



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

## **Stellungnahme**

**der Bundesrechtsanwaltskammer**

**zum Vorlagebeschluss des 1. Strafsenats vom 23.08.2006 - 1 StR 466/05**

**und zum Urteil des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom**

**11.08.2006 – 3 StR 284/05**

**„Rügeverkümmern“ und „unwahre“ Verfahrensrüge**

Erarbeitet vom

### **Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin, Vorsitzender

Rechtsanwalt und Notar Dr. Jochen Heidemeier, Stolzenau

Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz

Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main

Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin

Rechtsanwalt Dr. Eckhart Müller, München

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Rechtsanwältin Mila Otto, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

---

April 2007

BRAK-Stellungnahme-Nr. 13/2007

Mit seinem Vorlagebeschuß vom 23.08.2006 erstrebt der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs<sup>1</sup> eine Rechtsprechungsänderung mit dem Ziel, daß einer vom Angeklagten zulässig erhobenen Verfahrensrüge durch die Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls die maßgebliche Tatsachengrundlage wieder entzogen werden dürfe. Dies sei erforderlich, um einer sich auf die ursprüngliche Sitzungsniederschrift stützenden, tatsächlich aber „unwahren“ Verfahrensrüge den Erfolg zu verwehren<sup>2</sup>. Dieses Ziel verfolgt auch der 3. Strafsenat in seinem Urteil vom 11.08.2006, der bei einem bewußt wahrheitswidrig behaupteten Verfahrensverstöß die Verfahrensrüge wegen Mißbrauchs der Beweisvorschrift des § 274 StPO für unzulässig hält<sup>3</sup>.

Sollte der Große Senat für Strafsachen sich der Auffassung des 1. Strafsenats anschließen, wäre dies eine Abkehr von einer seit Erlaß der Strafprozeßordnung im Jahre 1877 geltenden Rechtspraxis<sup>4</sup>.

Bereits im Urteil vom 31.05.1880 führte der 1. Strafsenat des Reichsgerichts aus:

„Man kann die Frage, ob im allgemeinen eine Berichtigung des Inhaltes des Protokolles über die Hauptverhandlung nach der Unterzeichnung desselben durch den Vorsitzenden und den Gerichtsschreiber zulässig ist, unerörtert lassen. Unzulässig ist jedenfalls die Ergänzung jenes Protokolles nach der Anbringung eines Rechtsmittels in Beziehung auf die durch das letztere gerügten Mängel. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der § 274 StPO gerade für den Fall der Anfechtung des Urteiles Bestimmungen getroffen hat, und daß sonach nur dasjenige Protokoll, welches zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist, und auf welches sich die Anfechtung stützt, hinsichtlich der gerügten Mängel als die jeden Gegenbeweis, mit Ausnahme

---

<sup>1</sup> BGH, Vorlagebeschl. v. 23.08.2006, 1 StR 466/05 = NJW 2006, 3582.

<sup>2</sup> BGH, *ibid.*, Tz. 42 und 43.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 11.08.2006 – 3 StR 284/05 = NJW 2006, 3579.

<sup>4</sup> Der 4. Strafsenat des BGH (4 ARs 3/06 = NStZ-RR 2006, 273) gibt in seinem Beschl. v. 03.05.2006 zurecht zu bedenken, ob dieser Rechtspraxis möglicherweise ein gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt, weshalb allenfalls der Gesetzgeber dazu aufgerufen wäre, Änderungen vorzunehmen (Tz. 27).

des Falles der Fälschung, ausschließende Beweisurkunde angesehen werden kann. Ein erst nachher, infolge der Anfechtung verfaßtes Ergänzungsprotokoll (...), stellt sich als ein vom Gesetze für unstatthaft erklärtes Gegenbeweismittel dar“<sup>5</sup>.

Diese Ausführungen entsprachen der schon seinerzeit herrschenden Meinung in der Literatur<sup>6</sup>. Abgesehen von einer kurzfristigen Unterbrechung während der Zeit des Nationalsozialismus<sup>7</sup> war dies für nunmehr 130 Jahre die vorherrschende Auffassung in Rechtsprechung<sup>8</sup> und Literatur<sup>9</sup>.

Als entscheidendes und unter dem Strich einziges Argument für die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung führt der 1. Strafsenat an, daß „auch die Revisionsgerichte zur Wahrheit verpflichtet“ seien; „bei der Beurteilung von Verfahrensverstößen (sei) der wahre Sachverhalt zugrunde zu legen“<sup>10</sup>. Auch für den 3. Strafsenat ist maßgeblich, daß es einem Rechtsmittelführer nicht gestattet werden dürfe, „durch die bewußt wahrheitswidrige Behauptung eines Verfahrensfehlers ein Urteil zu Fall zu bringen, von dem er sicher weiß, daß es insoweit in einem fehlerfreien Verfahren ergangen ist“<sup>11</sup>. Dies gelte auch dann, wenn sich die Verfahrensrüge „auf die Beweiskraft eines – als fehlerhaft erkannten – Protokolls stützen“ könne<sup>12</sup>.

Mit der Bezugnahme auf die „inhaltliche Wahrheit“ als maßgeblichem Kriterium einer erfolgreichen Verfahrensrüge und der Relativierung der absoluten Beweiskraft des

---

<sup>5</sup> RGSt 2, 76, 77 f. (Hervorhebung im Original).

<sup>6</sup> Vgl. Löwe, StPO, 1. Aufl., 1879, § 271 Anm. 5; Bomhard/Koller, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1879, § 271 Anm. 3.

<sup>7</sup> RG, Beschl. des Großen Senats für Strafsachen vom 11.07.1936 = RGSt 70, 241.

<sup>8</sup> Vgl. zur Rechtsprechung bis zum 11.07.1936 insbes. RGSt 43, 1 (Beschl. der Vereinigten Strafsenate vom 13.10.1909), RGSt 56, 29; RGSt 59, 429, 431; nach 1945 zunächst OGHSt 1, 277, 278 und sodann BGHSt 2, 125; BGHSt 10, 342, 343; BGHSt 22, 278, 280, BGHSt 34, 11, 12.

<sup>9</sup> Vgl. nur Beulke, Strafprozeßrecht, 9. Aufl., 2006, Rdnr. 564; Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozeß, 6. Aufl., 2001, Rdnr. 489; Engelhardt in: KK-StPO, 5. Aufl., 2003, § 271 Rdnr. 26; Fezer, NSStZ 2002, 272; Meyer-Goßner StPO, 49. Aufl., 2006, § 271 Rdnr. 26; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 49 Rdnr. 10; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., 1998, Rdnr. 241; Schlüchter/Frister in: SK-StPO, § 271 Rdnr. 26, § 274 Rdnr. 16.

<sup>10</sup> BGH, Vorlagebeschl. (Fn. 1) Tz. 35.

<sup>11</sup> BGH (Fn. 3) Tz. 17.

<sup>12</sup> BGH, *ibid.*, Tz. 19.

---

Hauptverhandlungsprotokolls schaffen beide Strafsenate<sup>13</sup> ein neues Revisionsrecht. Denn dem geltenden formalisierten Rechtsmittelverfahren der Revision liegt der Grundsatz der formellen und gerade nicht der materiellen Wahrheit zugrunde<sup>14</sup>. Dies gilt vornehmlich für die Prüfung, ob der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt prozeßordnungsgemäß festgestellt wurde oder nicht:

Nach § 352 StPO darf das Revisionsgericht das Urteil nur im Umfang der gestellten Revisionsanträge überprüfen und bei Verfahrensrügen nur insoweit, wie die den Verfahrensmangel begründenden Tatsachen bei der Anbringung der Revisionsanträge bezeichnet worden sind. Selbst wenn dem Revisionsgericht die „wahre“ Sachverhaltsgrundlage eines Verfahrensfehlers bekannt ist, beispielsweise aufgrund der identischen Rüge eines Mitbeschuldigten, nutzt ein noch so schwerwiegender und offensichtlicher Verfahrensmangel einem anderen Verurteilten nichts, wenn jener nicht rechtzeitig bzw. nicht in der vorgeschriebenen Form gerügt worden ist. Diesem revisionsrechtlichen Formalismus auf der Ebene der verfahrensrechtlichen Überprüfung des Urteils korrespondiert der Umstand, daß hier eine dem § 357 StPO entsprechende Regelung nicht Gesetz geworden ist. Selbst wenn ein absoluter Revisionsgrund zur Urteilsaufhebung zugunsten eines Angeklagten geführt hat, erstreckt sich diese Aufhebung nicht auf die Verurteilung eines Mitangeklagten, der keine Revision eingelegt oder jedenfalls keine auf diesen Verfahrensfehler bezogene Rüge erhoben hat.

Auch die absolute Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls ist Wesenselement des formalisierten Rechtsmittelverfahrens der Revision. Der Gesetzgeber der Reichsstrafprozeßordnung hat sich bei der Schaffung des § 274 StPO bewußt gegen die Möglichkeit entschieden, den Gegenbeweis gegen den Inhalt des Protokolls durch das übereinstimmende diensteidliche Zeugnis sämtlicher gegenwärtig gewesener Gerichtsmitglieder zuzulassen<sup>15</sup>. Die Bedenken gegen die Zuverlässigkeit von nachträglichen Aussagen zu Verletzungen des Verfahrensrechts, die

---

<sup>13</sup> Der 2. Strafsenat des BGH ist der Auffassung des 1. Strafsenats im Vorlagebeschl. v. 23.08.2006 ebenfalls beigetreten: BGH, Beschl. v. 03.07.2006 – 2 ARs 53/06 = NStZ-RR 2006, 275.

<sup>14</sup> Beulke, Berücksichtigungsfähigkeit von Protokollberichtigungen nach Eingang der Revisionsbegründung, in: FS für Reinhard Böttcher, 2007.

<sup>15</sup> Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, Erste Abteilung, Berlin 1880, S. 257 f (Motive des Entwurfs).

hochstandardisierte zum Alltag strafgerichtlicher Hauptverhandlung gehörende Routinevorgänge und damit Förmlichkeiten im Sinne des § 274 StPO betreffen, können ebenso gegen die Zuverlässigkeit von Nachträgen zum Sitzungsprotokoll in die Wagschale geworfen werden<sup>16</sup>. Zudem entscheidet mit dem Vorsitzenden des erkennenden Gerichts maßgeblich derjenige über eine Protokollberichtigung, der am Ausgang des Berichtigungsverfahrens ein inhaltliches Interesse hat. Denn es geht dabei letztlich um den Bestand des von ihm mit zu verantwortenden Urteils. Kann durch eine Protokollberichtigung der mögliche Erfolg einer solchen Verfahrensrüge schon im Ansatz zunichte gemacht werden, die auf die ursprüngliche Sitzungsniederschrift gestützt wurde, wird man der von dieser Möglichkeit ausgehenden Versuchung um so eher erliegen, wenn solche Verfahrensfehler gerügt werden, die dem erkennenden Gericht und insbesondere seinem Vorsitzenden üblicherweise nicht unterlaufen. Die vermeintliche Gewißheit, daß es zu dem beanstandeten Verfahrensfehler normalerweise nicht kommt, kann die subjektive Überzeugung davon begründen, daß das Hauptverhandlungsprotokoll nicht nur unrichtig sein müsse, sondern tatsächlich auch unrichtig sei. Es ist ein nachgewiesener psychologischer Mechanismus, negative Ereignisse in positive – mindestens neutrale – umzudeuten oder das als negativ erlebte Geschehen zu verdrängen<sup>17</sup>.

Es wird deshalb nur in seltenen Fällen völlig unstrittig sein, ob das tatsächliche Verfahrensgeschehen durch das ursprüngliche oder durch das berichtigte Protokoll bzw. durch den Inhalt im Wege freibeweislich eingeholter dienstlicher Erklärungen zutreffend dokumentiert ist. Was der „wahre Sachverhalt“ ist, den nach Auffassung des 1. und 3. Strafsenats das zur Wahrheit verpflichtete Revisionsgericht bei der Beurteilung von Verfahrensverstößen zugrunde zu legen habe, bleibt danach vielfach offen.

Es ist an dieser Stelle an die langjährige Forderung der Anwaltschaft zu erinnern, die Hauptverhandlung in Bild und Ton aufzuzeichnen, nicht nur um den Inhalt der Einlassung und der Aussagen des Angeklagten und von Zeugen und Sachverständigen festzuhalten, sondern auch um die Einhaltung des

---

<sup>16</sup> RGSt 43, 1, 5.

<sup>17</sup> Vgl. nur Bender/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 2. Aufl., Bd. I Rdnr. 151 f.

---

Verfahrensrechts zu dokumentieren<sup>18</sup>. Solange eine beweisfeste Rekonstruktion von Ablauf und Inhalt der Hauptverhandlung nicht möglich ist, muß es bei dem bewußt formalisiert ausgestalteten Verfahren verbleiben, mittels dessen überprüft wird, ob das dem Urteil vorausgegangene Verfahren entsprechend der Prozeßordnung durchgeführt wurde.

Grundlage hierfür ist in Bezug auf die für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten das Hauptverhandlungsprotokoll, an dessen absolute Beweiskraft sowohl der Beschwerdeführer als auch das Revisionsgericht gebunden sind. Ist ein Protokoll sachlich unrichtig, weil es einen dem Tatgericht unterlaufenen Verfahrensfehler nicht bezeugt, kann dieser grundsätzlich nicht mit Erfolg zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden. Die Fälle sind Legion, in denen sich Angeklagte im Revisionsverfahren entgegenhalten lassen müssen, die von ihnen zu wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens vorgetragene(n) Tatsach(e)n würden durch das Hauptverhandlungsprotokoll nicht bewiesen bzw. durch sein Schweigen widerlegt. Die Möglichkeit, einen Antrag auf Protokollberichtigung zu stellen, um über den vorgetragene(n) Verfahrensfehler durch das berichtigte Sitzungsprotokoll Beweis zu führen, ist in aller Regel Theorie. Daß es „kaum etwas aussichtsloseres gibt, als ein Antrag auf Berichtigung des Sitzungsprotokolls im Sinne einer geplanten oder bereits angebrachten Verfahrensbeschwerde“<sup>19</sup>, ist die Beobachtung eines Generalstaatsanwalts, die nicht nur von Verteidigern<sup>20</sup>, sondern auch von anderen Justizpraktikern geteilt wird<sup>21</sup>. Die Vorschrift des § 274 StPO würde einseitig zum Nachteil eines Beschwerdeführers wirken, wenn diesem praktisch die Möglichkeit abgeschnitten wäre, sich gegenüber einem unrichtigen Protokoll auf den wahren Sachverhalt zu berufen, während sich andererseits diejenigen von der absoluten Beweiskraft des ursprünglichen Hauptverhandlungsprotokolls nach Erhebung einer darauf gestützten Verfahrensrüge wieder lösen dürften, die mit seiner Fertigstellung die Verantwortung für seinen Inhalt

---

<sup>18</sup> Vgl. beispielsweise Strafrechtsausschuß des DAV, AnwBl. 1993, 328 („Gesetzesentwurf zur Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung in Strafsachen“); Deckers, 18. Strafverteidigertag in Hannover, 1994, in: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Köln, 1994, S. 137; zuletzt BRAK, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Effektivierung des Strafverfahrens (BTDrucks. 16/3659) Nr. 37/2006 – November 2006 – S. 8.

<sup>19</sup> Schneidewin MDR 1951, 193, 194.

<sup>20</sup> Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Rdnr. 843, 916.

<sup>21</sup> Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., 1962, S. 124; Alsberg-Nüse, Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 3. Aufl., 1967, S. 444, 451.

übernommen haben<sup>22</sup>. Obwohl ein Beschwerdeführer weder die Möglichkeit hat, vor Fertigstellung von dem Inhalt des Protokolls Kenntnis zu erhalten, noch darauf Einfluß zu nehmen, würden ihm die Folgen von Fehlern bei der Protokollerstellung überbürdet, deren Ursache nicht in seinem Verantwortungsbereich liegt.

Die Möglichkeit eines Auseinanderfallens von der durch die absolute Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls begründeten formellen Wahrheit bzgl. der Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten und der inhaltlichen Wahrheit ist allein in der nachlässigen Erstellung der Sitzungsniederschrift begründet. Die Konsequenzen von den Urkundspersonen unterlaufenen Fehlern sind deshalb alleine von der Justiz als derjenigen Instanz zu tragen, in deren ausschließlicher Zuständigkeit die Erstellung des Hauptverhandlungsprotokolls liegt<sup>23</sup>.

Demgegenüber wollen der 1. und 3. Strafsenat den Beschwerdeführer die Folgen von der Justiz anzulastenden Fehlern bei der Protokollerstellung tragen lassen, indem sie ihn bzgl. der inhaltlichen Wahrheit seines Revisionsvortrages in die Pflicht zu nehmen versuchen. Der Verteidiger ist aber nur im Rahmen seiner gegenüber dem Mandanten bestehenden Schutzaufgabe zur Wahrheit verpflichtet<sup>24</sup> und muß deshalb auch eine erfolgversprechende „unwahre“ Verfahrensrüge erheben, solange er sich innerhalb der spezifischen revisionsrechtlichen Regeln systemkonform verhält<sup>25</sup>. Es entspricht der bisherigen Rechtsprechung, daß die Verfahrensbeteiligten berechtigt sind, den vom Hauptverhandlungsprotokoll beurkundeten Sachverhalt als Grundlage für das gesamte Revisionsverfahren „von Anfang an zur Ausübung ihrer Anfechtungsbefugnisse in Anspruch zu nehmen“<sup>26</sup>. Dabei gilt der aus dem Protokoll ersichtliche Sachverhalt „kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auch dann als wahr (...), wenn durch andere Beweismittel etwas anderes erwiesen werden konnte“<sup>27</sup>. Er bildet „nach dem Gesetz ohne

---

<sup>22</sup> Siehe in diesem Sinne schon OGHSt 1, 277, 280.

<sup>23</sup> Tepperwien, Die unwahre Verfahrensrüge – unzeitgemäßer Sieg der Form? in: FS für Lutz Meyer-Goßner, 2001, S. 595, 609 f.

<sup>24</sup> Strafrechtausschuß der BRAK, Thesen zur Strafverteidigung, 1992, S.47 (These 19).

<sup>25</sup> Park, Die Beweiskraft des Protokolls und die Wahrheitspflicht der Verfahrensbeteiligten, StraFo 2004, 335, 338.

<sup>26</sup> RGSt 43, 1, 8.

<sup>27</sup> OGHSt 1, 277, 279.

---

Rücksicht auf die wirklichen Vorkommnisse in der Hauptverhandlung die Grundlage des Verfahrens“, weshalb „Staatsanwaltschaft und Angeklagte (...) Angriffe gegen das Urteil wegen Verfahrensverstößen nur auf den im Protokoll niedergelegten Sachverhalt stützen“ können<sup>28</sup>. Die Erhebung einer sog. unwahren Verfahrensrüge ist deshalb entgegen der Auffassung des 3. Strafsenats nicht rechtsmißbräuchlich.

Würde eine Protokollberichtigung zeitlich unbegrenzt auch nach Erhebung einer Verfahrensrüge für beachtlich erklärt, so bestünde schließlich die gesteigerte Gefahr, daß auf die Anfertigung der Sitzungsniederschrift noch weniger Sorgfalt verwendet wird, weil ein Versehen jederzeit richtiggestellt werden könnte<sup>29</sup>.

Sowohl der Vorlagebeschluß des 1. Strafsenats vom 23.08.2006 als auch das Urteil des 3. Strafsenats vom 11.08.2006 laufen darauf hinaus, ansonsten begründeten Verfahrensrügen den Erfolg zu versagen. Beide Entscheidungen verstärken damit die seit geraumer Zeit in der revisionsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu beobachtende Tendenz, die Möglichkeiten einer Urteilsüberprüfung mittels der Verfahrensrüge zurückzudrängen und tatgerichtliche Urteile gegen eine Aufhebung durch das Revisionsgericht zu immunisieren<sup>30</sup>. Angesichts der ohnehin schon niedrigen Erfolgsquote speziell von Verfahrensrügen und Revisionen ganz allgemein ist dies unter dem Blickwinkel einer fairen Verfahrensgestaltung ein bedenkliches Ergebnis. Läuft es doch darauf hinaus, daß das von der Strafprozeßordnung eröffnete Rechtsmittel der Revision zunehmend ineffektiv gemacht wird<sup>31</sup>.

\* \* \*

---

<sup>28</sup> BGHSt 2, 125, 126.

<sup>29</sup> So schon OGHSt 1, 277, 281; Park, StraFo 2004, 335, 341; Tepperwien, in: FS für Lutz Meyer-Goßner, 2001, S. 595, 609; Beulke in: FS für Reinhard Böttcher, 2007.

<sup>30</sup> Siehe hierzu Schlothauer, Das Revisionsrecht in der Krise? StraFo 2000, 289, 293 m. w. N.

<sup>31</sup> In seinem Beschl. v. 25.01.2005 (2 BvR 656/99 = StV 2005, 369, 372) weist der 2. Senat des BVerfG im Zusammenhang mit der Anwendung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO zutreffend darauf hin, daß der Zugang zum Revisionsgericht von Verfassungs wegen nicht in unzumutbarer Weise beschränkt werden und das Rechtsmittel der Revision nicht leerlaufen dürfe.