

HRRS-Nummer: HRRS 2009 Nr. 720

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2009 Nr. 720, Rn. X

BGH 5 StR 530/08 - Beschluss vom 10. März 2009

Anfrageverfahren; Ausschluss des Angeklagten; Begriff der Vernehmung; Augenscheinseinnahme; Unterrichtung des Angeklagten; Vorzeigen des Augenscheinobjekts; Heilung; Protokollierung (wesentliche Förmlichkeit).

§ 132 Abs. 2 und 3 GVG; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 273 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

- 1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Erfolgt nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO in seiner andauernden Abwesenheit eine förmliche Augenscheinseinnahme, die mit der Vernehmung in engem Sachzusammenhang steht, so ist dem Angeklagten bei seiner Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO das in seiner Abwesenheit in Augenschein genommene Objekt vorzuzeigen. Dies ist im Zusammenhang mit der Unterrichtung zu protokollieren. Bei einer so gestalteten Unterrichtung ist der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht erfüllt.**
- 2. Der Senat möchte dem Begriff der Vernehmung im Sinne des § 247 StPO bei entsprechenden Rügen nach § 338 Nr. 5 StPO den Inhalt geben, den er bei Rügen nach § 338 Nr. 6 StPO hat, mit denen ein zu weit gehender Ausschluss der Öffentlichkeit beanstandet wird, wenn dieser gemäß § 171a bis § 172 GVG für die Dauer einer Vernehmung erfolgt ist. Dort wird "die Vernehmung" im Sinne des entsprechenden Verfahrensabschnitts verstanden. Hierzu rechnen alle Verfahrensvorgänge, die mit der eigentlichen Vernehmung eng in Zusammenhang stehen oder sich aus ihr entwickeln.**
- 3. Zur Vermeidung eines unakzeptablen Informationsdefizits des Angeklagten bei Augenscheinseinnahmen während seiner Abwesenheit bedarf es nicht des weitgehenden Schutzes des Angeklagten über den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. Seine umfassenden Informationsrechte sind vielmehr durch eine anderweitige vollständige Information über den in seiner fortdauernden Abwesenheit erhobenen Sachbeweis zu wahren. Hierfür stellt ein Vorzeigen des in seiner Abwesenheit besichtigten Augenscheinobjekts (oder ein nochmaliges Vorlesen - bei Einvernehmen auch Lesenlassen - einer in seiner Abwesenheit verlesenen Urkunde) sofort nach seiner Wiederezulassung zur Hauptverhandlung einen vollwertigen Ersatz dar.**
- 4. Unterbleibt die gebotene Unterrichtung, so kann der Angeklagte das mit der Revision - nicht anders als bei einer Verletzung des § 247 Satz 4 StPO - als relativen Revisionsgrund rügen.**

Entscheidungstenor

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Erfolgt nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO in seiner andauernden Abwesenheit eine förmliche Augenscheinseinnahme, die mit der Vernehmung in engem Sachzusammenhang steht, so ist dem Angeklagten bei seiner Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO das in seiner Abwesenheit in Augenschein genommene Objekt vorzuzeigen; das ist im Zusammenhang mit der Unterrichtung zu protokollieren. Bei einer so gestalteten Unterrichtung ist der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht erfüllt.

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

2. Die Verhandlung wird ausgesetzt.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung in Tateinheit mit 1
Zuhälterei, wegen Betrug in 13 Fällen, versuchten Betrug in fünf Fällen und Anstiftung zum Missbrauch von
Scheck- und Kreditkarten in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Gegen dieses Urteil
wendet sich der Angeklagte mit der auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützten Revision.

1. Der Senat möchte die Revision - dem Beschlussantrag des Generalbundesanwalts im Ergebnis folgend - verwerfen. 2
Während er die Sachrüge und die sonstigen Verfahrensrügen für unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO
erachtet, kann er über die auf Verletzung des § 247 StPO gestützte Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO wegen
Abwesenheit des Angeklagten während einer Augenscheinseinnahme, die er ebenfalls für unbegründet hält, nicht ohne
Anfrage gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GVG entscheiden.

Mit der Rüge beanstandet die Revision die fortdauernde Abwesenheit des Angeklagten während einer 3
Augenscheinseinnahme, den Kalender der Nebenklägerin betreffend, deren Zeugenvernehmung gemäß § 247 Satz 1
und 2 StPO in Abwesenheit des Angeklagten erfolgt ist; während der Unterrichtung des Angeklagten gemäß § 247 Satz
4 StPO ist der Kalender auf Anordnung der Strafkammervorsitzenden "von dem Angeklagten in Augenschein
genommen" worden.

2. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts hält der Senat die Rüge für zulässig. Das Augenscheinobjekt 4
ist durch die Wiedergabe der anschaulichen und konkret maßgeblichen Teile des Kalenders im Sinne des § 344 Abs. 2
Satz 2 StPO hinreichend deutlich bezeichnet. Die Statthaftigkeit von Rügen der hier vorliegenden Art hängt - zumal
nach bislang verbindlicher Rechtsprechung - nicht davon ab, dass der Verteidiger die Anordnung der
Augenscheinseinnahme in fortdauernder Abwesenheit des Angeklagten durch den Strafkammervorsitzenden gemäß §
238 Abs. 2 StPO beanstandet hat; daher braucht hierzu auch nicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO vorgetragen zu
werden (vgl. näher den weiteren Vorlagebeschluss des Senats vom heutigen Tag - 5 StR 460/08, sub 3 a).

Trotz von der Nebenklägerin in dem Kalender während der Vernehmung vorgenommener Markierungen vermag der 5
Senat die ausdrücklich protokollierte Augenscheinseinnahme, mit welcher die Art von Eintragungen und das
Vorhandensein unterschiedlicher Schriftbilder in dem Kalender veranschaulicht werden sollten, nicht, wie der
Generalbundesanwalt, als bloßen Vernehmungsbehelf zu verstehen (vgl. dazu BGHR StPO § 247 Abwesenheit 10, 26,
28), so dass die Rüge nicht etwa schon deshalb (offensichtlich) unbegründet ist.

3. Der Senat möchte dem Begriff der Vernehmung im Sinne des § 247 StPO bei entsprechenden Rügen nach § 338 6
Nr. 5 StPO in Abkehr von bisheriger Rechtsprechung (BGHSt 26, 218; BGHR StPO § 247 Abwesenheit 1, 14, 15; § 338
Nr. 5 Angeklagter 23; BGH NStZ 2000, 440; 2007, 352) den Inhalt geben, den er nach ständiger Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofs bei Rügen nach § 338 Nr. 6 StPO hat, mit denen ein zu weit gehender Ausschluss der
Öffentlichkeit beanstandet wird, wenn dieser gemäß § 171a bis § 172 GVG für die Dauer einer Vernehmung erfolgt ist.
Dort wird "die Vernehmung" im Sinne des entsprechenden Verfahrensabschnitts verstanden; hierzu rechnen alle
Verfahrensvorgänge, die mit der eigentlichen Vernehmung eng in Zusammenhang stehen oder sich aus ihr entwickeln
(BGH NJW 1996, 2663, insoweit in BGHSt 42, 158 nicht abgedruckt; BGH NJW 2003, 2761, insoweit in BGHSt 48, 268
nicht abgedruckt; BGH, Beschluss vom 20. Juli 2004 - 4 StR 254/04).

a) Die erfolgte Augenscheinseinnahme hing mit der Zeugenvernehmung der Nebenklägerin, die sich zu dem in 7
Augenschein genommenen Kalender geäußert und ihn erläutert hat, sachlich (sogar besonders) eng zusammen; der
Kalender gehörte ihr, in seiner Gestaltung hat das Landgericht eine Bestätigung ihrer Aussage gefunden (UA S. 6/7, 15,
19; ausweislich des Protokolls hat eine förmliche Augenscheinseinnahme betreffend den Kalender der Nebenklägerin
vor deren Zeugenvernehmung, anders als auf UA S. 19 notiert, nicht stattgefunden). Diesen Kalender während der
Zeugenvernehmung der Nebenklägerin unter fortdauerndem Ausschluss der von der Vernehmung ausgeschlossenen
Öffentlichkeit in Augenschein zu nehmen, begegnet nach der zitierten Rechtsprechung keinen Bedenken (BGHR GVG
§ 171b Abs. 1 Augenschein 1).

Eine identische Auslegung, wonach die Augenscheinseinnahme auch in Abwesenheit des während der Vernehmung 8
der Zeugin entfernten Angeklagten vorgenommen werden konnte, ist für § 338 Nr. 5 i.V.m. § 247 StPO ebenfalls
sachgerecht. Zur näheren Begründung verweist der Senat auf seinen weiteren Vorlagebeschluss vom heutigen Tage -
5 StR 460/08 sub 4 a bis c. Die bisher für den Senat verbindliche Rechtsprechung ist insbesondere auch für den Fall
anderer Beweiserhebungen, namentlich Urkundenverlesungen oder Augenscheinseinnahmen, in Abwesenheit des
während der Vernehmung entfernten Angeklagten anderer Auffassung (BGHR StPO § 247 Abwesenheit 4, 5, 25; § 338
Nr. 5 Angeklagter 3; BGH StV 1981, 57; 1984, 102; 1986, 418; 2002, 8; NStZ 2001, 262; NJW 2003, 597). Zur im
Einzelfall unerlässlichen Vermeidung eines Zusammentreffens von Angeklagtem und Zeugen lässt sie eine Ausnahme

für den Sonderfall des Augenscheins am Körper des Zeugen zu (BGHR StPO § 247 Abwesenheit 30).

b) Bleibt der während der Vernehmung eines Zeugen gemäß § 247 StPO entfernte Angeklagte auch von einer mit der Vernehmung eng zusammenhängenden Beweiserhebung ausgeschlossen, besteht allerdings die Gefahr eines Defizits an Information des Angeklagten über Beweismaterial, welches nach förmlicher Einführung in die Hauptverhandlung im Urteil verwertet werden kann (§ 261 StPO). Dies ist der tragende Grund für die bisherige Rechtsprechung, die fortdauernde Abwesenheit des Angeklagten während dieser weiteren Beweiserhebung nicht zu gestatten, den Angeklagten folgerichtig bei einem Verstoß hiergegen unter den Schutz des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 5 StPO wegen verfahrenswidriger Abwesenheit zu stellen. 9

Indes bedarf es zur Vermeidung des aufgezeigten, in der Tat unakzeptablen Informationsdefizits des Angeklagten nicht dieser Auslegung des § 247 StPO und nicht eines so weitgehenden Schutzes des Angeklagten über den absoluten Revisionsgrund. Seine umfassenden Informationsrechte sind vielmehr durch eine anderweitige vollständige Information über den in seiner fortdauernden Abwesenheit erhobenen Sachbeweis zu wahren. Hierfür stellt ein Vorzeigen des in seiner Abwesenheit besichtigten Augenscheinsobjekts (oder ein nochmaliges Vorlesen - bei Einvernehmen auch Lesenlassen - einer in seiner Abwesenheit verlesenen Urkunde) sofort nach seiner Wiedermöglichkeit zur Hauptverhandlung einen vollwertigen Ersatz dar. Solches hat im Rahmen der nach § 247 Satz 4 StPO vorgeschriebenen Unterrichtung des Angeklagten über die in seiner Abwesenheit erfolgte Vernehmung zu geschehen. In Anbetracht der Bedeutung des Informationsrechts des Angeklagten ist dies nach Auffassung des Senats als wesentliche Förmlichkeit nach § 273 Abs. 1 StPO neben der ebenso protokollpflichtigen Unterrichtung (BGHSt 1, 346, 350; BGH bei Dallinger MDR 1957, 267; bei Becker NSTZ-RR 2005, 259) gesondert zu protokollieren. 10

Unterbleibt diese Unterrichtung, so kann der Angeklagte das mit der Revision - nicht anders als bei einer Verletzung des § 247 Satz 4 StPO als relativen Revisionsgrund (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 2002, 814; BGHR StPO § 247 Abwesenheit 14; BGH bei Kusch NSTZ-RR 1998, 261; bei Becker NSTZ-RR 2002, 70; 2003, 3) - rügen. Bei Wahrung solcher Unterrichtungsstandards, wie sie im vorliegenden Fall erfüllt sind, wird den Interessen des Angeklagten hinreichend Genüge getan. Einer Absicherung der betroffenen Angeklagtenrechte über den absoluten Revisionsgrund bedarf es nicht. Damit gestattet die vom Senat für sachgerecht erachtete, der Auslegung zu § 338 Nr. 6 StPO i.V.m. § 174 GVG entsprechende Auslegung des Vernehmungsbegriffs des § 247 StPO ohne weiteres eine thematisch geordnete Ausgestaltung der Hauptverhandlung auch im Rahmen von Vernehmungen in Abwesenheit des Angeklagten. Ob hiernach sogar für einen weiteren Personalbeweis Entsprechendes zu gelten hätte, etwa die ergänzende Befragung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitangeklagten zu einem punktuellen Thema, das in engstem Sachzusammenhang mit dem Gegenstand der in Abwesenheit des Angeklagten erfolgenden Vernehmung steht, ist hier nicht zu entscheiden. Insoweit könnte Abweichendes zu gelten haben angesichts einer nicht gleich zuverlässig möglichen Unterrichtung des Angeklagten, die beim Personalbeweis - jenseits möglicher Übertragung an den Angeklagten entsprechend der Technik des § 247a StPO (vgl. BGHR StPO § 247 Abwesenheit 25, 29; BGH NSTZ 2006, 713; dazu bereits BGHR § 247 Satz 4 Unterrichtung 6; van Gemmeren NSTZ 2001, 263) - nur mittelbar durch Bericht erfolgt. 11

4. Die der gewünschten Auslegung des Verfahrensrechts entgegenstehende Rechtsprechung sieht zwar die Erhebung des Sachbeweises während der Zeugenvernehmung in fortdauernder Abwesenheit des Angeklagten von § 247 StPO nicht als gedeckt an, verneint freilich einen durchgreifenden Verstoß für den Fall nachträglicher Heilung (BGHSt 37, 48, 49). Diese wird in der Wiederholung der Augenscheinseinnahme (oder Urkundenverlesung) während der weiteren Hauptverhandlung nunmehr in Anwesenheit des Angeklagten gefunden (war derselbe Sachbeweis etwa schon einmal zuvor in der Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten erhoben worden, läge in seiner nochmaligen Erhebung kein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung, was den absoluten Revisionsgrund ebenfalls ausschliesse; vgl. hierzu BGHR StPO § 247 Abwesenheit 4). 12

Wäre eine solche Heilung durch wiederholte Augenscheinseinnahme entgegen der vom Senat in erster Linie vertretenen Auffassung nötig, wäre hier freilich auch diesem Erfordernis genügt, und zwar durch die von dem Angeklagten vorgenommene Besichtigung des Augenscheinsobjekts während seiner Unterrichtung gemäß § 247 Satz 4 StPO. Das erscheint als wiederholte Augenscheinseinnahme ausreichend. Alle weiterhin anwesenden notwendigen Verfahrensbeteiligten hatten dabei selbstverständlich die Möglichkeit, das Augenscheinsobjekt ihrerseits nochmals zu besichtigen. Selbst wenn daher die der Auffassung des Senats entsprechende Neuorientierung beim Vernehmungsbegriff unterbliebe, käme der absolute Revisionsgrund wegen Heilung des dann anzunehmenden Abwesenheitsverstoßes durch Wiederholung des Sachbeweises in Anwesenheit des Angeklagten aus anderen, nachrangigen Gründen nicht zum Tragen. 13

In Entscheidungen anderer Senate ist bei entsprechender Fallgestaltung auch schon eine solche wirksame Heilung 14

des angenommenen Verstoßes ohne weiteres bejaht worden (BGHR StPO § 247 Satz 4 Unterrichtung 1). Die Revision kann sich dagegen nur auf veröffentlichte Rechtsprechung des 5. Strafsenats berufen, der eine nochmalige förmliche Besichtigung durch sämtliche Prozessbeteiligte für die heilende Annahme eines wiederholten Augenscheins für unerlässlich hielt, da nur so der Angeklagte bei der eigentlichen, im Urteil verwertbaren Beweiserhebung anwesend sei (BGHR StPO § 247 Abwesenheit 5; BGH StV 1981, 57; 1986, 418; vgl. auch Beschluss vom 26. Februar 1985 - 5 StR 108/85). Hierin sieht der Senat in seiner jetzigen Besetzung auch im Lichte der umfassenden Informationsrechte des Angeklagten eine formale Überspitzung des Anwesenheitsrechts. Er gibt diese Rechtsprechung daher auf.

Zwar kennt der Senat ausdrücklich so begründete Entscheidungen anderer Strafsenate nicht. Es erscheint ihm 15
gleichwohl nicht gesichert, dass nicht doch andere Strafsenate tragend wie der 5. Strafsenat in den zitierten Erkenntnissen entschieden haben. Insbesondere lässt sich nicht ausschließen, dass einer nach der Ausgangsentscheidung ergangenen aufhebenden Entscheidung, in der lediglich knapp vermerkt ist, der Verstoß sei nicht geheilt worden (BGHR StPO § 247 Abwesenheit 4; § 338 Nr. 5 Angeklagter 3; BGH NStZ 2001, 262 [1. Strafsenat]; StV 1984, 102, 103; 2002, 8 [3. Strafsenat]), tatsächlich eine "Heilung" wie im vorliegenden Fall zugrunde lag, die der entscheidende Senat indes in Befolgung der ihn bindenden damaligen Entscheidungen des 5. Strafsenats wie selbstverständlich ohne nähere Erläuterung als unzureichend befunden hat.

5. Der Senat fragt daher vorsorglich bei den anderen Senaten an, ob an der beabsichtigten Entscheidung des Senats 16
etwa widersprechender Rechtsprechung festgehalten wird.