 1 StPO)". 17

Die dienstliche Erklärung des Vorsitzenden, wonach "sowohl die Berufsrichter als auch die Schöffen (...) hinsichtlich der Urkunden (...) nicht nur Gelegenheit zur Kenntnisnahme hatten, sondern auch Kenntnis von den Urkunden genommen haben", ist im Ansatz nicht geeignet, die alleinige Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) in Frage zu stellen. Anhaltspunkte für die Grundlage eines - zu Recht nicht durchgeführten - Protokollberichtigungsverfahrens (BGH - Großer Senat für Strafsachen -, Beschluss vom 23. April 2007 - GSSt 1/06, BGHSt 51, 298), also etwa dafür, dass die gebotenen Feststellungen in der Hauptverhandlung getroffen, aber versehentlich nicht protokolliert wurden, liegen nicht vor (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juli 2009 - 2 StR 54/09; BGHSt 54, 37; BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 - 1 StR 620/09 mwN). 18

c) Der Senat kann ausschließen, dass das Urteil auf dem genannten Fehler beruht. In den Urteilsgründen wird in den unterschiedlichsten Zusammenhängen, insbesondere aber hinsichtlich der strukturellen Verbindung des Angeklagten mit weiteren Tätern, häufig auf die Aussagen von (etlichen) Polizeibeamten verwiesen, die jeweils im Einzelnen über ebenfalls geschilderte Einzelerkenntnisse hinaus die Gesamtergebnisse der von ihnen ausgewerteten Überwachungserkenntnisse dargelegt haben. All dies hat der Generalbundesanwalt zutreffend im Einzelnen dargelegt. Anhaltspunkte dafür, dass die von der Revision mitgeteilten Überwachungsergebnisse spezielle konkrete Erkenntnisse enthielten, die, ohne von den insbesondere durch die Polizeibeamten eingeführten Gesamtergebnissen umfasst zu sein, in irgendeinem Zusammenhang auf die Urteilsfeststellungen Einfluss gewonnen hätten, sind nicht ersichtlich. Auch die Revision äußert sich hierzu nicht konkret. Dies ist, wie dargelegt, rechtlich nicht geboten. 19

Das Vorbringen ist aber auch nicht geeignet, das dargelegte Ergebnis der vom Senat vorgenommenen Beruhensprüfung in Frage zu stellen. 20

4. Die Sachrüge ist unbegründet. 21

Zum Schuldspruch ist lediglich anzumerken, dass der Angeklagte im Rahmen seiner Bemühungen, auch noch mit Kokain zu handeln, bereits konkrete Erwerbsvereinbarungen getroffen hatte. Zweifel an vollendetem Handeltreiben bestehen daher nicht. Der Wirkstoffgehalt, von dem die Strafkammer bei dem nicht sichergestellten Kokaingemisch von 300 g ausgegangen ist, erscheint sehr gering (vgl. demgegenüber Körner, BtMG, 6. Aufl., § 29a Rn.116 ff. mwN). Ein Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ist nicht erkennbar. Für eine Anwendung von § 64 StGB, deren Unterlassung den Angeklagten ohnehin nicht beschwert, fehlen, wie die Strafkammer rechtsfehlerfrei darlegt, die Grundlagen, weil der Angeklagte "bewusst einen weit überhöhten Drogenkonsum behauptet, um (...) die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (...) zu erreichen". 22