



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

2 StR 504/00

vom

8. August 2001

in der Strafsache

gegen

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: nein

Veröffentlichung: ja

StPO §§ 273 Abs. 1, 274 Satz 1

Zum Wegfall der Beweiskraft des Protokolls.

BGH, Urteil vom 8. August 2001 - 2 StR 504/00 - LG Darmstadt

wegen Mordes u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 18. Juli 2001 in der Sitzung vom 8. August 2001, an denen teilgenommen haben:

Vizepräsident des Bundesgerichtshofes

Dr. Jähnke

als Vorsitzender

und die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. h.c. Detter,

Dr. Bode,

die Richterinnen am Bundesgerichtshof

Dr. Otten,

Elf

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

die Nebenkläger

Rechtsanwältin

als Nebenklägervertreterin,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 13. Juni 2000 wird verworfen.
2. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels und die den Nebenklägern im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

1. Der Bruder des Angeklagten, Y. B. , geriet aufgrund eines leichten Anrempelns im Toilettenvorraum einer Gaststätte mit dem später getöteten H. in Streit. Die verbale Auseinandersetzung über die Bemerkung des Opfers, Y. B. habe ihm ein Bein gestellt, wurde im Gastraum fortgesetzt und führte schließlich zu einem Lokalverweis für Y. B. durch den Gastwirt. Y. B. berichtete seinem Bruder, dem Angeklagten N. B. , von dem Streit. Für das Lokalverbot machten die Brüder H. verantwortlich und wollten es ihm heimzahlen. N. B. sah in dem Geschehen eine Kränkung seines Bruders und diese als eigene Ehrverletzung an. Sie bewaffneten sich mit Dachlatten, warteten vor der Gaststätte auf den Gegner und wollten ihn angreifen, sobald er das Lokal verlassen wür-

de. Der Angeklagte ging zwischendurch mehrfach hinein. Schließlich fragte er H. , als dieser gerade alleine war, ob er derjenige sei, der mit seinem Bruder Streit gehabt habe. Als er darauf keine Antwort erhielt, empfand er dies als eine zusätzliche Beleidigung, weil H. ihm die kalte Schulter gezeigt hatte und einfach weggegangen war. Y. B. stürzte sich mit der Dachlatte auf den Kontrahenten, sobald er herauskam. Der Angeklagte, der die bereit gelegte Latte nicht mehr ergreifen konnte, kam ihm zu Hilfe. Als Y. B. sich einem hinzugeeilten Freund des Opfers zuwandte, stand der Angeklagte diesem allein gegenüber. Er erkannte, daß es ihm kaum gelingen würde, den erheblich größeren H. niederzustrecken, und entschloß sich, das in seiner Tasche befindliche Springmesser einzusetzen. Mit erheblicher Wucht stach er fünfmal auf H. ein, der infolge der Stichverletzungen verstarb. Die Verärgerung und Wut über den Lokalverweis des Bruders und über das aus seiner Sicht abschätziges Verhalten ihm gegenüber waren bestimmend für den Entschluß des Angeklagten, H. zu töten, was ihm auch bewußt war.

2. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes verurteilt, weil er aus niedrigen Beweggründen gehandelt habe. Es hat angenommen, daß die Verärgerung und Wut ihrerseits wegen eines krassen Mißverhältnisses zwischen Anlaß und Tat auf niedriger Gesinnung beruhten. Der Angeklagte habe aus nichtigem Anlaß getötet.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

II.

1. Mit der Verfahrensrüge beanstandet der Beschwerdeführer die Verletzung von § 338 Nr. 5 StPO in Verbindung mit § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO durch vorschriftswidrige Abwesenheit eines notwendigen Verteidigers in der Hauptverhandlung vom 11. April 2000.

a) Dazu macht er geltend:

An 21 Verhandlungstagen sei er teils von Pflichtverteidiger Rechtsanwalt K. und Wahlverteidiger Rechtsanwalt Br. gemeinsam, teils aber auch von jedem einzeln verteidigt worden. Am 12. Hauptverhandlungstag, dem 11. April 2000, sei für ihn nur Rechtsanwalt K. als Verteidiger in der Hauptverhandlung erschienen. Dieser habe während der Vernehmung des Zeugen KOK H. den Sitzungssaal zeitweise verlassen. In Abwesenheit des einzigen an diesem Tage für ihn erschienenen Verteidigers habe der Zeuge KOK H. zur Sache ausgesagt und auf Vorhalte des Vorsitzenden geantwortet. Während dieses Abschnitts der Hauptverhandlung sei er nicht verteidigt gewesen.

Zum Beweis der Richtigkeit seines Vorbringens beruft sich der Beschwerdeführer auf das Protokoll der Hauptverhandlung, das diese Vorgänge ausweist.

b) Die Rüge hat keinen Erfolg.

aa) Die Anwesenheit eines notwendigen Verteidigers nach § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten im Sinne von §§ 273 Abs. 1, 274 Satz 1 StPO, deren Beobachtung nur durch das Protokoll bewiesen werden kann (vgl. BGHSt 24, 281). Die Rüge scheint durch das Protokoll belegt zu werden. Die Beweiskraft des Protokolls kann jedoch entfallen, wenn es

an bestimmten inhaltlichen Mängeln leidet. Es kommen in Betracht aus sich selbst nicht lösbare Widersprüche, unerklärliche Auslassungen (Lücken) und Unklarheiten. Um solche offensichtlichen Mängel handelt es sich nach der neueren Rechtsprechung auch, wenn die Sitzungsniederschrift Vorgänge beurkundet, die sich nach aller Erfahrung so nicht zugetragen haben können. Dabei ist zu beachten, daß das Protokoll einer sich über mehrere Termine erstreckenden Hauptverhandlung eine Einheit bildet. Der Bundesgerichtshof hat derartige, die Beweiskraft ausschließende Mängel des Protokolls wiederholt angenommen.

So wurde als nicht lösbarer Widerspruch behandelt das Schweigen der Sitzungsniederschrift über die Anwesenheit eines beisitzenden Richters an einem bestimmten Verhandlungstag, dessen Anwesenheit die vorangegangenen Teilprotokolle auswiesen, und die Bezugnahme des nachfolgenden Teilprotokolls auf dieselbe Besetzung des Gerichts (BGH, Beschluß vom 25. Februar 2000 - 2 StR 514/99). Ein Widerspruch wurde auch in dem Fall bejaht, in dem das Protokoll für einen Sitzungstag einen anderen Richter anstelle des an den übrigen Sitzungstagen anwesenden Beisitzers aufführte (BGHSt 16, 306). In gleicher Weise wurde für widersprüchlich gehalten, daß nach Ausschluß der Öffentlichkeit deren Wiederherstellung nicht protokolliert, für die später erfolgte Vernehmung einer Zeugin aber die Öffentlichkeit erneut ausgeschlossen wurde (BGH NStZ-RR 2000, 293).

Eine Lücke wurde darin gesehen, daß der Staatsanwalt nach der Sitzungsniederschrift keinen bestimmten Schlußantrag zur Strafhöhe gestellt hat, obwohl sich aus anderen Umständen zwingend ergab, daß er einen solchen gestellt haben mußte (BGHR StPO § 274 Beweiskraft 12). Als lückenhaft wurde das Protokoll des weiteren dann behandelt, wenn ein protokollierter Vorgang

darauf hindeutete, daß ein anderer zuvor geschehen sein mußte. Wurde in der Niederschrift die Sitzung eingangs als öffentlich bezeichnet und vor Mitteilung der Urteilsverkündung vermerkt, daß die Öffentlichkeit wieder hergestellt wurde, so enthielt das Protokoll eine augenscheinliche Lücke, soweit die Öffentlichkeit zuvor ausgeschlossen sein mußte (BGHSt 17, 220). Eine Lücke hat der Bundesgerichtshof auch in dem Fall angenommen, in dem das Landgericht den Nebenklägervertreter auf einen nicht korrekt gestellten Beweisantrag hinwies und das Protokoll keine Reaktion des Anwalts aufzeigte. Es wurde durch die Sitzungsniederschrift nicht als bewiesen angesehen, der Anwalt habe den Hinweis des Gerichts schweigend hingenommen (BGHR StPO § 274 Beweiskraft 16). Lücken und Widersprüche greifen häufig ineinander über. So wurde ein Protokoll hinsichtlich der Verlesung von Niederschriften über Telefonüberwachungen für lückenhaft und in sich widersprüchlich erachtet. Nachdem auf Anordnung des Vorsitzenden bestimmte Niederschriften laut Sitzungsprotokoll verlesen wurden, wies das Protokoll aus, daß der bereits ergangene Beschluß über die Verlesung der Niederschriften weiter ausgeführt und die Verlesung fortgeführt wurde. Das Protokoll über die Fortsetzung der Verlesung wurde als unvollständig erachtet, soweit daraus nicht zu entnehmen war, daß nur die in der Anordnung konkret bezeichneten Niederschriften über die Telefonüberwachungen verlesen worden sind (BGH, Beschluß vom 22. Juni 1999 - 1 StR 193/99).

Als unklar wurde der Protokollvermerk "allgemein vereidigt" hinsichtlich einer Dolmetscherin eingestuft. Da der Vermerk die bloße Tatsache der Vereidigung, aber auch die nach § 189 Abs. 2 GVG erforderliche Berufung auf den Eid beinhalten kann, führte die Mehrdeutigkeit zum Wegfall der Beweiskraft (BGHSt 31, 39). Wegen offensichtlicher Unklarheit konnte in einem weiteren Fall das Schweigen des Protokolls keinen Beweis für die Abwesenheit eines

notwendigen Verfahrensbeteiligten (Dolmetscher) begründen. Bei unterschiedlicher Handhabung der Protokollierung der Namen in verschiedenen Fortsetzungsterminen ließ sich bei mehrfachem Wechsel in der Person des Dolmetschers dem einheitlichen Sitzungsprotokoll nicht entnehmen, welche Person die Funktion des notwendigen Verfahrensbeteiligten an dem Tag bekleidete, an dem das Protokoll zur Anwesenheit schwieg (BGH, Beschluß vom 22. Mai 2001 - 3 StR 462/00).

Einen offensichtlichen Mangel - ohne nähere Einordnung - hat der Bundesgerichtshof angenommen, soweit das Protokoll lediglich vermerkte, daß eine Zeugin erschienen war und Angaben zur Sache machte, aber zur Frage ihrer Vereidigung und Entlassung schwieg (BGH NStZ 2000, 546).

bb) Der Fall eines offensichtlichen, die Beweiskraft des Protokolls ausschließenden Mangels ist auch hier gegeben. Aus dem Inhalt der Sitzungsniederschrift läßt sich kein klarer Beweis für die fehlende Anwesenheit eines notwendigen Verteidigers in der Sitzung vom 11. April 2000 während der Vernehmung des KOK H. führen.

Der Tatrichter hat ausweislich des Gesamtprotokolls an allen anderen Verhandlungstagen das Gebot der notwendigen Verteidigung beachtet. Dafür, daß dies auch während der gesamten Vernehmung des KOK H. geschehen ist, sprechen folgende Umstände: Es gehört zu den vornehmsten Aufgaben eines Pflichtverteidigers, die notwendige Verteidigung sicherzustellen. Der Senat kann dem Pflichtverteidiger nicht unterstellen, daß er bei Abwesenheit des Wahlverteidigers sich während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung eigenmächtig entfernt hätte. Ferner konnte es bei dem überschaubaren Verfahren der mit drei Berufsrichtern besetzten Kammer nicht entgehen, wenn einer von zwei Angeklagten zeitweise nicht verteidigt war. Außerdem hatte die Ur-

kundsbeamtin das Verlassen des Sitzungssaals durch den Pflichtverteidiger in die Sitzungsniederschrift aufgenommen, so daß ihr die Abwesenheit dieses Verteidigers bewußt war. Es lag daher nahe, daß sie die Jugendkammer davon informiert hätte, sollte kein weiterer Verteidiger zugegen gewesen sein. Es handelte sich ferner um zwei augenfällige Vorgänge, einmal um den Vorgang des Entfernens durch den Pflichtverteidiger und sodann um den Vorgang des erneuten Erscheinens. Diese Vorgänge standen auch unter der Beobachtung der beiden Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägervertreterin. Das Interesse sämtlicher vorbenannter Verfahrensbeteiligter an der prozeßordnungsgemäßen Abwicklung des Verfahrens, das sich schon im Stadium des zwölften Verhandlungstages befand, gab Anlaß zu besonderer Wachsamkeit und Sorgfalt. Es ist auszuschließen, daß allen diesen Verfahrensbeteiligten entgangen sein könnte, daß der Beschwerdeführer nicht verteidigt war, wie das Protokoll es aussagt.

Außerdem handelte es sich bei der Vernehmung des KOK H. um ein Kernstück der Beweisaufnahme. Er hatte als Verhörsperson die polizeilichen Vernehmungen durchgeführt. Auf seiner Aussage beruhen wesentliche Feststellungen. Rechtsanwalt K. hatte der Vernehmung des Zeugen KOK H. über die polizeiliche Aussage des Angeklagten N. B. widersprochen. Der Widerspruch wurde durch Gerichtsbeschluß zurückgewiesen. Nach seinem Wiedererscheinen im Sitzungssaal beantragte Rechtsanwalt K. keine Wiederholung des Verfahrensabschnitts. Bei der Gewichtung dieser Aussage ist es schlechthin ausgeschlossen, daß er versehentlich den Sitzungssaal verließ und kein Verteidiger an diesem Abschnitt der Beweisaufnahme teilnahm.

Da die Anwesenheit eines zweiten Verteidigers nicht zu den wesentlichen in das Protokoll aufzunehmenden Förmlichkeiten im Sinne von §§ 273

Abs. 1, 274 Satz 1 StPO gehört (vgl. BGHSt 24, 280, 281), liegt es nahe, daß der Wahlverteidiger Rechtsanwalt B. in der Verhandlung vom 11. April 2000 anwesend war, obwohl er für den Zeitraum, in dem Rechtsanwalt K. sich entfernt hatte, nicht in die Sitzungsniederschrift aufgenommen wurde.

Der tatsächliche Verfahrensgang kann dem Protokoll nicht klar entnommen werden. Aus den oben angeführten Gründen enthält das Protokoll insoweit einen offensichtlichen Mangel, der zum Wegfall der Beweiskraft der Sitzungsniederschrift nach § 274 Satz 1 StPO führt.

Dem stehen die von der Revision zitierten Entscheidungen - BGH, Urteil vom 9. Oktober 1985 - 3 StR 473/84 - = StV 1986, 287 und BGH, Urteil vom 30. März 1983 - 2 StR 173/82 - = NStZ 1983, 375 - nicht entgegen. Die Beweiskraft des Protokolls entfällt hier aufgrund der geschilderten Besonderheiten des Verfahrensganges, die - wie in den zuvor dargestellten Entscheidungen - das Protokoll selbst ausweist. Das von der Rechtsprechung entwickelte Korrektiv der Unklarheit (vgl. G. Schäfer in Festschrift 50 Jahre BGH S. 710 ff.) greift hier insbesondere ein, weil die Zulässigkeit der Beweiserhebung durch Vernehmung des Zeugen KOK H. umstritten, der Inhalt der Aussage aber verfahrensentcheidend war. Es scheint ausgeschlossen, daß Rechtsanwalt K. nach ausdrücklichem Widerspruch gegen die Vernehmung dieses Zeugen über die polizeiliche Aussage seines Mandanten und nach Zurückweisung der beanstandeten Beweiserhebung durch Gerichtsbeschluß während der danach erfolgten Aussage des Zeugen zur Sache den Sitzungssaal verläßt, ohne daß ein anderer Verteidiger zugegen gewesen wäre. Das Schweigen des Protokolls über die Anwesenheit eines notwendigen Verteidigers während dieser umstrittenen und bedeutungsvollen Vernehmung ist dem oben zitierten Fall vergleichbar, der Nebenklägervertreter habe den Hinweis des Gerichts auf ei-

nen nicht korrekt gestellten Beweisantrag schweigend hingenommen (BGHR § 274 Beweiskraft 16). So wie die fehlende Reaktion des Nebenklägervertreters auf einen gerichtlichen Hinweis, so ist auch die fehlende Anwesenheit eines notwendigen Verteidigers während der verfahrensentscheidenden Aussage des Zeugen bei dem vorausgegangenem Prozeßgeschehen durch die Sitzungsniederschrift nicht bewiesen.

cc) Der Senat hatte deshalb im Wege des Freibeweises zu klären, wie der Verfahrensablauf wirklich war (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 45. Aufl. § 274 Rdn. 18 m.w.N.). Dazu hat er dienstliche Äußerungen und anwaltliche Versicherungen eingeholt.

Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle hat in ihrer dienstlichen Äußerung erklärt, daß Rechtsanwalt B. an der gesamten Hauptverhandlung vom 11. April 2000 teilgenommen hat und dessen Anwesenheit nur versehentlich im Protokoll nicht aufgeführt ist, weil die entsprechende Zeile aus dem Stenogramm nicht in die Reinschrift übertragen wurde. Ihre Aufzeichnungen hat sie beigelegt. Aufgrund der zusätzlichen übereinstimmenden dienstlichen Erklärungen der drei Berufsrichter und der beiden Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sieht der Senat den Vortrag der Revision, der Angeklagte sei am 11. April 2000 während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung nicht verteidigt gewesen, als widerlegt an. Die erstinstanzlichen Verteidiger des Angeklagten haben wegen des fortbestehenden Verteidigungsverhältnisses die erbetene Stellungnahme abgelehnt.

Der vom Beschwerdeführer in Anspruch genommene Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO ist damit nicht gegeben.

Der Senat kann deshalb offen lassen, ob nach Distanzierung der Urkundspersonen vom Inhalt der Sitzungsniederschrift die insoweit weggefallene Beweiskraft des Protokolls nur zu Gunsten des Beschwerdeführers berücksichtigt werden darf (vgl. BGHSt 4, 364; BGH StV 1988, 45). Der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, daß dadurch einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge nicht nachträglich der Boden entzogen werden darf (vgl. BGHSt 2, 125, 127; 10, 145, 147; 34, 11, 12), basiert letztlich auf Erwägungen, die mit dem Grundsatz eines für den Angeklagten fairen Verfahrens zusammenhängen. Fraglich ist allerdings, ob aus dem Gebot des fairen Verfahrens auch folgt, daß das Revisionsgericht sehenden Auges einen Verfahrensvorgang unterstellen muß, der so nicht geschehen ist, nur weil das wirkliche Geschehen sich für den Beschwerdeführer ungünstig auswirkt. Aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens muß dies jedenfalls dann nicht folgen, wenn der behauptete Verfahrensverstoß in der Sphäre des Angeklagten liegt.

Es bedurfte hier auch keiner Entscheidung darüber, ob eine mit dem Wissen eines Verteidigers unvereinbare Rügebehauptung sich als Rechtsmißbrauch darstellt und zur Unzulässigkeit führt (vgl. BGHR StPO § 274 Beweiskraft 21).

2. Die Sachrüge, mit der sich die Revision gegen die Annahme "niedriger Beweggründe" wendet, hat ebenfalls keinen Erfolg. Das Bejahen dieses Mordmerkmals aufgrund der getroffenen Feststellungen ist weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht rechtlich zu beanstanden.

a) Ein Beweggrund ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb als besonders verachtenswert erscheint (vgl. BGHSt 3, 132 ff.; 35, 116, 127; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 11, 25).

Wenn Tatmotive wie Wut und Verärgerung den Täter zur Tötung eines Menschen veranlaßt haben, kommt es weiter darauf an, ob die tatauflösende Motive ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen oder ob sie menschlich verständlich sind (vgl. BGHR a.a.O. 16, 23).

Aufgrund des Mißverhältnisses zwischen Anlaß und Tat durfte die Kammer im Rahmen der Gesamtwürdigung das Vorgehen objektiv als besonders verachtenswert und verwerflich ansehen (vgl. BGH StV 1981, 399, 400; StV 1983, 504; NJW 1967, 1140). Bei der Auseinandersetzung des Bruders mit dem Tatopfer ging es um eine Bagatelle, wie sie häufig in Gaststätten vorkommt. Der Angeklagte selbst war daran nicht beteiligt, er kannte das Opfer nicht einmal. Der Getötete wich einer Eskalation mehrfach aus und hatte keinen Anlaß für das spätere Tatgeschehen gegeben. Der Lokalverweis betraf ebenfalls nicht ihn selbst und bedeutete nichts weiter als die Ausübung des Hausrechts durch den Wirt. Seine rechtsfeindliche Einstellung wird auch nicht dadurch beseitigt, daß er sich gekränkt fühlte. Denn dazu hatte er, wie er wußte, objektiv keinen Anlaß. Der Angeklagte suchte die Auseinandersetzung. Die aus dem Tatbild und der Persönlichkeit des Angeklagten unter Einbeziehung der Vorbelastungen gezogene Schlußfolgerung der Kammer, Wut und Verärgerung beruhten auf einer egozentrischen Grundhaltung, die es für die Selbst- und Fremddachtung unverzichtbar mache, notfalls mit drakonischen Mitteln bis hin zur Tötung eines Menschen auf geringste Kränkungen zu reagieren, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Diese Grundhaltung wird belegt durch sein Rachebedürfnis nach unbedeutenden Vorfällen. Darin kommt eine Eigensucht zum Ausdruck, der die Allgemeinheit kein Verständnis entgegenbringen kann.

b) Aus den Urteilsgründen ergeben sich auch die subjektiven Voraussetzungen für die Bewertung der Tat als ein Handeln aus niedrigen Beweggründen.

Die tatauflösenden Motive braucht der Täter rechtlich nicht als niedrige Beweggründe zu bewerten. Es reicht aus, daß er die Umstände, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewußtsein aufgenommen hat (vgl. BGHSt 28, 210, 212; BGHR § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 6, 15, 16, 26). Nach den getroffenen Feststellungen war dem Angeklagten bewußt, daß er aus nichtigem Anlaß tötete. Dieses Bewußtsein wird belegt durch den Vorsatzwechsel. Nur weil der Angeklagte kein Scheitern der Aktion hinnehmen wollte, griff er zum Messer, dessen Einsatz nach dem Tatplan an sich nicht erfolgen sollte. Daß der Angeklagte imstande war, seine Gefühle der Verärgerung und Wut gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern, lag angesichts seines längeren Zuwartens auf das Erscheinen des Gegners so nahe, daß es keiner Erörterung bedurfte.

Jähnke

Detter

Bode

Otten

Elf