

Entscheidungsanmerkungen

Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Alexander Sättele, Berlin

Zur Inbegriffsrüge bei fehlerhafter Anordnung und fehlerhaftem Abschluss des Selbstleseverfahrens – ein kurzer Beitrag zu BGH NJW 2010, 3382

Die Beweisaufnahme in Wirtschaftsstrafsachen wird zumeist von Urkunden dominiert. Fast zwangsläufig kommt dem sog. Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO in diesen Verfahren deshalb besondere Bedeutung zu¹, wobei es jedoch erhebliche regionale Unterschiede zu geben scheint. Während eine Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Berlin 2009 in einem Umfangsverfahren sämtliche 300 in der Anklageschrift aufgeführten Urkunden auf diesem Weg zum Gegenstand der Beweisaufnahme machte, wird in Bremen von der Durchführung des Selbstleseverfahrens weitgehend abgesehen, weil der Justizhaushalt nicht genügend Mittel für die Anfertigung der erforderlichen Kopien zur Verfügung stellt². Von der letztgenannten Ausnahm einmal abgesehen, ist das Selbstleseverfahren ein fester Bestandteil der Beweisaufnahme vor den Wirtschaftsstrafkammern bzw. Abteilungen für Wirtschaftsstrafsachen³.

Obwohl gute Gründe für eine zurückhaltende Anordnungspraxis und gegen eine wahllose Einbeziehung entscheidungserheblicher Urkunden in das Selbstleseverfahren sprechen⁴, scheinen Auseinandersetzungen über die Grenzen des § 249 Abs. 2 StPO⁵ im Gerichtssaal nur selten stattzufinden. *Hamm*⁶ hat vermutlich recht, wenn der konstatiert, dass „mancher Richter, Staatsanwalt und Verteidiger das Einsparen von tagelangen ermüdenden Verlesungen als Erleichterung empfinden mag“, insbesondere dann, wenn es sich – wie häufig in Wirtschaftsstrafsachen – um Bilanzen, Prüfberichte oder Kontostaffeln handelt. Etwaige Auseinandersetzungen über die Durchführung bzw. den Umfang des Selbstleseverfahrens finden jedenfalls keinen Eingang in die Entscheidungen der Revisionsgerichte⁷. Diese müssen sich dafür immer wieder mit einem eher formal wirkenden Aspekt des Selbstleseverfahrens beschäftigen, nämlich mit der fehlenden oder fehlerhaften Protokollierung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO. Hiernach sind die Anordnung des Selbstleseverfahrens durch den Vorsitzenden, ein etwaiger Widerspruch gegen diese Anordnung nach § 249 Abs. 2 S. 2 StPO sowie die Feststellung, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstücks Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten Gelegenheit hierzu hatten, in das Protokoll aufzunehmen. Der Nachweis, dass diese Förmlichkeiten eingehalten wurden, kann somit nur durch das Protokoll erbracht werden, § 274 S. 1 StPO. Sind die Anord-

¹ S. hierzu LR²⁶/Mosbacher, § 249 Rn. 54.

² Hierüber berichtete Reinhold Schlothauer anlässlich der WisteV-Veranstaltung zu überlangen Verfahrensdauern in Wirtschaftsstrafsachen am 9.2.2012 in Berlin.

³ In jedem Wirtschaftsstrafverfahren, in dem der Verf. seit 2005 vor dem Land- bzw. Schöffengericht verteidigte, wurde ein Selbstleseverfahren durchgeführt.

⁴ Dazu schon Kempf, StV 1987, 215, 221f.; s.a. Dahs, NJW 1995, 553, 555f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. A. 2011, Rn. 2036.

⁵ Zu den Grenzen des Selbstleseverfahrens Knierim/Rettenmaier, StV 2006, 155.

⁶ Die Revision in Strafsachen, 7. A. 2010, Rn. 865.

⁷ Da nach h.M. dem Vorsitzenden bei der Entscheidung, ob und ggf. in welchem Umfang er das Selbstleseverfahren anordnet, ein weiter Ermessensspielraum zusteht, hat die Rüge, die Anordnung verletze die Grenzen des § 249 Abs. 2 StPO, kaum Aussicht auf Erfolg. Sie wird zumeist an der Frage, ob das Urteil auf dieser Rechtsverletzung beruht, scheitern – dazu LR²⁶/Mosbacher, § 249 Rn. 110.

nung des Selbstleseverfahrens, ein etwaiger Widerspruch hiergegen oder die Feststellung über die Kenntnisnahme nicht protokolliert, so gelten sie als nicht geschehen⁸.

Aus diesem Grund gibt das Selbstleseverfahren immer wieder Anlass zu verfahrensrechtlichen Beanstandungen in der Revision, namentlich dann, wenn im Protokoll die Feststellung, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstücks Kenntnis genommen haben, nicht vermerkt ist⁹. Der BGH hob in solchen Fällen bereits mehrfach Urteile auf eine entsprechende Inbegriffsrüge (Verletzung des § 261 StPO)¹⁰ hin auf (dazu sogleich). Die Inbegriffsrüge hat aber auch dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Anordnung des Vorsitzenden, das Selbstleseverfahren durchzuführen, nicht oder nicht vollständig im Protokoll vermerkt wird. Ersteres dürfte nur selten geschehen und ließe sich zudem durch eine – auch nachträgliche – Protokollberichtigung aus der Welt schaffen¹¹, falls die beiden Urkundspersonen eine sichere Erinnerung daran haben¹², dass der Vorsitzende das Selbstleseverfahren anordnete, was schon deshalb regelmäßig der Fall sein dürfte, weil der Vorsitzende selbst eine der beiden Urkundspersonen ist. Eine unvollständige Protokollierung kann bspw. dann vorliegen, wenn das Urteil auf dem Inhalt einer Urkunde beruht, die in der zu Protokoll genommenen Aufstellung der in das Selbstleseverfahren aufzunehmenden Urkunden, auf die der Vorsitzende bei seiner Anordnung Bezug genommen hat¹³, versehentlich nicht mit aufgeführt wird. Damit fehlt im Protokoll die nach § 273 Abs. 1 S. 1 StPO erforderliche Bezeichnung dieses Schriftstücks. Die Durchführung des Selbstleseverfahrens gilt insoweit als nicht geschehen, mit der Folge, dass der Inhalt der Urkunde nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehört, sofern er nicht durch ein anderes Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt wurde¹⁴. In diesem Fall wird eine nachträgliche Protokollberichtigung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, weil eine sichere Erinnerung der Urkundspersonen an die Einbeziehung einer weiteren Urkunde, die in der Aufstellung nicht aufgeführt wird, wenig plausibel erscheint. In einem solchen Fall wäre die Aufstellung höchstwahrscheinlich unverzüglich ergänzt worden. Seltsamerweise hatte der BGH – soweit ersichtlich – bislang über eine solche (nicht völlig fernliegend erscheinende) Fallgestaltung nicht zu entscheiden.

Die Inbegriffsrüge hat auch dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Feststellung, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde Kenntnis genommen haben, nicht oder nicht § 249 Abs. 2 S. 1 u. 3 StPO entsprechend im Protokoll vermerkt wurde. Soweit ersichtlich, hat erstmals der 1. Strafsenat am 21.9.1999 über einen Fall entschieden, in dem die entsprechende Feststellung völlig fehlte¹⁵. Hier griff die Inbegriffsrüge des Angeklagten durch. Den Entscheidungsgründen ist allerdings lediglich zu entnehmen, dass in der geltend gemachten „*Missachtung wesentlicher Förmlichkeit des Selbstleseverfahrens*“ ein Verstoß gegen § 261 StPO liege, der auch durch die Erklärung des Strafkammervorsitzenden, alle Richter und Schöffen hätten versichert, von dem Inhalt zweier Urteile, die nach § 249 Abs. 2 StPO Gegenstand der Beweisaufnahme werden sollten, Kenntnis genommen zu haben, nicht geheilt werden könne. Eine eingehende Begründung für diese Auffassung enthält der Beschluss jedoch nicht.

Diese lieferte der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 7.7.2004 nach¹⁶. In diesem Fall war im Protokoll lediglich vermerkt, dass die Berufsrichter vom Wortlaut zweier Jahresabschlüsse einer GmbH Kenntnis genommen hatten; ein entsprechender Eintrag für die Schöffen fehlte. Der Senat hob das Urteil des Landgerichts auf die Inbegriffsrüge des Angeklagten hin auf. Bei der Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO handele es sich um eine wesentliche Förmlichkeit i.S.d. § 273 StPO, die eine Differenzierung zwischen (Berufs-) Richtern und Schöffen nicht zulasse. Fehlt diese Feststellung, so sei aufgrund der negativen Beweiskraft

⁸ Vgl. Meyer-Goßner, StPO⁵⁴, § 274 Rn. 14 m.N.

⁹ Der Verteidiger kann eine auf das Protokoll gestützte Inbegriffsrüge auch dann gefahrlos erheben, wenn er positiv weiß, dass die zu beurkundende Förmlichkeit tatsächlich eingehalten wurde und die Protokollierung nur aus Versehen unterblieben ist. Dieses Verteidigungsverhalten ist zwar nach Auffassung des BGH missbräuchlich (BGHSt 51, 88, 93), aber nicht strafbar (LG Augsburg NJW 2012, 93, 94).

¹⁰ Näheres zur sog. Inbegriffsrüge bei Hamm, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 931ff.; Schlothauer/Weider, Verteidigung im Revisionsverfahren, Rn. 1768ff.

¹¹ Vgl. dazu BGHSt 51, 298 (Rügeverkümmern).

¹² Vgl. BGH, a.a.O., S. 314; s.a. NStZ 2010, 403, 404.

¹³ Zu dieser Vorgehensweise LR²⁶/Mosbacher, § 249 Rn. 64.

¹⁴ Vgl. BGH NStZ 2001, 161; LR²⁶/Mosbacher, § 249 Rn. 108.

¹⁵ NStZ 2000, 47.

¹⁶ NStZ 2005, 160.

des Protokolls davon auszugehen, dass die Schöffen die in Rede stehenden Beweismittel nicht zur Kenntnis genommen hätten mit der Folge, dass diese nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehörten. Wegen § 274 StPO sei es dem Revisionsgericht insoweit auch verwehrt, freibeweislich nachzuforschen, ob die Kenntnisnahme tatsächlich unterblieben sei oder nicht¹⁷. Wird eine Urkunde, die nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehört, vom Gericht ausweislich der Urteilsgründe zur Überzeugungsbildung herangezogen, so liege hierin ein Verstoß gegen § 261 StPO.

Dieser Auffassung scheint sich auch der 2. Strafsenat in seinem Beschluss vom 8.7.2009¹⁸ angeschlossen zu haben, der auf die Entscheidungen des 1. und 5. Strafsenats ausdrücklich Bezug nimmt. Bei genauerer Betrachtung fällt allerdings auf, dass er an einem wesentlichen Punkt von der Begründung des 5. Strafsenats abweicht und dadurch die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 20.7.2010¹⁹ maßgeblich vorbereitet. Vordergründig geht es dabei um die Frage, unter welchen Voraussetzungen in dem zu entscheidenden Fall eine nachträgliche Berichtigung des Protokolls und damit eine der Verkümmern der vom Revisionsführer erhobenen Verfahrensrüge möglich gewesen wäre. Richter und Schöffen hatten in dienstlichen Stellungnahmen erklärt, dass sie die in Rede stehenden Urkunden sehr wohl zur Kenntnis genommen hätten, obwohl in das Hauptverhandlungsprotokoll keine dahingehende Feststellung aufgenommen worden sei. Hierzu führt der 2. Strafsenat aus, dass eine nachträgliche Berichtigung des Protokolls nicht in Betracht komme, weil es inhaltlich richtig sei. Der zu protokollierende Verfahrensvorgang – nämlich die Feststellung über die Kenntnisnahme – habe auch nach den dienstlichen Erklärungen der Richter und Schöffen tatsächlich nicht stattgefunden. Und hier liegt der entscheidende Unterschied zur Begründung des 5. Strafsenats: Das Protokoll beweist nach Auffassung des 2. Strafsenats nicht, ob die Richter und Schöffen den Inhalt der Urkunden tatsächlich zur Kenntnis genommen haben oder nicht, sondern lediglich, ob der Vorsitzende eine diesbezügliche Feststellung getroffen hat oder nicht. Folgerungen hat der 2. Strafsenat aus diesem abweichenden Begründungsansatz jedoch nicht gezogen – vermutlich deshalb, weil das Urteil nach seiner Ansicht auf dem geltend gemachten Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO nicht beruhte, so dass er sich mit den etwaigen Folgen der geltend gemachten Rechtsverletzung nicht auseinanderzusetzen brauchte. Nur so ist es zu erklären, dass er auf die vorgenannten beiden Entscheidungen ohne weitere Erläuterung Bezug genommen hat.

Diese Vorlage des 2. Strafsenats hat nunmehr der 3. Strafsenat in seinem Beschluss vom 20.7.2010 aufgegriffen. Darin führt er – ohne die vorgenannten einschlägigen Entscheidungen der anderen Senate auch nur zu erwähnen – aus, dass die tatsächliche Kenntnisnahme vom Wortlaut eines Schriftstücks durch die Richter und Schöffen im Selbstleseverfahren durch das Protokoll nicht bewiesen werden kann. In der Sitzungsniederschrift würden nur solche Vorgänge beweiskräftig beurkundet, die von den Urkundspersonen aus eigener Wahrnehmung bestätigt werden könnten²⁰. Für die Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO, die in der Hauptverhandlung zu erfolgen hat, treffe dies zu, für die tatsächliche Kenntnisnahme durch die Richter und Schöffen hingegen nicht. Es gehöre gerade zu den Eigenarten des Selbstleseverfahrens, dass dieser Vorgang aus der Hauptverhandlung heraus verlagert und damit der unmittelbaren Wahrnehmung der Urkundspersonen entzogen werde. Und selbst dann, wenn die Urkundspersonen bei der Kenntnisnahme durch die beisitzenden Richter und Schöffen ausnahmsweise anwesend sein sollten, unterliege es nicht ihrer Wahrnehmung, ob diese den Wortlaut tatsächlich vollständig zur Kenntnis genommen und mit der Aufmerksamkeit studiert hätten, die erforderlich sei, damit sie ihrer Aufgabe der Urteilsfindung verantwortlich gerecht werden könnten. Durch einen Protokollvermerk könne die (nicht) ordnungsgemäße Durchführung des Selbstleseverfahrens daher nicht bewiesen werden, sondern allein die Tatsache, ob der Vorsitzende in der Hauptverhandlung eine entsprechende Feststellung getroffen habe²¹.

Wäre der 3. Strafsenat an dieser Stelle stehen geblieben, so hätte dies ohne Zweifel weitreichende Folgen für die Erfolgsaussichten der Inbegriffsrüge in den hier in Rede stehenden Fällen gehabt. Zwar käme eine Protokollberichtigung nach wie vor nur in Ausnahmefällen in

¹⁷ Allgem. zum Ausschluss des Freibeweises Meyer-Goßner, StPO⁴⁹, § 274 Rn. 3.

¹⁸ BGHSt 54, 37f.

¹⁹ NJW 2010, 3382.

²⁰ A.a.O., S. 3383

²¹ A.a.O.

Betracht – die Ausführungen des 2. Strafsenats gelten insoweit uneingeschränkt fort. Sie wäre aber auch nicht erforderlich, um einer bereits erhobenen Inbegriffsrüge die Grundlage zu entziehen. Entfällt die Beweiskraft des Protokolls, so kann das Revisionsgericht – wie bei allen Verfahrensrügen, die sich nicht auf wesentliche Förmlichkeiten i.S.d. §§ 271 bis 274 StPO beziehen – im Freibeweisverfahren klären, ob der geltend gemachte Verfahrensverstoß tatsächlich vorliegt²². Dienstliche Erklärungen der erkennenden Richter und Schöffen, dass sie die in der Anordnung des Vorsitzenden genannten Urkunden tatsächlich zur Kenntnis genommen haben, wären kaum zu widerlegen und hätten zur Folge, dass der Revisionsführer den von ihm geltend gemachte Rechtsverletzung regelmäßig nicht beweisen könnte. § 249 Abs. 2 S. 3 StPO würde damit faktisch auf den Rang einer nicht revisiblen Ordnungsvorschrift herabsinken.

Dies geschieht jedoch nicht, weil der 3. Strafsenat nicht nur die Grundlagen der bisherigen Rechtsprechung beseitigt, sondern zugleich die Funktion der Protokollierung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO in einer Weise neu bestimmt, die die Erhebung erfolgversprechender Inbegriffsrügen weiterhin zulässt. Dabei knüpft er an den vom ihm im ersten Teil der Begründung bereits hervorgehobenen Umstand an, dass der Urkundenbeweis im Selbstleseverfahren außerhalb der Hauptverhandlung erhoben wird, und stellt sich die Frage, wie der in dieser Form gewonnene Beweisstoff gleichwohl zum Inbegriff der Hauptverhandlung werden und der Beweismündigung des Gerichts zugrunde gelegt werden kann²³. Hierzu, so der Senat, bedürfe es „der Kenntlichmachung und des Hinweises an die Verfahrensbeteiligten“, die durch die Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO beweiskräftig vollzogen werde. Es verhalte sich hierbei ähnlich wie bei der Verwertung offenkundiger bzw. gerichtskundiger Tatsachen, die ebenfalls außerhalb der (laufenden) Hauptverhandlung gewonnen würden. Diese Tatsachen würden grundsätzlich nur dann zum Inbegriff der Hauptverhandlung, wenn ein entsprechender Hinweis in der Hauptverhandlung erfolge.

Diese Entscheidung des 3. Strafsenats ist m.E. aus mehreren Gründen bemerkenswert. Zunächst hat sie der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts ohne großes Federlesen die Grundlage entzogen – zu Recht, denn die inhaltliche Reichweite des Vermerks über die Feststellung der Kenntnisnahme der Urkunden durch Richter und Schöffen war von den anderen Senaten tatsächlich überdehnt worden.

Noch bemerkenswerter ist der Umstand, dass der 3. Strafsenat die sich ihm bietende Möglichkeit, die Inbegriffsrüge in Bezug auf das Selbstleseverfahren erheblich einzudämmen oder gar auszumerzen, nicht wahrgenommen hat. Er selbst stellt in der Entscheidung klar, dass die Inbegriffsrüge nach § 261 StPO weiterhin eröffnet sei, wenn der Vermerk über die Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO (vollständig) fehlt.

Ein Verstoß gegen § 261 StPO liegt weiterhin auch dann vor, wenn der Protokollvermerk unvollständig ist, weil bspw. die Kenntnisnahme durch die Schöffen nicht erwähnt wird. Der Beweisstoff kann selbstverständlich nur dann zum Inbegriff der Hauptverhandlung werden, wenn alle Richter und Schöffen von ihm Kenntnis genommen haben. Solange kein entsprechender Hinweis im Protokoll vorhanden ist, brauchen die übrigen Verfahrensbeteiligten nicht davon auszugehen, dass dies geschehen ist. Die vom 3. Strafsenat hervorgehobene Kenntlichmachungs- und Hinweisfunktion wird somit erst dann erfüllt, wenn der Vermerk vollständig ist. Deshalb wäre es auch unerheblich, wenn der fragliche Richter oder Schöffe im Nachhinein erklären würde, dass er vom Inhalt der Urkunden Kenntnis genommen habe.

Am bemerkenswertesten ist aber der ausdrückliche Hinweis des 3. Strafsenats, dass zudem die Möglichkeit bestehen könnte, ein auf Urkunden, die Gegenstand des Selbstleseverfahrens waren, beruhendes Urteil mit der (allerdings zu beweisenden) Behauptung anzugreifen, die Richter oder Schöffen hätte entgegen der protokollierten Feststellung den Wortlaut der fraglichen Urkunden tatsächlich gar nicht zur Kenntnis genommen. Dies war nach der bisherigen Rechtsprechung zur inhaltlichen Reichweite des Protokollvermerks ausgeschlossen, weil das Gegenteil mit der im Protokoll vermerkten Feststellung nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO bewiesen war. Nachdem der 3. Strafsenat nunmehr klargestellt hat, dass das Protokoll lediglich die Tatsache der Feststellung, dass die Kenntnisnahme erfolgt sei, beweist, und nicht die tatsächliche Kenntnisnahme durch Richter und Schöffen, ist diese Frage dem Frei-

²² Vgl. Hamm, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 308f.

²³ S.a. LR²⁶/Mosbacher, § 249 Rn. 84, der hier den Aspekt der Verfahrensklarheit betont.

beweis zugänglich. Erklärt ein Richter oder Schöffe, dass er den Inhalt der in Rede stehenden Urkunden nicht zur Kenntnis genommen hat, wäre dieser Beweis erbracht.

Der 3. Strafsenat hat die von ihm aufgeworfene Frage, ob eine solche Rüge Aussicht auf Erfolg haben kann, letztlich offen gelassen²⁴, weil sie vom Revisionsführer nicht erhoben worden war. M.E. ist diese Frage zu bejahen. Nimmt ein Richter oder Schöffe ein Beweismittel nicht zur Kenntnis, so gehört es nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung. Wenn dieser Sachverhalt im Freibeweisverfahren bewiesen werden kann und das Urteil auf einer Urkunde beruht, von der nicht alle Richter bzw. Schöffen Kenntnis genommen haben, ist es aufzuheben. Daran ändert auch ein etwaiger Vermerk nach § 249 Abs. 2 S. 3 StPO nichts. Dieser beweist lediglich, dass eine entsprechende Feststellung in der Hauptverhandlung getroffen worden ist, nicht aber deren inhaltliche Richtigkeit. Gerade dies hat der 3. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung überzeugend herausgearbeitet.

²⁴ Krit. dazu *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2010, 633, 634.