



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 386/10

vom
22. Dezember 2010
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.

wegen Betrugs

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 22. Dezember 2010 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 22. Dezember 2009 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten R. und F. des Betrugs in acht Tateinheitlich begangenen Fällen schuldig gesprochen und den Angeklagten R. zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten F. zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten haben mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Mit Recht beanstanden die Beschwerdeführer, dass die Kammer dem Urteil unter Verstoß gegen § 261 StPO Feststellungen zugrunde gelegt hat, die wegen fehlerhafter Durchführung des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO nicht Gegenstand der Hauptverhandlung geworden sind.

- 2 1. Im Rahmen der Beweisaufnahme hat die Strafkammervorsitzende im Hauptverhandlungstermin am 19. November 2009 für zahlreiche, in den Anlagen 2 bis 4 des Protokolls aufgeführte Urkunden die Durchführung des Selbst-

leseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO angeordnet. Die in den Anlagen 2 bis 4 aufgeführten Urkunden betreffen drei unter II. 5 a) der Urteilsgründe festgestellte Einzeltaten (Anlagepunkte 15 - 17). Am nächsten Hauptverhandlungstag, dem 26. November 2009, hat die Vorsitzende festgestellt, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunden der in Anlage 2 des Protokolls vom 19. November 2009 aufgeführten Urkunden Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten hierzu Gelegenheit hatten. Eine entsprechende Feststellung für die in Anlage 3 und 4 des Protokolls vom 19. November 2009 aufgeführten Urkunden enthält das Hauptverhandlungsprotokoll nicht.

3 Nach Eingang der Revisionsbegründung, in der die fehlerhafte Durchführung des Selbstleseverfahrens im Hinblick auf die fehlende Protokollierung dieser Feststellung gerügt wurde, hat der stellvertretende Vorsitzende auf Anregung des Generalbundesanwalts ein Protokollberichtigungsverfahren eingeleitet. Mit Schreiben vom 12. August 2010 hat er den Beschwerdeführern die Absicht der Berichtigung des Protokolls vom 26. November 2009 um die Ergänzung der fehlenden Feststellung und unter Beifügung einer dienstlichen Erklärung der Vorsitzenden vom 11. August 2010 sowie einer dienstlichen Erklärung der Protokollführerin vom 9. August 2010 mitgeteilt. Beide dienstlichen Erklärungen enthalten lediglich den Hinweis, das Protokoll vom 26. November 2009 sei unvollständig, und zusätzlich die Versicherung, das Selbstleseverfahren sei auch bezüglich der in Anlage 3 und 4 aufgeführten Schriftstücke durchgeführt worden.

4 Beide Beschwerdeführer haben der beabsichtigten Protokollberichtigung widersprochen. Der Angeklagte R. hat dabei unter Hinweis auf eine Entscheidung des Senats vom 8. Juli 2009 (NJW 2009, 2836) ergänzend ausgeführt, dass sich eine Unvollständigkeit des Protokolls aus den dienstlichen Er-

klärungen gerade nicht ergäbe, da keine der Urkundspersonen behauptet, die Vorsitzende habe den zu protokollierenden Verfahrensvorgang der Feststellung tatsächlich vorgenommen.

5 Am 25. August 2010 haben die Vorsitzende und die Protokollführerin das Protokoll der Hauptverhandlung vom 26. November 2009 dahingehend berichtigt, dass auch hinsichtlich der in den Anlagen 3 und 4 des Protokolls vom 19. November 2009 aufgeführten Schriftstücke die Feststellung der Kenntnisnahme des Wortlauts durch die Richter und Schöffen und die Gelegenheit zur Kenntnisnahme durch die übrigen Beteiligten erfolgt sei. In der Begründung wird unter Verweis auf die dienstlichen Erklärungen der Vorsitzenden und der Protokollführerin ausgeführt, die entsprechende Feststellung sei durch die Vorsitzende getroffen worden.

6 2. Bei dieser Sachlage bleibt das unberichtigt gebliebene Protokoll für die Entscheidung des Senats maßgeblich.

7 Gemäß § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO ist die Feststellung über die Kenntnisnahme vom Wortlaut der im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden sowie die Gelegenheit hierzu in das Protokoll aufzunehmen. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne des § 273 StPO (BGH NStZ 2001, 161; NStZ 2005, 160; StraFo 2010, 27, 28; NJW 2010, 3382). Der Nachweis hierüber kann nur durch das Protokoll geführt werden (§ 274 Satz 1 StPO). Wurde diese Feststellung nicht protokolliert, ist aufgrund der negativen Beweiskraft des Protokolls davon auszugehen, dass das Beweismittel nicht zur Kenntnis gelangt bzw. die Gelegenheit hierzu nicht eingeräumt worden ist (BGHSt 54, 37, 38; BGH StraFo 2010, 27, 28). Dem Revisionsgericht ist damit verwehrt, hierzu freibeweisliche Ermittlungen anzustellen.

- 8 Etwaige Protokollmängel sind nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 27. April 2007 (BGHSt 51, 298) in erster Linie durch eine nachträgliche Berichtigung des Protokolls zu beseitigen, wobei diese unter Beachtung des von ihm vorgegebenen Verfahrens zu erfolgen hat (vgl. auch BGH NJW 2010, 2068, 2069). Hierdurch kann auch einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge zum Nachteil des Revisionsführers die Tatsachengrundlage entzogen werden (BGHSt 51, 298; BVerfG NJW 2009, 1469). Die Gründe der Berichtigungsentscheidung unterliegen der Überprüfung durch das Revisionsgericht im Freibeweisverfahren. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung (BGHSt 51, 298, 315 f.; BGH wistra 2010, 413, 414).
- 9 Die vorliegend durch die Vorsitzende und die Protokollführerin erfolgte Berichtigung des Protokolls hält rechtlicher Überprüfung nicht stand, denn die Berichtigungsentscheidung wird nicht durch die in Bezug genommenen dienstlichen Erklärungen der beiden Urkundspersonen getragen. Grundlage einer jeden Protokollberichtigung ist die sichere Erinnerung der Urkundspersonen. Fehlt es hieran, kann ein Protokoll nicht mehr berichtigt werden (BGHSt 51, 298, 314, 316). Die vorliegenden dienstlichen Erklärungen der beiden Urkundspersonen enthalten keinen Hinweis darauf, dass hinsichtlich der in den Anlagen 3 und 4 aufgeführten Urkunden gemäß § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO durch die Vorsitzende in der Hauptverhandlung eine Feststellung der Kenntnisnahme getroffen und diese von der Protokollführerin lediglich nicht protokolliert wurde. Die in den dienstlichen Erklärungen enthaltene Behauptung, das Selbstleseverfahren sei durchgeführt worden, ist demgegenüber unbeachtlich.
- 10 Eine Rücksendung der Akten zum Zwecke der Wiederholung des Berichtigungsverfahrens verbietet das Recht der Angeklagten auf ein faires Verfahren

(vgl. BGH StV 2010, 575; Meyer-Goßner, StPO 53. Aufl., § 271 Rn. 26a). Die Akten waren der Kammer bereits durch den Generalbundesanwalt unter Hinweis auf die Rüge des fehlerhaft durchgeführten Selbstleseverfahrens und mit der Anregung zurückgesandt worden, ein Berichtigungsverfahren durchzuführen, falls insoweit lediglich ein Protokollierungsmangel vorliege. Beide Urkundspersonen haben in Kenntnis dessen lediglich behauptet, das Selbstleseverfahren sei ordnungsgemäß durchgeführt worden, ohne sich zu der im Protokoll fehlenden Feststellung zu verhalten. Sie haben ihre dienstlichen Erklärungen auch nach dem erfolgten Widerspruch der Beschwerdeführer nicht ergänzt bzw. unter Angabe der ihre Erinnerung stützenden tatsächlichen Umstände erneuert und den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht.

- 11 Neben einer ordnungsgemäßen Protokollberichtigung kommt eine freibeweisliche Aufklärung des tatgerichtlichen Verfahrensablaufs und damit unter geringeren Anforderungen als in dem die Verfahrenswahrheit sichernden Protokollberichtigungsverfahren nach erhobener Verfahrensrüge und zum Nachteil des Angeklagten nicht in Betracht (BGHSt 51, 316 f.; vgl. BGH NSTz 2005, 281, 282; StV 2004, 297; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 8, 11 und 13 jeweils mwN). Ob hiervon in Fällen krasser Widersprüchlichkeit oder offenkundiger Fehler- oder Lückenhaftigkeit Ausnahmen zu machen sind (vgl. BGH, NJW 2010, 2068, 2069), kann offen bleiben. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor und ergibt sich auch nicht daraus, dass die Anordnung des Selbstleseverfahrens, nicht aber die nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO notwendige Feststellung über dessen erfolgreiche Durchführung vermerkt ist. Denn die Anordnung des Selbstleseverfahrens lässt keinen Schluss auf die weitere Beachtung des Verfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO zu (BGH StraFo 2010, 27, 28).

12 3. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Verurteilung der Angeklagten auf diesem Verfahrensverstoß beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Die in den Anlagen 3 und 4 aufgeführten Urkunden sind tragende Elemente der Beweisführung des Landgerichts, das selbst ausgeführt hat, die Feststellungen zu den acht Einzeltaten beruhten „maßgeblich“ auf den im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden, namentlich den Kauf- und Darlehensverträgen sowie der Korrespondenz zwischen der F. AG, den Kreditinstituten und den Notaren (UA S. 44). Ungeachtet dessen, dass sich die Kammer selbst „maßgeblich“ auf den Inhalt der im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden stützt und gerade nicht auf andere Beweismittel oder einen entsprechenden Vorhalt und der Erklärung eines Zeugen oder der Angeklagten dazu, ist nicht auszuschließen, dass die Strafkammer ohne die Verwertung des Urkundeninhalts im Hinblick auf die beiden, die Anklagepunkte 16) und 17) betreffenden Einzeltaten, zu anderen Feststellungen gekommen wäre. So hat insbesondere der Darlehensnehmer in den beiden die Anklagepunkte 16) und 17) betreffenden Fällen, der Zeuge A. , nach den Ausführungen der Kammer nur wenig überzeugende bzw. zögerliche Angaben gemacht. Der Senat vermag auch auszuschließen, dass die Urkunden im Wege des Vorhalts und der Erklärung der hierzu vernommenen Personen eingeführt worden sein können. Es handelt sich um eine Vielzahl von Schriftstücken, wobei insbesondere die maßgeblichen Darlehens- und Grundstückskaufverträge mehrere Seiten lang sind und die Kammer den Schriftstücken zahlreiche konkrete und entscheidungserhebliche Daten, wie zum Beispiel die vereinbarten Kaufpreise, ausgezahlten Darlehensbeträge und Höhe der Grundschuldeintragungen entnommen hat.

13 4. Aufgrund der - wenngleich rechtlichen Bedenken unterliegenden - Annahme der Kammer, es handele sich um ein so genanntes uneigentliches Organisationsdelikt, so dass die von den Angeklagten jeweils begangenen acht

Einzelfälle des Betrugs tateinheitlich miteinander verbunden seien, war das Urteil insgesamt aufzuheben.

Rissing-van Saan

Fischer

Schmitt

Eschelbach

Ott