



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 ARs 3/06

vom
3. Mai 2006
in der Strafsache
gegen

wegen gefährlicher Körperverletzung

hier: Anfrage des 1. Strafsenats vom 12. Januar 2006 – 1 StR 466/05

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Mai 2006 gemäß § 132 Abs. 3 GVG beschlossen:

Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, die der vom 1. Strafsenat beabsichtigten Entscheidung entgegensteht. Danach darf eine Protokollberichtigung, durch die einer zulässigen Verfahrensrüge zum Nachteil des Beschwerdeführers die Tatsachengrundlage entzogen würde, bei der Revisionsentscheidung nicht berücksichtigt werden.

Gründe:

I.

1 Der 1. Strafsenat (Beschluss vom 12. Januar 2006 - 1 StR 466/05 = JR 2006, 162 = NStZ-RR 2006, 112) 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 Er hat daher bei den anderen Strafsenaten des Bundesgerichtshofs angefragt, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

3 Der 1. Strafsenat möchte mit seiner Anfrage die ständige Rechtsprechung aller Strafsenate des Bundesgerichtshofs aufgeben, nach der eine Protokollberichtigung, durch die einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge der Bo-

den entzogen würde, bei der Revisionsentscheidung nicht berücksichtigt werden darf.

4 1. Nach dem in dem Anfragebeschluss mitgeteilten Sachverhalt wurde der Angeklagte wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Er schlug während eines Streits in einem Oktoberfestzelt einem Gast mit einem Bierkrug zweimal auf den Hinterkopf und einmal in den Nackenbereich, wodurch der Geschädigte erheblich verletzt wurde. Die vom Angeklagten erhobene Sachrüge hält der 1. Strafsenat für unbegründet.

5 Zu der am 5. Juli 2005 beim Landgericht eingegangenen allein erhobenen Verfahrensbeanstandung des Angeklagten - der Anklagesatz sei nicht verlesen worden [Verstoß gegen § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO] - teilt der anfragende Senat mit, dass die Sitzungsniederschrift "zunächst" keinen Hinweis auf die Verlesung des Anklagesatzes enthalten habe. Unter dem 18. August 2005 hätten der Strafkammervorsitzende und die Urkundsbeamtin die Sitzungsniederschrift hinsichtlich des ersten Verhandlungstages dahin ergänzt, 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". In der Revisionsgegengerklärung habe die Staatsanwaltschaft dienstliche Äußerungen von Verfahrensbeteiligten vorgelegt, nach denen der Anklagesatz "in Wirklichkeit" verlesen worden sei. Der Instanz-Verteidiger, der die Revision nicht selbst begründet habe, habe sich an die Verlesung der Anklage nicht konkret erinnern können.

6 Der 1. Strafsenat hält die Verfahrensrüge - auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - für begründet. Er ist jedoch der Ansicht, dass - entgegen der bisherigen Rechtsprechung - die formelle Beweiskraft des Protokolls auch hinsichtlich eines berichtigten Protokolls uneingeschränkt gelte, also auch dann, wenn einer zuvor vom Angeklagten erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen werde. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung hält er das Rechtsmittel des Angeklagten insgesamt für unbegründet.

7 2. Der beabsichtigten Entscheidung des anfragenden Senats steht die ständige Rechtsprechung des 4. Strafsenats entgegen (vgl. nur BGHSt 12, 270, 271 ff.; BGH NStZ 2002, 219; BGH, Urteil vom 21. Dezember 1966 - 4 StR 404/66). Allerdings gibt es insoweit nur wenige begründete Senatsentscheidungen, weil die Rechtsprechung des Senats zur nachträglichen Protokollberichtigung bekannt ist und daher Berichtigungen, die einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge den Boden entziehen würden, regelmäßig nicht vorgenommen werden.

II.

8 Der Senat hat bereits Bedenken, ob die aufgeworfene Rechtsfrage für die Entscheidung des anfragenden Senats erheblich, somit das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG überhaupt zulässig ist (vgl. BGHSt 46, 321, 325):

9 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruht das Urteil bei einem einfach gelagerten Sachverhalt nicht auf der unterbliebenen Verlesung des Anklagesatzes (vgl. nur BGH NStZ 1982, 431, 432; 518; 1984, 521; 1986, 39, 40; 374; 1991, 28; 1995, 200, 201; 2000, 214). Dass ein solcher Fall hier gegeben sein kann, liegt auf der Hand (zu einer fast identischen Fallgestaltung wie hier vgl. BGH [1. Strafsenat] NJW 1982, 1057). Da-

nach wäre die Verfahrensrüge unbegründet, ohne dass es auf die zur Beantwortung gestellte Frage ankäme. Damit befasst sich der Anfragebeschluss nicht.

10 2. Zwar ist in der Anfrage ausgeführt, dass eine Ergänzung des Protokolls im Freibeweisverfahren nicht in Betracht komme, weil die erste (unberichtigte) Sitzungsniederschrift "eindeutig" sei. Nachdem ausweislich des (unberichtigten) Protokolls ausdrücklich vom Vorsitzenden festgestellt worden war, dass Anklage erhoben wurde, drängt sich auf, dass der Anklagesatz auch verlesen wurde. Dass dies bei der Verhandlung vor einem Schwurgericht nicht erfolgt sein soll, liegt so fern, dass es als ausgeschlossen angesehen werden kann (vgl. Jahn/Widmaier JR 2006, 166, 169). Deshalb erscheint die (unberichtigte) Niederschrift offensichtlich lückenhaft und die Möglichkeit ihrer Ergänzung im Wege des Freibeweisverfahrens äußerst nahe liegend.

11 3. Aus dem mitgeteilten Sachverhalt erschließt sich nicht, ob das Urteil nach der Protokollberichtigung nochmals zugestellt wurde (§ 273 Abs. 4 StPO). Dies erscheint erforderlich, weil durch die vorgenommene Berichtigung der erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen worden war, das Protokoll nunmehr erst (endgültig) "fertig gestellt" wurde und dem Revisionsführer - der möglicherweise der Ansicht war, seine einzig erhobene Verfahrensrüge werde sicher erfolgreich sein - die Gelegenheit gegeben werden muss, ggf. andere (Verfahrens-)Rügen zu erheben (vgl. hierzu BGH NStZ 1984, 89; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 271 Rdn. 40; § 273 Rdn. 55 ff.). War das Urteil nicht erneut zugestellt worden, so ist die angesprochene Rechtsfrage (noch) nicht entscheidungserheblich.

III.

12 In der Sache selbst teilt der Senat nicht die Auffassung des anfragenden
1. Strafsenats.

13 1. Bisher war in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - seit
BGHSt 2, 125 - als Verfahrensgrundsatz im strafprozessualen Revisionsrecht
anerkannt, dass einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge durch eine nachträg-
liche Protokollberichtigung die Grundlage nicht entzogen werden darf.

14 Hierfür sprechen im Wesentlichen folgende Gründe:

15 a) Die Regelungen der Strafprozessordnung über den Ablauf eines
rechtstaatlichen, fairen Verfahrens sind streng formal. § 274 StPO, der vor-
schreibt, dass die Beachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen
Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden kann, beinhaltet als
Grundlage für das Revisionsverfahren eine Beweisregel, die der formalen
Zweckmäßigkeit Vorrang vor der absoluten Wahrheit einräumt. Das hat der Ge-
setzgeber bewusst so gewollt (vgl. BGHSt 2, 125, 128). Die Beweiskraft des
ordnungsgemäß erstellten Protokolls zu den Förmlichkeiten der Hauptverhand-
lung kann nur durch den Nachweis der Fälschung erschüttert werden (§ 274
Satz 2 StPO).

16 b) Mit dem Eingang seiner Revisionsrechtfertigungsschrift erhält der Be-
schwerdeführer das prozessuale Recht auf den in dem ordnungsgemäß erstell-
ten Protokoll niedergelegten unveränderlichen Bestand der Grundlagen seiner
Rügen für die Revisionsinstanz.

17 c) Die verlässliche und zweifelsfreie Rekonstruktion einer möglicherweise
lange Zeit zurückliegenden Hauptverhandlung ist im Nachhinein kaum möglich,
sodass die Gefahr fehlerhafter Berichtigungen besteht. Die Berichtigung nach

erfolgter Verfahrensrüge hat schon deswegen einen geringeren Beweiswert als das ursprüngliche - zeitnah zur Hauptverhandlung - erstellte Protokoll, weil sich beide Urkundspersonen (der Vorsitzende und der Urkundsbeamte) bei Erstellung des "ersten" Protokolls schon einmal - übereinstimmend - geirrt haben müssten. Nach der gesetzlichen Regelung in § 274 StPO soll zudem schon dem Anschein von Manipulationen der Boden entzogen werden.

18 d) Die Verlässlichkeit des Protokolls würde erheblich darunter leiden, wenn den Urkundspersonen die Möglichkeit eingeräumt würde, revisionsbe-
gründende Fehler im Protokoll durch spätere Berichtigungen wieder beheben zu
können.

19 2. Die Bedenken des 1. Strafsenats gegen den seit Jahrzehnten gültigen,
nahezu unbestrittenen und nunmehr in Frage gestellten Verfahrensgrundsatz
vermögen insgesamt nicht zu überzeugen:

20 a) 1. Argument: Da auch die Revisionsgerichte der Wahrheit verpflichtet
sein und das Gebot der Beschleunigung des Verfahrens Verfahrensverzöge-
rungen verhindern müsse, sei es nicht mehr akzeptabel, Urteile aufgrund eines
fiktiven Sachverhalts wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben, der nach dem
Inhalt des - berichtigten - Protokolls tatsächlich nicht vorliege.

21 Das Argument ist zirkulär; denn es gilt zunächst zu fragen, was denn die
Wahrheit ist: der Verfahrensgang wie im Ursprungsprotokoll festgehalten oder
der in der Berichtigung niedergelegte Gang der Hauptverhandlung. Nach § 274
StPO gilt die formelle Wahrheit des einmal ordnungsgemäß erstellten Proto-
kolls; ein Gegenbeweis - etwa "aus der Erinnerung" von Verfahrensbeteiligten -
ist nicht zulässig. § 274 StPO ist Teil des strafprozessualen Revisionsrechts,
dem weitgehend der Grundsatz der formellen, nicht aber der der materiellen
Wahrheit zugrunde liegt. Die Formstrenge des Revisionsrechts gibt dem Revi-

sionsgericht nur ein eingeschränktes Prüfungsrecht; auch materiell-rechtlich richtige Urteile können - etwa bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrunds (§ 338 StPO) - der Aufhebung unterliegen. Auf der anderen Seite muss auch ein offensichtlicher Verfahrensverstoß vom Revisionsgericht unberücksichtigt bleiben, wenn er nicht rechtzeitig bzw. nicht in der vorgeschriebenen Form gerügt ist. Der Beschleunigungsgrundsatz, auf den der anfragende Senat so maßgeblich abhebt, findet dort seine Grenze, wo das insgesamt ausgewogene - gerade auch dem Schutz des Angeklagten dienende - Rechtsmittelrecht der Rechtskraft der Entscheidung entgegensteht (vgl. BGH StV 2006, 237, 238 f.; 241 f.).

22 b) 2. Argument: Ein Misstrauen in die Redlichkeit der Urkundspersonen sei nicht gerechtfertigt.

23 Es geht nicht um Zweifel an der Redlichkeit, sondern um solche an der Erinnerungsfähigkeit der Urkundspersonen. Schon in den Gesetzesmotiven (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 3. Bd. 1. Abt., 2. Aufl. [1885] S. 257 f.; vgl. auch RGSt 43, 1, 4 f.) ist dazu ausgeführt:

... Formverletzungen, welche in der Hauptverhandlung vorkommen konnten, (können) in der Regel ... nachträglich nicht mit Zuverlässigkeit ... festgestellt werden ... Die Gerichtsmitglieder werden selten in der Lage sein, über Vorgänge, welche ihrer Aufmerksamkeit in der Hauptverhandlung entgangen sind, nachträglich ein bestimmtes Zeugniß abzugeben; ihre Aussagen würden daher nur dazu dienen, unberechtigte Zweifel an der Zuverlässigkeit des Sitzungsprotokolls zu erwecken. ...

24 Hinzu kommt, dass bis zum Eingang der Revisionsbegründung - unter Berücksichtigung der Verfahrensdauer, der Dauer bis zur Erstellung des Protokolls und des Urteils, der Zustellung des Urteils und der Revisionsbegründungsfrist - regelmäßig ein langer Zeitraum vergangen ist und die Erinnerung der Urkundspersonen durch anderweitig verhandelte Verfahren "überlagert" sein

kann. Da es um die grundsätzliche Frage geht, ob Protokollberichtigungen zu Lasten des Beschwerdeführers möglich sind, ist es ohne Relevanz, ob in Einzelfällen Mitschriften über den Verfahrensablauf (etwa auch durch den Verteidiger) existieren.

25 Darüber hinaus ist - was zu Recht gegen die Zulässigkeit der nachträglichen Protokollberichtigung vorgebracht wird (Jahn/Widmaier aaO S. 167) - zu bedenken, dass der Vorsitzende nach Eingang der Verfahrensrüge in eine "parteiliche Position" gerät. Er wird - psychologisch verständlich -, wenn er die rechtliche Möglichkeit dazu hat, "sein" Urteil aufgrund "plötzlicher Erinnerung", dass es doch anders war, als im Protokoll festgestellt, möglicherweise gegen den Revisionsangriff verteidigen und der Protokollführer wird sich kaum der "neuen Einsicht" des Vorsitzenden widersetzen. Dass diese Erinnerung an den konkreten Verfahrensablauf, insbesondere bei verfahrensrechtlichen "Routineabläufen", wie etwa der Verlesung des Anklagesatzes, der Erteilung von Befehlen oder der Gewährung des letzten Wortes, - auch unbewusst (RGSt 43, 1, 3) - objektiv falsch sein kann, liegt auf der Hand.

26 c) 3. Argument: Der Grundsatz, wonach einer erhobene Verfahrensrüge durch eine Protokollberichtigung nicht die Grundlage zum Nachteil des Angeklagten entzogen werden dürfe, beruhe auf Rechtsprechung und könne daher auch durch die Rechtsprechung geändert werden.

27 Dieses Argument ist schon im Ansatz fragwürdig, weil dem genannten Verfahrensgrundsatz möglicherweise ein gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt (vgl. BVerfGE 15, 226, 232; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 1, 11. Aufl. § 25 Rdn. 12 ff.) und allenfalls der Gesetzgeber dazu aufgerufen wäre, Änderungen vorzunehmen (vgl. BGHSt 11, 241, 247; BGH, Beschluss vom 30. Mai 2001 – 1 StR 99/01). Im Zivilprozessrecht - in dem eine § 274

StPO vergleichbare Bestimmung existiert (§ 165 ZPO) - wurde im Jahre 1974 durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls vom 20. Dezember 1974 [ProtVereinfG] (BGBl I 3651) mit § 164 ZPO eine Vorschrift in die ZPO eingefügt, nach der - unter Anhörung der Beteiligten (vgl. dazu BRDrucks. 551/74 S. 63 f.; BTDrucks. 7/2769 S. 10 f.) - Protokollberichtigungen vorgenommen werden dürfen. Anders als für das Verwaltungsgerichtsverfahren, das Finanzgerichtsverfahren und das Verfahren vor den Sozialgerichten (Art. 3 Nr. 1, Art. 4 Nr. 1, Art. 5 Nr. 2 des ProtVereinfG: jeweils Verweisung auf die §§ 159 bis 165 ZPO) hat der Gesetzgeber für den Strafprozess diese Vorschrift nicht für anwendbar erklärt. Das spricht dafür, dass er die ihm bekannte ständige Rechtsprechung zur Protokollberichtigung in Strafverfahren nicht in Frage stellen wollte.

28 Selbst wenn man von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung der Protokollberichtigungsgrundsätze im Strafverfahren nicht ausgeht, ist Folgendes zu bedenken:

29 Die Kontinuität der Rechtsprechung, das auf ihr beruhende Vertrauen der Rechtsunterworfenen und der Rechtsanwender, die Sache werde nach denselben Maßstäben entschieden, die bisher galten, ist ein eigener Wert. Dieser allgemeine Grundsatz wurzelt in dem Gedanken der Rechtssicherheit, die wesentliches Element der rechtstaatlichen Praxis ist. Die Änderung einer ständigen Rechtsprechung setzt daher voraus, dass schwerwiegende Gründe dafür sprechen müssen (vgl. BVerfGE 19, 38, 47; BGH [1.Strafsenat] StV 2000, 670, 674). Für die vorgelegte Fragestellung fehlt es nach Auffassung des Senats an solchen Gründen von Gewicht, die Anlass geben könnten, die gefestigte Rechtsprechung zu ändern. Schwerwiegende Mängel der bisherigen Verfahrensweise sind nicht ersichtlich und werden auch in dem Anfragebeschluss nicht aufgezeigt. Soweit Unzuträglichkeiten aufgetreten sind, wurden diese durch die

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - etwa durch die Möglichkeit zur Ergänzung der Sitzungsniederschrift im Wege des Freibeweises bei offensichtlichen Mängeln, der Unklarheit, Lückenhaftigkeit oder Widersprüchlichkeit des Protokolls (vgl. etwa BGH StV 2004, 297, 298 [angebliche Nichtverlesung des Anklagesatzes]) - zufrieden stellend gelöst.

30 d) 4. Argument: Es sei nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, den Tatrichter zu maßregeln.

31 Es geht nicht darum den Tatrichter zu maßregeln, sondern darum, ihm durch die Unzulässigkeit der Protokollberichtigung nach Eingang der Verfahrensrüge bewusst zu machen, dass im Strafprozess Regeln mit Absolutheitscharakter – hier: die Erstellung des Protokolls - mit besonderer Sorgfalt zu beachten sind (vgl. etwa zur Unabänderlichkeit der Urteilsgründe: § 275 Abs. 1 Satz 3 StPO).

IV.

32 Schlussbemerkung:

33 Der Senat kann nicht erkennen, dass für eine Änderung der Rechtsprechung zur rügevernichtenden Protokollberichtigung gewichtige Gründe sprechen könnten. Soweit in dem Anfragebeschluss als Argument noch vorgebracht wird, mit der Möglichkeit der Protokollberichtigung würde der Erfolgsaussicht unwahrer Verfahrensrügen "neue Grenzen gesetzt", ist zu besorgen, dass an die Stelle unwahrer Verfahrensrügen "unwahre Protokollberichtigungen" treten könnten (vgl. BGHSt 12, 270, 272; Jahn/Widmaier aaO S. 167). Sollte daher trotz der Bedenken des Senats erwogen werden, rügevernichtende Protokollberichtigungen zuzulassen, so sollten diese jedenfalls nur dann als zulässig angesehen werden, wenn zuvor alle Verfahrensbeteiligten (der Angeklagte mögli-

cherweise über seinen Verteidiger) angehört wurden und keiner von ihnen - etwa durch eine dienstliche Erklärung oder anwaltliche Versicherung - eine im Vergleich zu dem zu berichtenden Protokoll substantiiert andere Erinnerung an den Verfahrensablauf geltend macht.

Tepperwien

Maatz

Kuckein

Ernemann

Sost-Scheible