BGH v. 28.01.2010 - 5 StR 169/09

Leitsatz
Leitsatz:

Mangelhaft protokolliertes Selbstleseverfahren.

Gesetz(e):
StPO § 249 Abs. 2, § 274

Instanzenzug:
LG Hamburg vom 16.10.2008

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue unter Einbeziehung der durch Urteil des Landgerichts Lübeck vom 14. Dezember 2004 verhängten Einzelstrafen und Auflösung der dort gebildeten Gesamtstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Auf die Vollstreckung dieser Gesamtfreiheitsstrafe hat das Landgericht für erbrachte Bewährungsauflagen drei Monate angerechnet. Das Landgericht hat den Angeklagten ferner wegen Beihilfe zur Untreue in zwei Fällen zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung sachlichen Rechts und beanstandet das Verfahren. Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

1. Gegenstand der Verurteilung sind Kreditaufnahmen im Interesse des Angeklagten für Grundstücksgeschäfte zum Nachteil des Kreditgebers, der V. L. (Elbe) eG, im Fall 1. tateinheitlich mit einem als Betrug ausgeurteilten Verkauf eines Grundstücks. Das Landgericht hat seine Beweise in großem Umfang durch Urkunden im Selbstleseverfahren erhoben (vgl. auch Senatsbeschluss vom heutigen Tage hinsichtlich des Mitangeklagten Ba. O.). Die vom Angeklagten wegen Verletzung der § 249 Abs. 2 Satz 1 und 3, § 261 StPO erhobene Inbegriffsrüge greift hinsichtlich zahlreicher Urkunden aus der "Urkundenliste 3" durch.

2. Der Vorsitzende der Wirtschaftsstrafkammer hat in der Hauptverhandlung vom 1. Juli 2008 angeordnet, dass mit den Tatvorwürfen gegen den Angeklagten im Zusammenhang stehende 162 Urkunden der Urkundenliste 3 gemäß § 249 Abs. 2 StPO im Wege des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält keinen Eintrag über den Abschluss des Selbstleseverfahrens. Eine nach Eingang der Revisionsbegründung vom Vorsitzenden erstrebte Berichtigung des Protokolls hinsichtlich des von ihm sicher erinnerten, indes nicht protokollierten Abschlusses des Selbstleseverfahrens am 8. Juli 2008 kam nicht zustande, weil sich die Protokollführerin daran nicht mehr erinnert hat (S. 2 der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden vom 3. März 2009; Sachakte Bl. 8723).

3. Bei dieser Sachlage bleibt das unberichtigt gebliebene Protokoll für die Entscheidung des Senats maßgeblich (BGHR StPO § 249 Abs. 2 Selbstleseverfahren 2; BGH wistra 2010, 31, 32). Es ist davon auszugehen, dass nicht, wie für eine Verwertung der Urkunden gemäß § 261 StPO erforderlich, in der Hauptverhandlung festgestellt worden ist, dass Berufsrichter und Schöffen von dem Wortlaut der 162 Urkunden der Urkundenliste 3 Kenntnis genommen haben. Eine Widersprüchlichkeit des Protokolls, die gestattet hätte, hiervon nach Freibeweis abzuweichen, liegt nicht vor. Hierzu brauchte insbesondere die Revision nichts Weitergehendes vorzutragen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

a) Das vom Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs in BGHSt 51, 298 im Wege verfassungsgerichtlich gebilligter Rechtsfortbildung (BVerfG NJW 2009, 1469) eingeführte Protokoll-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

berichtigungsverfahren, das geeignet ist, einer auf den Inhalt des Protokolls gegründeten Verfahrensrüge nach Revisionseinlegung die Erfolgsaussicht zu entziehen, hätte auch die hier vom Vorsitzenden erstrebte Protokollberichtigung hinsichtlich des Abschlusses des Selbstleseverfahrens erfasst. Leitsätze und Gründe des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen und der dessen Rechtsauffassung billigende Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts enthalten keine Einschränkungen auf bestimmte Fallkonstellationen. Der Große Senat stellt vielmehr auf die Vorteile des neuen Protokollberichtigungsverfahrens ab (aaO. S. 308 Tz. 37), wozu gerade auch eine Begrenzung der bisherigen immer stärker ausgeweiteten Rechtsprechung zur Lückenhaftigkeit des Protokolls gehöre, der - jedenfalls in Grenzfällen - hinreichend klare und verlässliche Konturen fehlen (aaO. S. 313 f. Tz. 56). Ferner sei eine Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung unter dem Aspekt, die Tatgerichte zum Einhalten der Vorschriften über die Protokollführung anzuhalten, nicht geboten (aaO. S. 314 Tz. 57). Diese Erwägungen gelten ersichtlich für alle Varianten einer Protokollberichtigung. Der - nicht tragend geäußerten - Rechtsauffassung des 2. Strafsenats, eine Protokollberichtigung sei hinsichtlich des Selbstleseverfahrens gemäß § 249 Abs. 2 StPO ausgeschlossen (NJW 2009, 2836, 2837, zur Aufnahme in BGHSt bestimmt), ist lediglich zu entnehmen, dass die als Abschluss des Selbstleseverfahrens vorgeschriebene Feststellung der Kenntnisnahme vom Wortlaut der Urkunden auf diesem Wege nicht nachholbar ist. Hinsichtlich der tatsächlich erfolgten entsprechenden Feststellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, die lediglich versehentlich nicht protokolliert wurde, bleibt die Protokollberichtigung zulässig.

b) Der Senat entnimmt dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt aaO.) eine substantielle Änderung des Strafverfahrensrechts dahingehend, dass Protokollmängel in erster Linie im Protokollberichtigungsverfahren zu beseitigen sind (vgl. auch BVerfG aaO. S. 1472). So hat der Große Senat betont, dass auch die Revisionsgerichte dem Prinzip der Wahrheit verpflichtet seien und ihrer Kognition den wahren Sachverhalt zugrunde zu legen haben (aaO. S. 309 Tz. 42). Dessen Ermittlung setze besonders hohe Anforderungen an die Sorgfalt bei der hier infrage stehenden Berichtigung voraus (aaO. S. 315 Tz. 59), wobei eine rechtlich verbindliche Form der Protokollberichtigung (aaO. S. 316 f. Tz. 61 bis 65) eine zusätzliche Gewähr für die Richtigkeit der nachträglichen Änderung der Sitzungsniederschrift biete, was der Sicherung der Effektivität des Rechtsmittels der Revision diene (aaO. S. 315 Tz. 60). Grundlage der Berichtigung sei die sichere Erinnerung der Urkundspersonen (aaO. S. 316 Tz. 62; vgl. auch BVerfG aaO. S. 1471).

Aus diesen grundlegenden Erwägungen hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar nicht den Schluss gezogen, dass aus der Lückenhaftigkeit des Protokolls dessen teilweise gegebene Unverbindlichkeit - mit der Folge möglichen Freibeweisverfahrens über den Verfahrensablauf unter geringeren Anforderungen als im die Verfahrenswahrheit sichernden Protokollberichtigungsverfahren (vgl. BGH StV 2004, 297, 298 m.w.N.) - nicht weiter gefolgert werden könne (vgl. BGH GS aaO. S. 313 f. Tz. 56; BGH wistra 2010, 31, 32 und BGH, Beschluss vom 11. November 2009 - 5 StR 460/08 Tz. 6; vgl. auch BVerfG NJW 2009, 1469, 1471 f.). Indes hat der Strafkammervorsitzende hier zu Recht das Protokollberichtigungsverfahren nach Eingang einer hierauf bezogenen Revisionsbegründung durch Nachfrage bei der verantwortlichen Protokollführerin eingeleitet; es ist wegen Erinnerungsmangels dieser Urkundsperson nicht weiter durchführbar. Daneben dürfte eine offensichtliche Lückenhaftigkeit des Protokolls, die abweichende Feststellungen im Freibeweisverfahren zuließe, nunmehr lediglich in Fällen krasser Widersprüchlichkeit des Protokollinhalts in sich angenommen werden.

Die Grundlage und die Erfolgsaussicht der Verfahrensrüge des Angeklagten sind - vor der Entscheidung des Revisionsgerichts - einem neu geschaffenen Zwischenverfahren unter Beteiligung des Angeklagten überantwortet (vgl. BGH GS aaO. S. 316 f. Tz. 61 bis 65). Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob die Position des Angeklagten in diesem Verfahren durch einen die Protokollberichtigung ablehnenden Gerichtsbeschluss oder bereits dadurch bestätigt worden ist, dass - wie hier - schon die weitere Durchführung des Berichtigungsverfahrens wegen fehlender Erinne-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

rung einer Urkundsperson an den im Protokoll vermissten Verfahrensvorgang scheitert. Damit ist für das Revisionsgericht der unveränderte Protokollinhalt grundsätzlich verbindlich. Nur die Gründe einer Berichtigungsentscheidung - nicht aber deren Versagung - unterlägen im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Prüfung durch das Revisionsgericht (BGH GS aaO. S. 317 Tz. 65). Für eine weitergehende Schmälerung der Position des Angeklagten im Protokollberichtigungsverfahren besteht keine Rechtfertigung (vgl. BVerfG NJW 2009, 1469, 1470, 1472).

c) Zwar hat das Landgericht zwei von Verteidigern gestellte Beweisanträge mit Beschlüssen vom 7. August 2008 mit dem Hinweis auf die Einführung der Urkunden, deren Verlesung begehrt worden ist, zurückgewiesen. Dieser Umstand begründet im Fall gescheiterter Protokollberichtigung - wie hier - aber keine offensichtliche Lücke des Protokolls, die das Revisionsgericht berechtigt, im Freibeweisverfahren auf dienstliche Erklärungen der Berufsrichter und Schöffen hinsichtlich des Abschlusses des Selbstleseverfahrens zurückzugreifen (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2009 - 5 StR 460/08 Tz. 6 m.w.N.). Das Landgericht nimmt in den Beschlüssen nämlich nicht auf ein tatsächliches - indes nicht protokolliertes - Verfahrensgeschehen Bezug, sondern auf seine eigene Wertung, dass das Selbstleseverfahren durchgeführt worden sei. Dies beinhaltet wegen der Zweistufigkeit jenes Verfahrens aber noch keinen Hinweis im Ausmaß der Offensichtlichkeit auch auf den tatsächlich erklärten Abschluss des Selbstleseverfahrens (vgl. auch BGHR StPO § 249 Abs. 2 Selbstleseverfahren 2). Nach alledem war die Revision auch nicht etwa verpflichtet, diese Vorgänge vorzutragen (vgl. BVerfGE 112, 185, 213).

4. Auf dem zulässig gerügten Verfahrensverstoß beruht auch das angefochtene Urteil.

a) Das Landgericht hat seine Überzeugung auf Urkunden gestützt, die es - schon nach dem Inhalt des Urteils - aufgrund des Selbstleseverfahrens eingeführt hat (vgl. BGH NStZ 2004, 279). So führt das Landgericht zum Fall 2 beweiswürdigend aus: "Die Feststellungen der Kammer zum Verkauf der Grundstücke in Hannover und Ahrensburg und zu der Einbindung des Angeklagten O. in die Finanzierung W.s werden demgegenüber von den glaubhaften Angaben des Zeugen W., die durch den Inhalt von im Wege der Selbstlesung eingeführten Urkunden bestätigt werden, getragen" (UA S. 291). "... die Angaben des Zeugen W. werden durch den Inhalt der im Wege der Selbstlesung eingeführten Urkunden bestätigt. Hiernach hat der Zeuge W. den Kreditantrag bei der V. L. erst am 25.10.2004 und damit nach Abschluss des Kaufvertrages unterschrieben" (UA S. 292). "In Bezug auf den Anlass der Darlehensvereinbarung zwischen W. und dem Angeklagten im Oktober 2005 werden die Angaben W.s durch die Kontostände der GGS und O.s, die über die Selbstlesung der Kontounterlagen zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht worden sind, bestätigt. Hiernach wurde der Vertrag just in dem Moment abgeschlossen, in dem O. einen unabweisbaren Liquiditätsbedarf hatte" (UA S. 293).

b) Das Landgericht hat ferner Urkunden verwertet, zu denen es beweiswürdigend festgestellt hat, dass diese nicht im Wege des Vorhalts und der Erklärung der vernommenen Person hierzu eingeführt worden sein können (vgl. BGHR StPO § 249 Abs. 1 Verlesung, unterbliebene 1). Hierbei handelt es sich um die Urkunden Nr. 57, 58 und 96 der Urkundenliste Nr. 3, die die Kontenentwicklungen des Mitangeklagten P. und des Grundstückskäufers B. - den Fall 1 betreffend - zum Gegenstand haben. Das Landgericht hat hierzu im Zusammenhang mit einer Täuschungshandlung zum Nachteil B.s ausgeführt: "... Hinsichtlich der tatsächlich erzielten monatlichen Einnahmen aus den erworbenen Grundstücken hat der Angeklagte P. zunächst ohne nähere Erläuterung lediglich pauschal angegeben, diese hätten tatsächlich bei 15.000 € gelegen und dementsprechend die monatliche Belastung aus der Darlehensaufnahme abgedeckt. Auf Vorhalt der Kontounterlagen P.s und B.s, denen zufolge keine entsprechenden Einnahmen erzielt wurden und P. stattdessen monatlich 7.500 €, die aus anderen Quellen stammten, an B. überwies, hat der Angeklagte P. erklärt, hierüber nichts zu wissen. Nach kurzer Überlegung hat er dann ergänzt, er habe hinsichtlich der Mieteinnahmen einfach 'keine Erinnerung mehr'" (UA S. 274). "Dafür, dass B.s Irrtum über die Ertragskraft des Grundstücks durch die geschilderten Äußerungen P.s verursacht wurde, spricht auch,

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

dass P. zunächst auch in seiner Einlassung behauptet hat, aus dem Grundstück tatsächliche monatliche Einnahmen in Höhe von 15.000 € erzielt zu haben. Erst auf Vorhalt der entgegenstehenden Kontounterlagen hat der Angeklagte dann wenig überzeugend erklärt, doch keine genaue Erinnerung mehr zu haben. Dafür, dass P. zumindest nach dem Kaufvertragsschluss sehr wohl noch in Erinnerung hatte, den Geschädigten B. mit angeblich zu erzielenden Einnahmen in Höhe von 15.000 € in die Irre geführt zu haben, sprechen vor allem auch seine in der Folge des Vertragsschlusses vorgenommenen monatlichen Überweisungen in Höhe von jeweils 7.500 €, durch die bei B. die Fehlvorstellung erzeugt wurde, alles sei in Ordnung" (UA S. 286).

Gleiches gilt für einen Kreditantrag des Zeugen B. vom 11. November 2004 (Urkunde Nr. 99). Hierzu hat das Landgericht ausgeführt: "Gegen die Glaubhaftigkeit der entscheidenden Angaben B.s sprach auch nicht, dass er nach Unterzeichnung des notariellen Kaufvertrages am 01.11.2004 an der weiteren Durchführung des Kaufvertrages mitwirkte, insbesondere, indem er am 11.11.2004 zu einem Banktermin bei der V. L. erschien, um einen Kreditantrag zu unterzeichnen, und indem er darüber hinaus auch einer späteren Änderung des notariellen Vertrages im Hinblick auf die Übernahme von Grundpfandrechten zustimmte. Zwar hat der Zeuge B. auf den Vorhalt dieses Verhaltens nach Ansicht der Kammer wenig überzeugend und ausweichend geantwortet. Hinsichtlich seiner Unterschrift bei der Bank hat er ohne weitere Begründung erklärt, seiner Ansicht nach noch keinen verbindlichen Kreditantrag gestellt zu haben. Zur Änderung des notariellen Vertrages hat er monoton geäußert, er habe zugestimmt, um seine Ruhe zu haben" (UA S. 288).

Hinsichtlich der Bewilligung und Valutierung einer Grundschuld über 2 Mio. € hat das Landgericht (UA S. 138, 141 und 184) einen Vermögensnachteil der Kreditgeberin betreffende Wertungen getroffen und hierzu (UA S. 275) beweiswürdigend ausgeführt: "O.s Behauptung, er sei hinsichtlich des P.-Kredites von Beginn an von einer ordnungsgemäßen Sicherung ausgegangen, lässt sich nicht mit den von ihm nicht in Abrede genommenen objektiven Umständen vereinbaren, wonach die Bewilligung der Grundschuld in Höhe von 2 Mio. € auf dem Grundstück Hannover-Ahlem durch die P. (August 2004) erst nach Beginn der Valutierung (Juli 2004) erfolgte, bzw. der Antrag auf Eintragung der Grundschuld sogar erst drei Monate danach gestellt wurde und keine Sicherungszweckerklärung in Bezug auf den P.-Kredit vorlag. Der Angeklagte hat hierzu gar keine Stellung genommen und sich stereotyp darauf zurückgezogen, als Kreditnehmer sei die Besicherung letztlich nicht seine Sache gewesen". Hieraus folgt, dass weder P. noch der Angeklagte insoweit Erklärungen abgegeben haben.

c) Durch den Revisionsvortrag (Schriftsatz des Verteidigers Rechtsanwalt L. S. 183 bis 218) ist ferner bewiesen, dass im Fall 3 die Unterzeichnung eines vorausgefüllten Überweisungsformulars über die volle Kreditsumme in Höhe von 800.000 € durch N. nur durch Verwertung dieser Urkunde belegt sein kann. Die hierzu in der Hauptverhandlung - übereinstimmend nach Revisionsvortrag und Urteil - vernommene Verhörsperson konnte Gegenteiliges nicht bekundet haben, weil N. in jener Vernehmung keine Erinnerung an die Höhe des überwiesenen Betrages hatte. Das Landgericht hat hierzu ausgeführt: "Neben der Unterzeichnung des Kreditantrags leistete N. auf Geheiß O.s am 14.03.2005 noch eine zweite Unterschrift, die für das Gelingen von O.s Plan von entscheidender Bedeutung war: N. unterschrieb ein vorausgefülltes Überweisungsformular über die volle Kreditsumme in Höhe von 800.000 €, demzufolge die V. L. angewiesen wurde, den Geldbetrag - im Widerspruch zu den im Kaufvertrag vereinbarten Modalitäten - direkt auf das bei der V. L. eingerichtete Konto der A. O. zu transferieren" (UA S. 198).

d) Das Landgericht hat zur Bonität des Angeklagten, der von ihm beherrschten Gesellschaften G. und P. und zur Einkommenssituation des Angeklagten Feststellungen getroffen und hierbei auf den Einkommensteuerbescheid 1998, der einer "näheren Analyse" unterzogen worden sei (UA S. 114), abgestellt und ferner auf - wie die Revision vorträgt - umfassende Einkommensteuererklärungen (UA S. 136). Die Vermögenslage der Gesellschaften des Angeklagten wird hinsichtlich zahlreicher Einzelheiten "ausweislich" deren Jahresabschlüsse für die Jahre 2002 und 2003 dargestellt

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

(UA S. 136 f.). Diese komplexen Urkunden sind schon - jenseits des Revisionsvortrags, dass sie niemandem vorgehalten worden seien - für eine Einführung in die Hauptverhandlung durch Erklärung auf einen Vorhalt ungeeignet (vgl. BGHR StPO § 249 Abs. 2 Selbstleseverfahren 2 m.w.N.).

e) Das Landgericht hat schließlich auch in seiner Gesamtwürdigung dem Urkundenbeweis einen hohen Wert zugemessen (UA S. 302). Der Senat sieht sich deshalb - im Gegensatz zur Auffassung des Generalbundesanwalts - gehindert, ein Beruhen des Urteils auf - weitgehend dem Urteil selbst zu entnehmenden - Schlüssen aus Urkunden auszuschließen, deren Einführung in die Hauptverhandlung an verfahrensrechtlichen Defiziten krankte (vgl. BGH NJW 2009, 2836, 2837).

Auf diese Entscheidung wird Bezug genommen in folgenden Gerichtsentscheidungen:
BGH 7.9.2016 - 2 StR 71/16
BGH 4.9.2013 - 5 StR 306/13
BGH 28.11.2012 - 5 StR 412/12
BGH 14.9.2010 - 3 StR 131/10
BGH 20.7.2010 - 3 StR 76/10

Fundstelle(n):
NJW 2010 S. 2068 Nr. 28
wistra 2010 S. 188 Nr. 5
[MAAAD-38110]

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.