

## **Strafprozessrecht**

### ***Aktuelle examensrelevante Entscheidungen (klausurrelevante Auszüge)***

#### **BGH 2 StR 457/05**

#### **Beschluss vom 16. November 2005**

**Nichtvereidigung (wesentliche Förmlichkeit);  
Antrag auf Vereidigung;**

**§ 273 StPO; § 274 StPO; § 59 StPO**

***Eine ausdrückliche Entscheidung, einen Zeugen nicht zu vereidigen, ist nach der Änderung des gesetzlichen Regel-/ Ausnahme-Verhältnisses in § 59 Abs. 1 Satz 1 StPO nur dann zu treffen und in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter einen Antrag auf Vereidigung gestellt hat.***

#### **1.**

Das Landgericht hatte, wie durch das Hauptverhandlungsprotokoll bewiesen, jedenfalls in acht Fällen in der Hauptverhandlung vernommene Zeugen entlassen, ohne ausdrücklich über eine Vereidigung gemäß § 59 Abs. 1 StPO zu entscheiden. Entgegen der Ansicht der Revision war dies aber nicht rechtsfehlerhaft.

***§ 59 Abs. 1 StPO in der Fassung durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz vom 28. August 2004 (BGBl. I 2198) hat das frühere gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt und schreibt eine ausdrückliche Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen nur noch in den dort genannten Ausnahmefällen vor.<sup>1</sup>***

<sup>1</sup> Soweit in Entscheidungen des 1. Strafsenats (Beschl. vom 15. Februar 2005 - 1 StR 584/04, StraFo 2005, 244) und des 3. Strafsenats (Beschl. vom 20. Januar 2005 - 3 StR 455/04, NStZ 2005, 340; ebenso Schuster

Nach dem im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck gekommenen Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 59 Abs. 1 Satz 1 StPO und nach dem Sinn der Gesetzesänderung ***ist, wenn ein Antrag eines Verfahrensbeteiligten auf Vereidigung des Zeugen nicht gestellt ist, nur eine positive Entscheidung, ein Zeuge sei aus den in § 59 Abs. 1 Satz 1 aufgeführten Ausnahmegründen zu vereidigen, ausdrücklich zu treffen und daher zu protokollieren.*** Die Feststellung, dass eine solche Ausnahme nicht vorliegt, bedarf nach allgemeinen Grundsätzen ebenso wenig einer ausdrücklichen Entscheidung wie die Feststellung, dass andere Abweichungen vom gesetzlich regelmäßigen Verfahrensgang nicht vorliegen.<sup>2</sup>

Nach dem klaren Wortlaut des § 59 Abs. 1 StPO ist die Nichtvereidigung von Zeugen die Regel. Einer ausdrücklichen gerichtlichen Entscheidung bedarf nach allgemeinen Grundsätzen nicht die Absicht, einer gesetzlichen Regel zu folgen, sondern allein die Absicht, von ihr abzuweichen. Daher ist einer im Hauptverhandlungsprotokoll vermerkten Entlassungsverfügung zu entnehmen, das Gericht (bzw. der Vorsitzende) habe die Voraussetzungen, vom regelmäßigen Verfahrensgang abzuweichen, nicht als gegeben angesehen. Dies bedarf keiner förmlichen Entscheidung und ist deshalb auch keine wesentliche Förmlichkeit im Sinne von §§ 273 Abs. 1, 274 Satz 1 StPO. Eine ***negative Entscheidung über die Vereidigung ist vielmehr nur dann zu treffen und zu protokollieren, wenn ein Verfahrensbeteiligter einen Antrag auf Vereidigung des Zeugen gestellt hat.***<sup>3</sup>

## 2.

Dem stehen auch Anforderungen des Revisionsverfahrens hinsichtlich der Zulässigkeit einer auf die Nichtbeachtung des § 59 StPO gestützten Verfahrensrüge nicht entgegen. Zwar hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Rüge, die Vereidigung eines Zeugen sei rechtsfehlerhaft unterlassen worden, auch ohne vorherige

---

StV 2005, 628, 629) die - die jeweilige Entscheidung nicht tragende - Ansicht vertreten wurde, § 59 Abs. 1 StPO verlange auch dann regelmäßig eine ausdrückliche Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen, wenn diese nicht für notwendig gehalten wird, und diese - positive oder negative - Entscheidung sei stets als wesentliche Förmlichkeit in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen, teilte der Senat vorliegend diese Rechtsansicht nicht (vgl. schon Senatsbeschluss vom 17. August 2005 - 2 StR 284/05).

<sup>2</sup> Dem anders lautenden Hinweis in der Begründung des Gesetzentwurfs des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes (BTDrucks. 15/1508, S. 23), auf welchen sich die gegenteilige Ansicht stützt (vgl. BGH StraFo 2005, 244), will der Senat nicht folgen.

<sup>3</sup> § 48 OWiG und die dazu ergangene Rechtsprechung stehen dem nicht entgegen. Nach § 48 OWiG müssen die Gründe für ein Absehen von der Vereidigung nicht in das Protokoll der Hauptverhandlung aufgenommen werden. Diese Regelung, aus welcher geschlossen werden könnte, jedenfalls die Tatsache der Nichtvereidigung sei zu protokollieren, ist in § 59 Abs. 1 Satz 2 StPO gerade nicht übernommen worden.

Anrufung des Gerichts (§ 238 Abs. 2 StPO) zulässig ist, wenn der Vorsitzende eine Entscheidung über die Vereidigung nicht getroffen hat.<sup>4</sup> Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht ohne weiteres fortgeschrieben werden, nachdem das Gesetz geändert und das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 59 StPO gegenüber der früheren Rechtslage gerade umgekehrt wurde. Die Zulässigkeit der Rüge, der Vorsitzende habe rechtsfehlerhaft einen Ausnahmefall im Sinne des § 59 Satz 1 StPO nicht erkannt und eine Vereidigungsentscheidung nicht getroffen, wird daher nunmehr regelmäßig voraussetzen, dass in der Hauptverhandlung ein entsprechender Antrag gestellt wurde.

---

## **BGH 1 StR 447/05** **Beschluss vom 9. November 2005**

**Widerspruchslösung;**

**§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO**

***Der in der ersten Hauptverhandlung unterlassene oder verspätete Widerspruch wegen Verletzung der §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO oder sonstiger Belehrungspflichten nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens kann nach Zurückweisung der Sache durch das Revisionsgericht in der neuen Hauptverhandlung nicht mehr geltend gemacht werden.***

---

<sup>4</sup> BGHSt 1, 269, 273; BGH NJW 1986, 1999, 2000; BGH NSTz 1984, 371; 1987, 374; vgl. Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 59 Rdn. 13 m.w.N.

**Generell ist der Verwertung einer Aussage, die unter Verstoß gegen die Verfahrensgrundsätze der §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO (Schweigerecht sowie Recht zur Verteidigerkonsultation) oder sonstige Belehrungspflichten aus dem Grundsatz des fairen Verfahren nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG im Ermittlungsverfahren erlangt worden ist, bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen.<sup>5</sup>**

## 1.

Generell ist der **Verwertung einer Aussage, die unter Verstoß gegen die Verfahrensgrundsätze der §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO** (Schweigerecht sowie Recht zur Verteidigerkonsultation) oder sonstige Belehrungspflichten aus dem Grundsatz des fairen Verfahren nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG im Ermittlungsverfahren **erlangt worden ist, bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen.**<sup>6</sup>

## 2.

Die Frage, ob der unterlassene oder verspätete **Widerspruch in der ersten Hauptverhandlung nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht in der neuen Hauptverhandlung** nicht mehr geltend gemacht werden kann,<sup>7</sup> war, soweit ersichtlich, durch den Bundesgerichtshof noch nicht entschieden.

Der Senat teilt nun die Auffassung, dass **in einem solchen Fall die Rüge präkludiert** ist. Die Nichtausübung des Widerspruchsrechts innerhalb der Frist führt in den genannten Fällen zum endgültigen Rechtsverlust. Dies ergibt sich daraus, dass es sich um ein **prozessuales Gestaltungsrecht handelt, das nicht auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt beschränkt ist**. Das Ermittlungsverfahren bildet die Grundlage für das gesamte folgende gerichtliche Verfahren, auch nach Aufhebung des ersten Urteils und Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht. Der Angeklagte muss sich an einer nicht widersprochenen Einlassung aus dem Ermittlungsverfahren festhalten lassen. Deren

<sup>5</sup> vgl. zur Widerspruchslösung BGHSt 38, 214; 42, 15, 22; BGH NSTz 1997, 502.

<sup>6</sup> BGHSt 38, 214; 42, 15, 22; BGH NSTz 1997, 502.

<sup>7</sup> so BayObLG NSTz 1997, 99; OLG Celle StV 1997, 68; OLG Oldenburg StV 1996, 416; Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 136 Rdn. 25; Boujong in KK StPO 5. Aufl. § 136 Rdn. 28; ebenso für das Berufungsverfahren OLG Stuttgart NSTz 1997, 405.

Bestand kann nicht seiner Dispositionsfreiheit unterliegen, was schon im Fall einer Teilaufhebung des ersten Urteils deutlich wird.

Der Angeklagte hatte sich vorliegend in der neuen Hauptverhandlung mit einem neuen Verteidiger einer anderen Verteidigungsstrategie bedient und sich nicht nur abweichend zur früheren Hauptverhandlung, sondern auch in der neuen Hauptverhandlung wechselnd eingelassen. Dies zeigt bereits die Notwendigkeit der Bindungswirkung an eine einmal getroffene Entscheidung bzw. an den eingetretenen Rechtszustand.

Es entspricht der besonderen Verantwortung eines Verteidigers und seiner Fähigkeit, Mängel beim Zustandekommen einer Einlassung im Ermittlungsverfahren aufzudecken und zu erkennen, ob die Berufung auf ein etwa daraus resultierendes Verwertungsverbot einer sinnvollen Verteidigung dient.<sup>8</sup> Deshalb wird der Angeklagte durch die Bindung an die Verwertbarkeit seiner unwidersprochen eingeführten und berücksichtigten Angaben aus dem Ermittlungsverfahren in seinen Verteidigungsrechten nicht beschränkt.

---

## **BGH 1 StR 386/05** **Beschluss vom 13. Oktober 2005**

**Änderung des anwendbaren Strafgesetzes;  
negative Beweiskraft des Protokolls;  
Protokollberichtigung;  
wesentliche Verfahrensförmlichkeit;**

**§ 265 StPO; § 274 StPO**

***Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>9</sup> ist eine Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls vom Revisionsgericht nicht zu berücksichtigen, wenn sie erst nach erhobener Verfahrensrüge vorgenommen wurde und dieser die Grundlage entzieht.***

---

<sup>8</sup> vgl. BGHSt 38, 214, 226.

<sup>9</sup> seit BGHSt 2, 125.

**Der 1. Strafsenat neigt nun der Auffassung des 2. Strafsenats zu, welcher neuerdings der Rechtsauffassung zuneigt, dass ein ordnungsgemäß berichtigtes Protokoll bei der Frage, ob ein behaupteter Verfahrensfehler tatsächlich vorliegt, auch dann berücksichtigt werden kann, wenn dadurch einer vor der Berichtigung erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen wird.<sup>10</sup>**

**Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt die Beweiskraft des § 274 Satz 1 StPO nicht, wenn das Protokoll Fehler hat, welche die Eindeutigkeit seines Inhalts in Frage stellen. Das ist namentlich der Fall, wenn es Widersprüche, Lücken oder sonstige offensichtliche Mängel, insbesondere Unklarheiten enthält. Entfaltet das Protokoll keine Beweiskraft, hat das Revisionsgericht im Freibeweisverfahren den Sachverhalt zu ermitteln.**

**Ein Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 oder (hier) Abs. 2 StPO ist eine wesentliche Verfahrensförmlichkeit. Dabei ist jedenfalls die Bestimmung in ihrer ziffernmäßigen gesetzlichen Bezeichnung im Protokoll aufzuführen.**

## **1.**

Nach Eingang der Revisionsbegründung wurde vorliegend das Hauptverhandlungsprotokoll ordnungsgemäß dahin berichtigt, dass bisher weder § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB genannt und verlesen noch § 177 Abs. 1 Nr. 2 StPO erläutert wurde, sondern dass § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB genannt, verlesen und erläutert wurde. Die Verteidigung, der diese Protokollberichtigung bekannt gemacht wurde, hat hierzu keine Erklärung abgegeben.

<sup>10</sup> StV 2005, 256, 257 m. w. N.

## 2.

Ein **Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 oder (hier) Abs. 2 StPO ist eine wesentliche Verfahrensförmlichkeit**. Dabei ist jedenfalls die Bestimmung in ihrer ziffernmäßigen gesetzlichen Bezeichnung im Protokoll aufzuführen, inwieweit dies auch für tatsächliche Erläuterungen (vorliegend dass ein Kabelbinder das Werkzeug gewesen sein könnten) gilt, konnte vorliegend dahinstehen, weil eine entsprechende Protokollierung erfolgt ist.<sup>11</sup>

## 3.

Nach der **bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>12</sup> eine Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls vom Revisionsgericht nicht zu berücksichtigen, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, erst nach erhobener Verfahrensrüge (vgl. § 344 Abs. 2 Satz 2) vorgenommen wurde und dieser die Grundlage entzieht**. Allerdings hat nunmehr der **2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit gewichtigen Gründen Bedenken** gegen diese Rechtsauffassung erhoben; er neigt neuerdings zu der Auffassung, dass ein ordnungsgemäß berichtigtes Protokoll bei der Frage, ob ein behaupteter Verfahrensfehler tatsächlich vorliegt, auch dann berücksichtigt werden kann, wenn dadurch einer vor der Berichtigung erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen wird.<sup>13</sup>

Der **1. Senat neigt nun mit der vorliegenden Entscheidung dieser Auffassung ebenfalls zu**. Er hält es nicht für eine ungerechte Benachteiligung eines Beschwerdeführers, wenn er nicht "gegen eine nachträgliche Beseitigung" eines "aus dem Protokoll ersichtlichen - in Wirklichkeit nicht vorliegenden - Mangel( s)... durch Protokollberichtigung gesichert"<sup>14</sup> ist. Die Aufhebung eines Urteils und die damit verbundene Zurückverweisung einer Sache führen notwendig zu einer, erfahrungsgemäß oft erheblichen, Verzögerung des Verfahrensabschlusses. Dies mit allen Konsequenzen hinzunehmen kann schwerlich geboten sein, wenn die Aufhebung allein darauf beruht, dass das Revisionsgericht aus Gründen, die sich jedenfalls nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben, einen formalen Fehler fingieren muss, der zu seiner Überzeugung in Wahrheit nicht vorliegt. Soweit schließlich bei der Bewertung einer nachträglichen Protokollberichtigung "ein gewisses Misstrauen gegen die Red-

<sup>11</sup> vgl. zusammenfassend Meyer-Goßner StPO 48. Aufl. § 265 Rdn. 33; Hänlein/Moos, NStZ 1990, 481, 482 jew. m. Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>12</sup> seit BGHSt 2, 125; w. N. b. Schäfer in FS 50 Jahre BGH 707, 716 f. in Fußn. 62 bis 64.

<sup>13</sup> StV 2005, 256, 257 m. w. N.

<sup>14</sup> so BGHSt 2, 125, 127.

lichkeit der Urkundspersonen spürbar"<sup>15</sup> wird, gibt es jedenfalls nach den Erfahrungen des Senats keine Anhaltspunkte, die dies rechtfertigen würden.<sup>16</sup>

#### 4.

Einer abschließenden Entscheidung bedurfte es vorliegend aber nicht. ***Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt die Beweiswirkung des § 274 Satz 1 StPO nicht, wenn das Protokoll Fehler hat, welche die Eindeutigkeit seines Inhalts in Frage stellen.*** Das ist namentlich der Fall, wenn es Widersprüche, Lücken oder sonstige offensichtliche Mängel, insbesondere Unklarheiten enthält.<sup>17</sup>

So verhielt es sich hier. Ein Hinweis, wonach auch eine Verurteilung wegen einer bereits in der Anklage aufgeführten Norm in Betracht käme, ist weder rechtlich geboten noch ergibt er einen erkennbaren Sinn. Eine Erläuterung, was ein Werkzeug im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StPO ist - § 177 StPO betrifft Kosten des Klageerzwingungsverfahrens und besteht nur aus einem nicht untergliederten Satz - wäre nicht nachvollziehbar. Entfaltet das Protokoll aber keine Beweiskraft, hat das Revisionsgericht im Freibeweisverfahren den Sachverhalt zu ermitteln. Die inhaltlich von der Revision nicht bestrittene Protokollberichtigung ergibt, dass entgegen der Behauptung der Revision § 265 Abs. 2 StPO im Blick auf § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht verletzt wurde.

---

<sup>15</sup> Schäfer aaO 717.

<sup>16</sup> vgl. demgegenüber z. B. BGH StV 1988, 45, wo der Vorsitzende in einer dienstlichen Erklärung zum Revisionsvorbringen dieses bestätigte, sich damit vom Protokollinhalt distanzierte und so den Erfolg einer Verfahrensrüge erst ermöglichte.

<sup>17</sup> vgl. zusammenfassend Schäfer aaO 712; Meyer-Goßner StPO 48. Aufl. § 274 Rdn. 17 jew. m.N.