
Die Etablierung der Rügeverkümmern durch den BGH und deren Tolerierung durch das *BVerfG*: 140 Jahre Rechtsprechung werden zu Makulatur

von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, München

A. Problemstellung

I. Daß es die Strafprozeßordnung in § 274 StPO verbietet, das Hauptverhandlungsprotokoll nach Erhebung einer darauf gestützten Revisionsrüge nachträglich unter »Verkümmern« dieser Rüge zu berichtigen, hat nicht nur seit den ersten Tagen des *RG*¹ einen unumstößlichen (nur in der nationalsozialistischen Zeit kurzfristig unterdrückten) Eckstein der von *Eberhard Schmidt* sogenannten Justizförmigkeit des Strafverfahrens² gebildet, sondern war auch schon für das preußische Recht, dessen Modell die Schöpfer der RStPO in diesem Punkt mit lückenlosem Problem- und Regelungsbewußtsein übernommen haben,³ in der Judikatur des *Preußischen Obertribunals* anerkannt,⁴ also seit rund 140 Jahren in Geltung, als der *I. Strafsenat* mit seinem Vorlagebeschluß v. 23.08.2006⁵ den radikalen Umschwung einleitete. Nachdem der *Große Senat* für Strafsachen gut ein Jahr zuvor zur vermeintlich notwendigen Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege die Zerstörung der Grund-

struktur der Strafprozeßordnung durch Einführung der Urteilsabsprachen als richterliche Rechtsfortbildung toleriert

1 Der Große Strafsenat (BGHSt 51, 298 [304] = StV 2007, 403) zitiert RGSt 2, 76 und 43, 1; ebenso aber auch RGSt 3, 47; 8, 141; 9, 367; 21, 200; RG Rspr. 5, 451. Da sich später der OGH (OGHSt 1, 277) und der BGH in st. Rspr. (bereits BGHSt 2, 125; in BGHSt 51, 298 [305] = StV 2007, 403 zitiert der GrS selbst 18 anschließende, diesen Standpunkt bekräftigende BGH-Entscheidungen) angeschlossen haben, wird man kaum einen zweiten Grundsatz finden, der in der höchstrichterlichen Judikatur so fest und so dauerhaft anerkannt gewesen ist.

2 Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, 2. Aufl. 1964, S. 17 ff.

3 Der dem heutigen § 274 StPO entsprechende § 314 des Entwurfs hat sich ausdrücklich »im Einklang« mit der preußischen (und der weitaus überwiegenden sonstigen partikularen) Gesetzgebung gesehen und die Möglichkeit, den Beweis über die Förmlichkeiten der Hauptverhandlung nachträglich (!) durch (gar amtseidliche) Erklärung der Gerichtsmitglieder zu führen, ausdrücklich verworfen, s. *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3 Abt. 1, 2. Aufl. 1885, S. 256.

4 *Preuß. Obertribunal* in Oppenhoff X, 562 = GA 1869, 796; GA 1870, 262; 1874, 67 zu Art. 78 des Preuß. Gesetzes v. 03.05.1852, der dem heutigen § 274 StPO entspricht.

5 BGH NJW 2006, 3582.

hatte,⁶ konnte freilich mit dessen Bereitschaft gerechnet werden, Grundentscheidungen des Gesetzgebers von 1877 richterrechtlich über den Haufen zu werfen und durch die heutzutage für richtig und praktikabel gehaltenen Regelungen zu ersetzen; und das hat der *Große Strafsenat* dann ja auch durch Einkassierung des Verbots der Rügeverkümmern erwartungsgemäß getan.⁷

II. Daß das *BVerfG* mit denkbar knapper Mehrheit⁸ darin »die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung« gewahrt gesehen hat,⁹ beruht entscheidend darauf, daß die Richtermehrheit eine fehlerhafte dogmatische Prämisse der *BGH*-Rechtsprechung für »verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden« erklärt hat – nämlich, daß eine »planwidrige Regelungslücke« des Gesetzes vorliege.¹⁰ Generell ist diese Zurückhaltung der Senatsmehrheit bei der Überprüfung der von den ordentlichen Gerichten erzielten Auslegungsergebnisse zu billigen, denn sonst würde sich das *BVerfG* in der Tat, wie in dem in der Begründung abweichenden Sondervotum des Verfassungsrichters *Gerhardt* herausgestellt (*BVerfGE* 122, 248 [302] Tz. 148), in die ihm nicht zukommende Rolle eines Superrevisionsgerichts hineinbegeben, weil *stricto sensu* jede unrichtige Auslegung letztlich eine Mißachtung des Gesetzes und damit eine Usurpation legislatorischer Gewalt durch die Justiz bedeuten würde. Aber beim Verbot der Rügeverkümmern ging und geht es (ähnlich wie übrigens in dem noch eklatanteren Fall der Urteilsabsprachen) in doppelter Hinsicht um eine Sonderkonstellation, die dem *BVerfG* als Wächter der Gesetzesbindung der Justiz jene akribische Nachprüfung abverlangte, die erst in dem abweichenden Votum der drei Richter geleistet worden ist: Zum ersten ist ja nicht irgendein kontroverses Auslegungsproblem entschieden worden, sondern es ist mit einer seit Schaffung der RStPO anerkannten und praktizierten Strukturentscheidung des Gesetzgebers gebrochen worden; und zum anderen ging es hierbei nicht um die Aufgabe der Rechtsprechung zur Streitentscheidung als unbeteiligter Dritter,¹¹ sondern es ging um diejenigen Regeln, die das eigene Verhalten der Rechtsprechung selbst betreffen. Wenn die Strafgerichte aber Normen der Strafprozeßordnung anwenden oder einkassieren, die ihr eigenes *Procedere* regeln, so handeln sie gerade nicht als unbeteiligter Dritter, sondern in eigener Sache. Diese strukturelle Kontaminierung durch eigene Interessenverfolgung ist allenthalben auch »an ihren Früchten« greifbar – etwa in der rechtssoziologisch eindeutig belegten Verfolgung eigener bürokratischer Interessen der Justiz bei der Einführung der Urteilsabsprachen¹² wie auch etwa bei einer Gegenüberstellung der vom *Großen Senat* eröffneten Möglichkeit, Protokollfehler des Tatrichters unbegrenzt zu korrigieren, mit der ständigen, die gesetzlichen Anhaltspunkte vollständig überreizenden (*nota bene* abermals innerhalb des *BGH* vom *I. Strafsenat* angeführten) Steigerung der formellen Anforderungen an die Revisionsbegründung, bei der dem Revisionsführer (meistens dem Verteidiger) jede Nachbesserung verwehrt wird.¹³ Wenn die ordentlichen Gerichte¹⁴ eine bei der Kodifikation geschaffene und mehr als ein Jahrhundert respektierte Verfahrensstruktur kraft Richterrechts in einer Weise verändern, die ihre eigenen Handlungsmöglichkeiten erweitert, darf es deshalb keine Einschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte geben.¹⁵

III. Weil der Beschluß des *Großen Senats* und/oder die Entscheidung des *BVerfG* nicht nur im strafprozessualen Schrifttum,¹⁶ sondern auch in dem Sondervotum der dissentierenden Richter bereits eine eingehende kritische Würdigung erfahren haben,¹⁷ kann es nicht Aufgabe dieser Rezension sein, die Details der Kontroverse ein weiteres Mal zu wiederholen. Nachfolgend soll deshalb nur und vor allem an denjenigen Punkten eingehakt werden, an denen im Vorlagebeschluß des *I. Strafsenats* und anschließend im Beschluß des *Großen Senats* die Problemanalyse durch eine methodisch falsche Weichenstellung von vornherein auf ein falsches Gleis geraten ist.

B. Keine Gesetzeslücke, sondern eindeutiges gesetzliches Verbot der Rügeverkümmern

I. Den Ausgangspunkt sowohl für den Vorlagebeschluß des *I. Strafsenats* als auch für den Beschluß des *Großen Senats* bildet die in der Entscheidung des *BVerfG* zur »planwidrigen Regelungslücke« hochstilisierte Annahme, der Gesetzgeber habe vom Erlaß der RStPO bis heute bezüglich des Verbots der Rügeverkümmern gar keine eigene, klar feststellbare Entscheidung getroffen, vielmehr beruhe der Grundsatz auf Rechtsprechung und könne »durch Rechtsprechung geändert werden« (*BGHSt* 51, 298 [308 Tz. 39] = *StV* 2007, 403). Daß diese Annahme »nicht nachvollziehbar« ist, haben bereits die drei dissentierenden Bundesverfassungsrichter in ihrem Sondervotum nachgewiesen (wörtlich *BVerfGE* 122, 248 [287] Tz. 107). An dieser Stelle brauchen deshalb nur die drei methodischen Fehlgänge herausgearbeitet zu werden, die für dieses falsche Ergebnis verantwortlich sind.

1. Bereits im Vorlagebeschluß des *I. Strafsenats* findet sich die erste falsche Weichenstellung in Gestalt des rhetorischen Kunstgriffs, das Verbot der Rügeverkümmern als das eigentliche Problem zunächst einmal hintanzusetzen und sich zuvor auf die »Zulässigkeit der – unbefristeten – Protokollberichtigung« als abstrakter, aus dem konkreten Verfahrenszusammenhang gelöster Kategorie zu berufen (*BGH NJW* 2006, 3582 [3583 Tz. 14]). Der *Große Senat* hat dies übernommen

6 *BGHSt* 50, 40 = *StV* 2005, 311; vgl. zur Kritik nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 17 Rn. 19 ff.

7 *BGHSt* 51, 298 = *StV* 2007, 403.

8 Die Verfassungsrichter *Vofskuhle*, *Osterloh* und *Di Fabio* haben ein im Ergebnis abweichendes Sondervotum abgegeben, während der Verfassungsrichter *Gerhardt* nur im Ergebnis zugestimmt hat.

9 *BVerfGE* 122, 248 = *StV* 2010, 497 (in diesem Heft).

10 So *BVerfGE* 122, 248 (258) Tz. 39; der Große Strafsenat spricht in *BGHSt* 51, 298 (302) = *StV* 2007, 403 in Tz. 16 davon, daß Zulässigkeit und Beachtlichkeit einer Protokollberichtigung »im Strafprozessrecht nicht ausdrücklich geregelt« seien, sowie auf S. 304 in Tz. 20 von einer »auslegungsbedürftigen Gesetzeslücke«.

11 Zum verfassungsrechtlichen Kernbegriff der rechtsprechenden Gewalt gem. Art. 92 GG ist die Formel der »Streitentscheidung in einem förmlichen Verfahren am Maßstab des Rechts durch einen unbeteiligten und unabhängigen Dritten« allgemein anerkannt, vgl. *Dreier-GG/Schulze-Fielitz*, Bd. 3, 2000, Art. 92 Rn. 25 m. w. N.

12 Dazu habe ich mich unter Auswertung der empirischen Befunde wie auch der soziologischen Verfahrenstheorie bereits in meinem DJT-Gutachten »Absprachen im Strafverfahren«, 1990, S. 27 ff., 50 ff.; ferner in *FS Heldrich*, 2005, S. 1177 ff., detailliert geäußert; daß gerade diese empirisch abgesicherten Erkenntnisse bei der Diskussion der Absprachen von den interessierten Kreisen zumeist mit Stillschweigen übergangen worden sind, kann ich nur mit der klassischen Erkenntnis »cum tacent, clamant« quittieren.

13 Nachweise bei *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 45 Rn. 9 f., § 55 Rn. 37, 47, zur Aushöhlung der Verfahrensgarantien durch überzogene Anforderungen an die Substantiierungs- und Rügelast.

14 Dasselbe gilt natürlich auch für die anderen Gerichtszweige. Ich möchte nur bewußt vermeiden, zur Abgrenzung von den Verfassungsgerichten von »einfachen Gerichten« zu sprechen, was international schon zu manchem peinlichen Mißverständnis geführt hat, wenn es vom Dolmetscher mit »simple courts« übersetzt wird.

15 Zwar hat die Mehrheitsmeinung der *BVerfG*-Entscheidung den Standpunkt des Großen Senats, daß Zulässigkeit und Beachtlichkeit einer Protokollberichtigung im Strafprozeßrecht »nicht ausdrücklich geregelt« seien (*BGHSt* 51, 298 [302 Tz. 16] = *StV* 2007, 403) und daß deshalb die Rechtsprechung »insoweit eine auslegungsbedürftige Gesetzeslücke« angenommen hätte (*BGHSt* 51, 304 Tz. 20), nicht allein unter Hochstilierung zu einer »planwidrigen Regelungslücke« (*BVerfGE* 122, 248 [258 Tz. 39]) schlicht übernommen, sondern in *BVerfGE* 122, 248 (258 ff. Tz. 40–48) einer gewissen Prüfung unterzogen, sich dabei aber vollständig in den – wie noch darzulegen ist: notwendig in die Irre führenden – Gedankengang des Großen Senats einbinden lassen und dadurch in der Sache keine kritische verfassungsrechtliche Nachprüfung, sondern eine Art Akklamation vollzogen.

16 *Beulke* *FS Böttcher*, 2007, S. 17; *Fezer* *FS Otto*, 2007, S. 901; *Momsen* *FS Egon Müller*, 2008, S. 457; *Dehne-Niemann* *ZStW* 121 (2009), 321; w. N. b. *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 564; *Gemächlich* *FS Stöckel*, 2010, S. 225 (234 Fn. 53), freilich selbst mit der Übernahme der irrigen Auffassung, das Gesetz sage zu der Frage nichts (a. a. O. S. 235), und am Ende mit dem außerhalb jeder dogmatischen Relevanz liegenden Argument der »Sparrwänge der öffentlichen Haushalte« (a. a. O. S. 243).

17 *BVerfGE* 122, 248 (282).

(BGHSt 51, 298 [304 Tz. 20/21] = StV 2007, 403), und die Mehrheitsmeinung in der *BVerfG*-Entscheidung hat daraus gar gefolgert, der angegriffenen Entscheidung¹⁸ liege eine »ständige Rechtsprechung der Revisionsgerichte in Strafsachen zugrunde, der zufolge eine nachträgliche Protokollberichtigung ohne zeitliche Beschränkung möglich und geboten ist« (BVerfGE 122, 248 [258] Tz. 39). In Wahrheit ist die ständige Rechtsprechung genau umgekehrt verlaufen, indem sie der StPO eine klare Entscheidung des Gesetzgebers für das Verbot der Rügeverkümmern durch Protokollberichtigung entnommen und lediglich eine rügebefestigende Protokollberichtigung nach einigem Schwanken in Form einer teleologischen Reduktion des Gesetzes zugelassen hat. Indem der *I. Strafsenat*, der *Große Senat* und die Mehrheitsmeinung der *BVerfG*-Entscheidung zunächst von der Regel einer unbefristeten Korrigierbarkeit des Protokolls ausgegangen sind und erst danach die Frage nach einer Ausnahme erörtert haben, haben sie ein von der StPO überhaupt nicht geregeltes Institut (die Protokollberichtigung) gewissermaßen als trojanisches Pferd zur Konstruktion einer Gesetzeslücke benutzt, in der man sodann natürlich vergebens nach der ausdrücklichen Statuierung einer Ausnahme durch den Gesetzgeber suchen mußte – während genau umgekehrt das Verbot der Rügeverkümmern auf einer im Gesetz klar zum Ausdruck gekommenen und bewußten, sogleich i. E. zu belegenden legislatorischen Entscheidung beruht, die man also nicht etwa erst (und dann ab ovo vergeblich) in dem »schwarzen Loch« des der StPO nicht bekannten Instituts der »Protokollberichtigung« suchen müßte.

2. Des weiteren wird die Auffindung der legislatorischen Entscheidung durch die nächste falsche Weichenstellung zumindest erschwert, die sich abermals bereits im Vorlagebeschluß des *I. Strafsenats* in Gestalt der Formulierung des traditionellen Grundsatzes findet, »daß eine Protokollberichtigung einer zu Gunsten des Angeklagten (sic!) erhobenen Verfahrensrüge nicht den Boden entziehen darf«¹⁹. Denn es geht bei diesem Institut nicht um eine Vorschrift zum Schutz des Angeklagten, sondern um ein *Strukturprinzip* des Revisionsverfahrens, das bekanntlich nicht nur vom Angeklagten, sondern auch von der Staatsanwaltschaft (§ 301 StPO) oder dem Nebenkläger (§ 400 StPO) zu Lasten des Angeklagten betrieben werden kann. Wie noch zu zeigen ist, vereitelt diese Verschiebung von einer Strukturregelung zu einer Schutzvorschrift das zutreffende Verständnis der legislatorischen Entscheidung und verleitet darüber hinaus zum Einsatz deplazierter Argumentationstopoi wie etwa des Opferschutzes.

3. Daß die ständige Rechtsprechung vom Tage des Inkrafttretens der RStPO bis zum Jahre 2006 entgegen der vom *Großen Senat* wörtlich übernommenen These im Vorlagebeschluß des *I. Strafsenats*²⁰ nicht etwa der Meinung war, das Verbot der Rügeverkümmern beruhe »auf Rechtsprechung« (sei also erst von ihr erfunden worden) und könne »durch Rechtsprechung geändert werden«, sondern genau umgekehrt eine stringent aus dem Gesetz abzuleitende Norm angenommen hat – und das mit Recht! –, wird unmißverständlich durch die Entscheidung der *Vereinigten Strafsenate des RG* v. 13. 10. 1909²¹ belegt. Um das Gewicht dieser Entscheidung angemessen einzuschätzen, muß man sich vor Augen führen, daß die *Vereinigten Strafsenate des RG* nicht wie der *Große Senat* aus einem Richterausschuß von 11 Mitgliedern (§ 132 Abs. 5 S. 1 GVG) bestanden, sondern im Jahr 1909 aus allen Richtern der 5 Strafsenate, also mit 35 Richtern²² und demnach mit mehr als der dreifachen Richterzahl besetzt waren. Bei oberflächlicher Lektüre scheinen die *Vereinigten Strafsenate* zwar ebenfalls davon ausgegangen zu sein, daß das Gesetz »hier für seine Anwendung eine Lücke zeigt, die durch Auslegung ausgefüllt werden muß« (RGSt 43, 4). Eine sorgfältige Lektüre der Entscheidung zeigt aber auf der Stelle, daß damit nur die simple Stufe der sog. grammatischen Auslegung²³ gemeint gewesen war, denn die *Vereinigten Strafsenate* lassen keinen Zweifel daran, daß

»trotz des Mangels einer (...) ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes (...) aus seinen Bestimmungen eine Rechtsnorm dahin entnommen werden muß (!), daß dem Beschwerdeführer (sic!) ein prozessuales Recht auf unveränderte Beibehaltung der Grundlage seiner Rüge für die Revisionsinstanz eingeräumt und demzufolge auch der Revisionsrichter nicht berechtigt sein soll, Berichtigungen des Hauptverhandlungsprotokolls, durch die einer bereits erhobenen und durch das Protokoll bestätigten Rüge die Grundlage entzogen würde, zu berücksichtigen« (RGSt 43, 9).

Die zur Begründung angeführte, zentrale »Erwägung« wird von den *Vereinigten Strafsenaten* ausdrücklich als »zwingend« bezeichnet und beschreibt eine logisch-systematische Auslegung, die genau so eine Rechtsfindung *secundum legem* bedeutet wie die grammatische Auslegung²⁴ und nur in Unkenntnis der juristischen Methodenlehre mit einer Lückenfüllung durch Richterrecht verwechselt werden kann. Sie lautet:

»Das Gesetz, das dem Beschwerdeführer die ausschließliche und unwiderlegliche Grundlage für die Anbringung und Durchführung seiner Rüge bieten will, kann nicht wollen, daß sie ihm, nachdem er bereits bestimmungsgemäßen Gebrauch von ihr gemacht hat, wieder entzogen werden dürfte (...). Es bedürfte eines ganz bestimmten Inhalts, um als Willen des Gesetzes annehmen zu können, daß die also entstandene Prozeßlage durch eine Berichtigung des Protokolls zu Ungunsten des Beschwerdeführers abänderbar sein sollte. Ein solcher Anhalt ist nicht zu finden, wohl aber ein sehr bestimmter für das Gegenteil (...). Das Gesetz legt dem Beschwerdeführer durch die §§ 344, 345 und 352 StPO²⁵ hinsichtlich der Anbringung von Prozeßrügen gewisse Schranken auf. Es könnte doch unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen, daß zwar der Beschwerdeführer sich über die Anbringung oder Nichtanbringung einer Prozeßrüge und die hierfür maßgebenden Tatsachen innerhalb der ihm gestellten Frist Klarheit verschaffen und sich schlüssig machen müßte, den Urkundspersonen aber unbeschränkt – auch nach Ablauf jener Frist – gestattet sein sollte, einen im Protokoll beurkundeten Sachverhalt, nachdem sich der Beschwerdeführer für seine Zwecke bereits darauf berufen hat, noch mit Beweiskraft im Sinne des § 274 StPO zu ändern« (RGSt 43, 9).

Es geht also, wie die *Vereinigten Strafsenate* zutreffend erkannt haben, beim Verbot der Rügeverkümmern um eine sich aus dem Zusammenspiel der §§ 274, 344, 345 und 352 StPO zwingend ergebende Strukturregelung des Revisionsverfahrens; und diese korrespondiert mit einem klar gebildeten und ebenso klar ausgedrückten Willen des Gesetzgebers, der im Sondervotum der dissentierenden drei Verfassungsrichter präzise herausgearbeitet worden ist.²⁶ Weil die Beratungen der RStPO in der *Reichstagskommission* und im Plenum des Reichstages gegenüber dem Entwurf in diesem Punkt zu keiner sachlichen Diskussion oder Veränderung, sondern nur zu einer redaktionellen Anpassung geführt haben,²⁷ geht das Konzept des Gesetzgebers aus den »Motiven zum Entwurf einer Strafprozeßordnung« hervor. Insoweit ist zunächst zu § 313, der vollstän-

18 Bei der es sich prozessual natürlich weder um den Vorlagebeschluß noch um den Beschluß des Großen Senats, sondern um die daraufhin vom *I. Strafsenat* am 23. 08. 2007 beschlossene Revisionsverwerfung (NSTZ 2007, 719) handelte.

19 BGH NJW 2006, 3582 (3583 Tz. 15).

20 BGH NJW 2006, 3582 (3585 Tz. 39); BGHSt 51, 298 (308 Tz. 39) = StV 2007, 403.

21 RGSt 43, 1.

22 Denn gem. § 140 GVG a. F. entschieden die Senate des RG in der Besetzung von 7 Richtern.

23 Diese traditionelle Bezeichnung (*Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977, S. 77 ff.) ist natürlich genauso ungenau wie die Rede vom »Wortlaut als Ausgangspunkt« (*Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, S. 445), denn es geht um die Bedeutung eines Wortes im allgemeinen Sprachgebrauch (*Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 141), weshalb man präziser von »alltagssemantischer« Interpretation sprechen sollte (*Schünemann* FS Klug, 1983, S. 169 [182]; ähnlich *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 64).

24 Unstr., vgl. nur *Engisch* (Fn. 23), S. 78 ff.

25 Natürlich zitierte das *RG* nach der damaligen Zählung der StPO, also die §§ 384, 385, 392.

26 BVerfGE 122, 248 (286 ff.).

27 *Hahn* (Fn. 3), S. 1039.

dig dem heutigen § 352 StPO entspricht, ausgeführt, daß die Beschränkung des Revisionsgerichts auf die Berücksichtigung der vom Revisionsführer zur Begründung der Verfahrensrüge vorgetragene(n) Tatsachen in enger Verbindung mit der (heute in § 344 Abs. 2 StPO eingestellten) Pflicht zum Vortrag der rügebegründenden Tatsachen gesehen werden müsse,²⁸ was direkt durch die heute in § 274 StPO zu findende Vorschrift des § 314 des Entwurfs ergänzt wird, daß die als Revisionsgründe geltend gemachten Mängel der Hauptverhandlung (spätere redaktionelle Fassung: »die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten«) ausgenommen den Fall der Fälschung nur durch das Protokoll bewiesen werden können. Die anschließende ausführliche Begründung dieser Regelung²⁹ läßt klar erkennen, daß hiermit eine *unwiderlegliche Vermutung* zwecks Freihaltung des Revisionsverfahrens von Kontroversen über den Hergang der tatrichterlichen Hauptverhandlung geschaffen werden sollte, und zwar vor allem auch zu *Lasten des Revisionsführers und demzufolge a fortiori auch zu dessen Gunsten*. Grundlegend war ausdrücklich die »Erwägung, daß Formverletzungen, welche in der Hauptverhandlung vorkommen konnten, ohne von einem der Mitwirkenden bemerkt zu werden, in der Regel (sic!) auch nachträglich nicht mit Zuverlässigkeit festgestellt werden können«³⁰. Der Gesetzgeber wollte also ausdrücklich auch dann, wenn eine solche Feststellung ausnahmsweise mit Zuverlässigkeit möglich sein sollte, diese Frage aus dem Revisionsverfahren heraushalten, weil die Zulassung von Beweisen gegen den Protokollinhalt dem Angeklagten die Möglichkeit gewähren würde, die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens »durch leere Ausflüchte für geraume Zeit in Frage zu stellen« – also um derartige das Revisionsverfahren belastende und verzögernde Streitigkeiten durch eine Form der *innerprozessualen Rechtskraftwirkung* auszuschließen. Daß diese unwiderlegliche Vermutung a fortiori gelten muß, wenn sie sich zu Gunsten des Revisionsführers auswirkt, folgt sowohl aus der in den Motiven herausgestellten und nach wie vor in § 352 StPO angeordneten Beschränkung der revisionsgerichtlichen Überprüfung auf die vom Revisionsführer bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichneten Tatsachen als auch aus der bereits erwähnten, rein redaktionell gemeinten Umformulierung, daß »die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten« nur durch das Protokoll bewiesen werden könne – womit das Schweigen des Protokolls ausdrücklich zu Gunsten des Beschwerdeführers festgeschrieben worden ist.

Dieses a fortiori-Argument, wenn sich die unwiderlegliche Beweiskraft des Protokolls einmal zu Gunsten des Revisionsführers auswirkt, ist von der Mehrheitsmeinung des BVerfG in BVerfGE 122, 248 (261 f.) Tz. 46 verkannt worden, wenn diese eine schlichte Gegenerklärung von Vorsitzendem und Urkundsbeamten zur Rügeverkümmern ausreichen lassen zu können glaubt und dadurch den von ihm selbst zitierten Willen des Gesetzgebers, Angriffen des Angeklagten gegen das Protokoll selbst bei diese bestätigenden »amtseidlichen Erklärungen der Gerichtsmitglieder«³¹ den Erfolg zu versagen, geradezu auf den Kopf stellt. Und noch weniger läßt sich gegen die klare Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausschluß eines Gegenbeweises gegen das Protokoll die rein sprachlich-rechtstechnische Umformulierung anführen, es gehe ja nicht um einen Gegenbeweis, sondern um etwas ganz anderes, nämlich die Protokollberichtigung mit »grundsätzlichem Übergang der Beweiskraft auf die berichtigte Protokollfassung«³². Genau diesen Übergang hatte der *Große Senat* übrigens gar nicht im Sinn.³³ Vielmehr soll nach dessen Beschluß die Richtigkeit der Protokollberichtigung vom Beschwerdeführer in Frage gestellt werden können, woraufhin »erforderlichenfalls weitere dienstliche Erklärungen und Stellungnahmen der übrigen Verfahrensbeteiligten einzuholen sind« (BGHSt 51, 298 [316] = StV 2007, 403), bis dann letztlich die Richtigkeit der Protokollberichtigung vom Revi-

sionsgericht im Freibeweisverfahren zu überprüfen sei (BGHSt 51, 298 [317] = StV 2007, 403). Worin dieses Verfahren sich von dem vom Gesetzgeber eindeutig abgelehnten Beweisverfahren über die Richtigkeit des Protokolls unterscheiden soll, ist fürwahr, um die Wortwahl der dissentierenden Verfassungsrichter zu benutzen, »nicht nachzuvollziehen«.

4. Die logisch-systematische wie die historische Auslegung führen deshalb übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß der Gesetzgeber in § 274 StPO eindeutig das *Verbot der Rügeverkümmern als Strukturprinzip des Revisionsverfahrens* statuiert hat. Es ist deshalb gerade umgekehrt die Zulassung einer Protokollberichtigung zugunsten des Revisionsführers durch die anfänglich in dieser Hinsicht durchaus schwankende Rechtsprechung,³⁴ die sich nicht auf einen Willen des Gesetzgebers berufen kann und deshalb als eine teleologische Reduktion darstellt, die keinen grundsätzlichen Bedenken begegnet, wenn sie sich zu Gunsten einer für den Angeklagten eingelegten Revision auswirkt, nicht aber bei einer zu dessen Nachteil von Staatsanwaltschaft oder Nebenkläger eingelegten Revision, was freilich – soweit ersichtlich – die Rechtsprechung bisher noch nicht beschäftigt hat.

5. Zu (un)guter Letzt wird die Verzeichnung des legislatorischen Willens durch die neue Rechtsprechung dadurch auf die Spitze getrieben, daß aus der Gesetzgebung seit Inkrafttreten der RStPO vom *Großen Senat* wie vom *BVerfG* nur das für § 274 StPO überhaupt nicht einschlägige Gesetz zur Entlastung der *LG* und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls v. 20. 12. 1974 bedacht worden ist,³⁵ nicht aber die direkt einschlägige Einfügung der §§ 273 Abs. 4 und 271 Abs. 1 S. 2 StPO durch das StPÄG 1964. Die Vorschrift des § 273 Abs. 4 StPO, daß das Urteil nicht zugestellt werden darf, bevor nicht das Protokoll fertig gestellt worden ist, zielt nämlich direkt auf den Lauf der Frist zur Begründung der Revision in § 345 Abs. 1 S. 2 StPO³⁶ und soll damit genau das sicherstellen, worin die *Vereinigten Strafsenate des RG* einen zwingenden Grund für das Verbot der Rügeverkümmern gefunden haben: Der Revisionsführer soll das Protokoll als sichere Grundlage für die Ausarbeitung seiner Verfahrensrügen besitzen, was aber nicht der Fall wäre, wenn diese Grundlage hinterher durch eine Protokollberichtigung wieder entzogen werden könnte. Auch im Wortlaut des Gesetzes hat das einen deutlichen Inhalt in Gestalt des hier verwendeten Begriffs der »Fertigstellung« gefunden, weil der Ausdruck »fertig« eine Endgültigkeit und damit die *innerprozessuale Bindungswirkung* assoziiert, was schließlich auch noch dadurch unterstrichen wird, daß gem. § 271 Abs. 1 S. 2 StPO sogar der Tag der Fertigstellung im Protokoll angegeben werden muß. Weil § 273 Abs. 4 StPO also nahtlos die Gesetzesinterpretation der *Vereinigten Strafsenate des RG* bestätigt, hätte der *Große Se-*

28 Hahn (Fn. 3), S. 253 f.

29 Hahn (Fn. 3), S. 156 – 158.

30 Hahn (Fn. 3), S. 257.

31 Denn die Verneinung einer amtseidlichen Erklärung der Gerichtsmitglieder als ein geeignetes Mittel zur Feststellung des Hergangs laut den Motiven bei Hahn (Fn. 3), S. 258, bezieht sich auch laut BVerfGE 122, 248 (262), gerade auf den Zweck der Vermeidung eines Mißbrauchs von durch das Protokoll nicht abgedeckten Verfahrensrügen.

32 BVerfGE 122, 248 (260).

33 So ausdrücklich BGHSt 51, 298 (317) = StV 2007, 403; richtig gesehen von der Mehrheitsmeinung der BVerfG-Entscheidung in BVerfGE 122, 248 (262), gerade auf den Zweck der Vermeidung eines Mißbrauchs von durch das Protokoll nicht abgedeckten Verfahrensrügen.

34 Noch klar ablehnend etwa RGSt 8, 141.

35 BGHSt 51, 298 (303) = StV 2007, 403; vollständig in dessen Kielwasser BVerfGE 122, 248 (259 f.).

36 BGHSt 27, 80 (81).

nat dessen Einfügung in die StPO nicht mit Stillschweigen übergehen dürfen.³⁷

II. Die zentrale Prämisse sowohl des Vorlagebeschlusses als auch der Entscheidung des *Großen Senats*, daß das Verbot der Rügeverkümmern eine richterrechtliche Erfindung zur Lückenschließung gewesen sei und deshalb auch durch Richterrecht wieder einkassiert werden könne, hat sich deshalb als schlechthin unhaltbar erwiesen. Auf die innere Überzeugungskraft der Argumentationstopoi, die der *1. Strafsenat* zur Begründung einer Rechtsprechungsänderung in die Waagschale geworfen hat und die sich im Kielwasser des Vorlagebeschlusses in der Entscheidung des *Großen Senats* wiederfinden, kommt es deshalb nicht mehr an. Im Hinblick auf die eingangs getroffene Feststellung, daß der *BGH* zunehmend den Inhalt der in der RStPO vorgenommenen Kodifikation nach eigenem Gutdünken beiseite schiebt und hierbei in Umkehrung der Hierarchieregeln unserer Demokratie in den gesetzgebenden Gremien willige Gefolgschaft findet,³⁸ erscheint es jedoch nicht überflüssig, auch die intrasystematische Schlüssigkeit der vom *BGH* angeführten Sachargumente zu überprüfen.

C. Die Unbehelflichkeit des Arguments aus der materiellen Wahrheitsfindung

Das zentrale Sachargument für die Einkassierung des Verbots der Rügeverkümmern besteht nach Auffassung des Vorlagebeschlusses darin, daß auch die Revisionsgerichte der Wahrheit verpflichtet seien, weshalb es nicht mehr akzeptabel sei, Urteile aufgrund eines fiktiven Sachverhalts wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben, der nach dem Inhalt des berichtigten Protokolls tatsächlich nicht vorliege.³⁹ Aber diesem Argument ist bereits vom *4. Strafsenat* mit Recht entgegen gehalten worden, daß es zirkulär ist (weil es die unwiderlegliche Vermutung des § 274 StPO, die eine Beweiserhebung gerade abschneidet, mit der Voraussetzung der Unrichtigkeit des Protokolls widerlegen will) und daß es das nur eingeschränkte Prüfungsrecht im formenstrengen Revisionsrecht verkennt.⁴⁰ Darüber hinaus ist abermals »nicht nachzuvollziehen«, wie die rügeverkümmern Protokollberichtigung mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit legitimiert werden kann, wenn gleichzeitig der Ausschluß des Unrichtigkeitsnachweises durch § 274 StPO, der ja die materielle Wahrheit ebenso beiseite schiebt, nicht beanstandet wird. Am Verblüffendsten ist aber, daß das Argument von der Verpflichtung der Revisionsgerichte auf die Wahrheit dem *BGH* so leicht von den Lippen geht, nachdem er selbst in neuerer Zeit durch die Entwicklung zahlreicher der StPO unbekannter Institute wie der Widerspruchslösung, der Konnexität bei Beweisanträgen und des Vortrages von Negativtatsachen in der Revisionsbegründung⁴¹ dafür gesorgt hat, daß der Erfolg einer Verfahrensrevision nur noch wenig von der Wahrhaftigkeit eines für das Urteil kausalen Verfahrensfehlers und weitaus mehr vom Scheitern des Revisionsführers an den von der Rechtsprechung immer spitzer ausgebauten formellen Klippen abhängt.

D. Die Unbehelflichkeit der auf die Moral der Verfahrensbeteiligten abzielenden Argumente

I. Nach Meinung des *1. Strafsenats* soll die über ein Jahrhundert gültige Rechtsprechung letztlich »von einem nicht gerechtfertigten Mißtrauen in die Redlichkeit der Urkundspersonen getragen« worden sein.⁴² Aber diese Unterstellung ist durch nichts begründet, wie beispielsweise die Stellungnahme des *Oberreichsanwalts* vor den *Vereinigten Strafsenaten* belegt, die in bemerkenswerter Objektivität folgendes hervorhebt:

»Für die bisherige Ansicht spreche endlich auch ein wichtiges psychologisches Moment (. . .). Da die Urkundspersonen bei der Fülle der von ihnen wahrzunehmenden Termine in die Notwendigkeit versetzt würden, fortgesetzt amtliche Zeugnisse über gleichliegende und ähnliche Fälle auszustellen, könne ihre Erinnerung nur eine unsichere sein, und es könne sich dann unbewußt und unge-

wollt die Folgerung einstellen, der gerügte Prozeßverstoß sei, weil in so viel anderen Sachen nicht begangen, auch vorliegend nicht begangen (. . .). Ihre Beachtung leite sich aus der menschlichen Natur überhaupt her, nicht aus einem Mißtrauen gegen die Pflichttreue der Urkundsperson.« (RGSt 43, 3).⁴³

II. Im Gegensatz zu der untadeligen Einstellung der Urkundspersonen glaubt der *Große Senat* »in einer veränderten Einstellung der Strafverteidiger zu der Praxis, auf unwahres Vorbringen Verfahrensrügen zu stützen«, einen Grund dafür gefunden zu haben, »die Zurückhaltung bei der Berücksichtigung der Protokollberichtigung aufzugeben«⁴⁴. Aber das ist erstens ein weiterer Zirkelschluß, weil die Frage, ob unwahres Vorbringen vorliegt, durch § 274 StPO ja gerade abgeschnitten wird; und zweitens heißt es, das Kind mit dem Bade ausschütten, wenn wegen möglicher Mißbrauchsfälle, die nach dem eigenen Eingeständnis des *Großen Senats* »allerdings regelmäßig nicht leicht nachweisbar sind« (Tz. 55) und für die außerdem auch schon andere, in ihrer Berechtigung hier nicht weiter zu untersuchende Rechtsfolgen vorgesehen worden sind,⁴⁵ auch für die viel zahlreicheren Fälle, in denen kein Mißbrauch vorliegt, im Ergebnis dieselbe Rechtsfolge proklamiert wird. Im übrigen hätte den *Großen Senat* ein Studium der in Fn. 4 nachgewiesenen Entscheidungen des *Preußischen Obertribunals* darüber belehrt, daß die Gründung von Revisionsrügen auf den (sei es auch noch so unwahrscheinlichen, aber eben mit absoluter Beweiskraft ausgestatteten) Protokollinhalt selbst in der preußischen Monarchie für die Verteidiger selbstverständlich war, so daß offenbar deren Einstellung seit 140 Jahren unverändert ist.

37 Noch unzulänglicher ist die Erwägung im Vorlagebeschluß des *1. Strafsenats*, daß es der im Beschluß des *4. Strafsenats* zumindest für erforderliche erklärten erneuten Urteilszustellung (*BGH* NStZ-RR 2006, 273; nota bene hatte der *4. Strafsenat* dies nur zusätzlich als Bedenken gegenüber der Zulässigkeit des Anfrageverfahrens geltend gemacht und im Kern am Verbot der Rügeverkümmern festgehalten) deshalb nicht bedürfe, weil auch ein mangelhaftes Protokoll nach Vollzug der Unterschritten »fertig gestellt« sei (*BGH* NJW 2006, 3582 [3587]). Der in der Entscheidung der Vereinigten Strafsenate des *RG* hervorgehobene systematische Zusammenhang zwischen dem Protokollinhalt und der Begründung der Verfahrensrevision wird dabei ebenso übersehen, wie die berechtigten Interessen des Revisionsführers beiseite geschoben werden, der gerade auch nach der Rechtsprechung des *1. Strafsenats* bei größeren Prozessen für die Ausführung der Verfahrensrügen mit sämtlichen sog. Negativtatsachen (Nachw. b. *Roxin/Schünemann* [Fn. 6], § 55 Rn. 47) innerhalb eines Monats zu einer Beschränkung des Vortrages nach dem Maß der Erfolgchancen gezwungen ist und deshalb zumindest die Möglichkeit haben müßte, eine ihm durch Protokollberichtigung verkümmerte, ex ante erfolversprechende Verfahrensrüge durch weniger aussichtsreiche und deshalb zunächst zurückgestellte Rügen zu ersetzen.

38 Besonders eklatant in Gestalt des Verständigungsgesetzes v. 03. 08. 2009 (BGBl. I, S. 2353), das in seinem § 257 c StPO sogar noch hinter den faute de mieux vom *4. Strafsenat* geforderten Minimalkautelen zurückbleibt, s. *Fischer* StraFO 2009, 177; *Schünemann* ZRP 2009, 104; *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 44 Rn. 64 f.

39 *BGH* NJW 2006, 3582 (3585); übernommen vom *GrS* in *BGHSt* 51, 298 (309).

40 *BGH* NStZ-RR 2006, 273.

41 Nachw. b. *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 24 Rn. 34, § 45 Rn. 10, § 5 Rn. 47.

42 *NJW* 2006, 3582 (3585).

43 Die Verteidigung der Redlichkeit der Urkundspersonen wird im Vorlagebeschluß in Tz. 57 abschließend »nochmals« betont. Dem Hinweis auf die nachlassende Erinnerungskraft wird in Tz. 39 entgegengehalten, er stamme »aus einer Zeit, als es die Vorschrift über die Urteilsabsetzungsfristen noch nicht gab« – *difficile est, satiram non scribere*, wenn man sich vor Augen führt, daß der Hinweis ja aus den 70er und 80er Jahren des 19. Jahrhunderts stammt, als die Urteile nicht selten komplett ins Sitzungsprotokoll aufgenommen wurden und regelmäßige monate- oder jahrelange Hauptverhandlungen, wie sie heute häufig sind, ins Reich der Fabel verwiesen worden wären, von dem vom Gesetzgeber in geradezu rechtsstaatswidriger Weise eröffneten Unterbrechungsmöglichkeiten im heutigen § 229 StPO (dazu *Roxin/Schünemann* [Fn. 6], § 44 Rn. 8 f.) ganz abgesehen.

44 *BGHSt* 51, 298 (311 ff.) = *StV* 2007, 403.

45 Nachweise ebenfalls in Tz. 55.

E. Unbehelflichkeit der Zusatzargumente aus dem Beschleunigungsgrundsatz und dem Opferschutz

I. Offenbar hat bereits der *I. Strafsenat* im Vorlagebeschluß das Argument aus der Wahrheitspflicht für nicht allein ausreichend angesehen, denn er hat hinzugefügt, daß diese Verpflichtung dadurch zusätzliches Gewicht erhalte, daß das *BVerfG* die Verfahrensverlängerung wegen Korrektur eines der Justiz anzulastenden Verfahrensfehlers bei der Berechnung der Überlänge eines Verfahrens mitberücksichtige, zumal es wegen des Gebots der Beschleunigung des Verfahrens insbesondere in Haft Sachen nicht mehr akzeptabel sei, Urteile aufgrund eines tatsächlich nicht vorliegenden Verfahrensfehlers aufzuheben.⁴⁶ Der Sprengstoff, der in diesem Argument für das rechtsstaatlich-liberale Strafverfahren steckt, kann gar nicht explosiv genug veranschlagt werden, denn es ist offensichtlich, daß jede Minimierung oder gar Abschaffung einer Kautel für die Beschleunigung des Verfahrens sorgt, welches als Standgerichtsverfahren die allerschnellsten Ergebnisse zeitigen würde. Das ist auch keine Geisterseherei, denn das Beschleunigungsargument droht neuerdings den Topos der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege bei der restriktiven Bestimmung verfahrensrechtlicher Kautelen noch zu übertrumpfen. Die Widerlegung scheint sich mir abermals bereits im Beschluß des *4. Strafsenats* zu finden, wenn es dort heißt: »Der Beschleunigungsgrundsatz (...) findet dort seine Grenze, wo das insgesamt ausgewogene – gerade auch dem Schutz des Angeklagten dienende – Rechtsmittelrecht der Rechtskraft der Entscheidung entgegensteht.«⁴⁷ Und was die Beschleunigung in Haft Sachen anbetrifft, so hat es ja der Angeklagte als Revisionsführer in der Hand, im Interesse der Beschleunigung auf seine Revisionsrüge zu verzichten,⁴⁸ ganz abgesehen davon, daß ein Justizsystem, das sich um die Beschleunigung in Haft Sachen ernsthafte Sorgen macht, die sog. elektronische Fußfessel aber bis heute blockiert,⁴⁹ bei der Propagierung der Einschränkung von Verfahrenspositionen aus Sorge um die Haftdauer nicht besonders überzeugend wirkt.

II. Der *Große Senat* hat sich dem Vorlagebeschluß nicht nur hinsichtlich des Beschleunigungsgebots angeschlossen (*BGHSt* 51, 298 [310] = StV 2007, 403), sondern sogar gemeint, mit dem Argument des Opferschutzes noch draufzusetzen zu können (Tz. 47). Nachdem bereits der Gesetzgeber in immer neuen Opferschutz- und Opferrechtsreformgesetzen die Rechtsstellung und vor allem auch die faktische Verfahrensposition des Beschuldigten immer stärker beschnitten hat,⁵⁰ ist eine kumulative Zitierung des Opferschutzes als Begründung für die Einschränkung der Verfahrensposition des Beschuldigten durch die Rechtsprechung schlechterdings inakzeptabel. Das Argument ist außerdem schon in sich fehlerhaft, weil die Einkassierung des Verbots der Rügeverkümmern ja für alle Prozesse und nicht etwa nur für diejenigen mit besonders schutzwürdigen Opfern als Zeugen ausgesprochen worden ist.

F. Zur Prüfungsdichte des *BVerfG*

I. Bemerkenswerter Weise hat das *BVerfG*, nachdem es eine verfassungswidrige Usurpation legislatorischer Gewalt durch den *GrS* (wie vorstehend dargelegt: zu Unrecht) verneint hat, in eingehender Weise zusätzlich geprüft, ob die Einkassierung des Verbots der Rügeverkümmern nicht die Grundrechte auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzt habe (*BVerfGE* 122, 248 (270 ff.) Tz. 65–94).⁵¹ Daß das *BVerfG* dabei in seiner »Gesamtschau« eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick nehmen will (*BVerfGE* 122, 248 [272] Tz. 72), erscheint trotz der im Schrifttum einflußreichen Kritik⁵² im Prinzip sachgerecht.⁵³ Zu dieser funktionstüchtigen Strafrechtspflege gehört freilich auch, um eine rechtsstaatswidrige Engführung zu vermeiden, die Sicherstellung einer funktionstüchtigen

Strafverteidigung, die die vom sog. Perseveranzeffekt drohende Einseitigkeit der in der Hauptverhandlung stattfindenden Beweiswürdigung zu kompensieren vermag.⁵⁴ Auch das vom *BVerfG* in diesem Zusammenhang durchaus mit Recht zitierte Beschleunigungsgebot (*BVerfGE* 122, 248 [273] Tz. 73) ist ja nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer »Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs innerhalb kurzer Zeit« zu sehen, sondern auch als Anspruch des Beschuldigten, was etwa bei Untersuchungshaft und unabweisbar länger dauerndem Verfahren die Einführung der elektronischen Fußfessel m. E. zu einem verfassungsrechtlichen und deshalb vom *BVerfG* durchzusetzenden Erfordernis macht. Die als regulatives Prinzip wirkende und nicht nur in Art. 6 Abs. 2 EMRK, sondern auch im Rechtsstaatsprinzip verankerte Unschuldsvermutung⁵⁵ gebietet deshalb, in der notwendigen ex ante-Perspektive des Strafverfahrens dem Interesse an der »Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs«⁵⁶ als Zwilling immer sogleich das sowohl dem Beschuldigten als auch dem Rechtsstaat eigene Interesse der Freisprechung des zu Unrecht Verdächtigten beizugesellen, ebenso wie der vom *BVerfG* zum Glück nur beiläufig aufgegriffene Gesichtspunkt des Opferschutzes (*BVerfGE* 122, 248 [274] Tz. 75) jeder Zeit dadurch relativiert werden muß, daß der Verletzte vor Rechtskraft stets nur die Verfahrensposition eines *Opferprätendenten* haben kann.

II. Wenn in der geschilderten Weise eine Engführung der vom *BVerfG* benutzten Abwägungsprinzipien vermieden wird, läßt sich deshalb m. E. gegen die Handhabung dieser Prüfungsstufe durch die Mehrheitsmeinung nichts einwenden. In der Sache unterscheidet sich die Kontrolle auf dieser Stufe ja nicht von der Kontrolle von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit, und es ist zweifellos nicht Aufgabe des *BVerfG*, aus Generalklauseln wie dem fair trial eine minutiöse Kodifikation ableiten zu wollen. Zutreffend ist auch die Beobachtung in *BVerfGE* 122, 248 (276) Tz. 82, daß eine Tendenz der Rechtsprechung erkennbar sei, »den Einfluss von Verfahrensrügen zu begrenzen«, daß aber das Prüfungsprogramm durch die Ausweitung der sog. Darstellungsrüge auch »erheblich ausgedehnt« worden sei. Unter dem Aspekt des effektiven Rechtsschutzes wirkt sich das per saldo eher zu Gunsten des Revisionsführers aus, so daß der fair trial dadurch nicht eo ipso verletzt worden ist, wohl aber insoweit, als der Beschuldigte dadurch benachteiligt wird – so daß sich die hier nicht weiter

46 NJW 2006, 3582 (3585); der Satz in Tz. 37 ist freilich grammatisch mißlungen und deshalb im Text in dem von mir vermuteten Sinn wiedergegeben worden.

47 BGH NStZ-RR 2006, 273.

48 Zutreffend *Momsen* FS Egon Müller (Fn. 16), S. 457 (464 f.).

49 Dazu *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 30 Rn. 3, § 69 Rn. 8.

50 Dazu *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), Vorb. § 63 Rn. 4; *Schünemann* FS Hamm, 2008, S. 687 ff.

51 Bezüglich der Garantie des effektiven Rechtsschutzes zitiert es dabei seine eigene Rechtsprechung, wonach die Rechtsschutzgarantie zwar keinen Anspruch auf einen Instanzenzug gewährleiste, aber dann, wenn er eröffnet sei, wirksamen Rechtsschutz in allen Instanzen gebiete. Daß diese Zickzack-Argumentation als solche nicht überzeugt, soll wegen des billigenwertigen Ergebnisses hier nicht weiter kritisiert werden. Doch sei immerhin angemerkt, daß es wenig einleuchtet, daß der Gesetzgeber dann, wenn er gar keinen Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen braucht, im Falle einer großzügigeren Gewährung plötzlich zu völliger Effektivität gezwungen sei; während umgekehrt die Natur des Strafverfahrens als eines vom Staat betriebenen Eingriffsverfahrens ebenso wie die Garantie eines Instanzenzuges in der Strafjustiz durch Art. 14 Abs. 5 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte massiv dafür sprechen, daß in einem Rechtsstaat ein Instanzenzug in Strafsachen unverzichtbar ist.

52 *Riehle* KritJ 1980, 316; *Hassemer* StV 1982, 275; *Wolter* GS Meyer, 1990, S. 493; *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 406.1; differenzierend und im Ganzen positiver *Niemöller/Schuppert* AöR 107 (1982), 387; *Roxin* FG 40 Jahre BGH, 1991, S. 66.

53 Die Renaissance dieses in der Rspr. des *BVerfG* eine Zeit lang in den Hintergrund getretenen (Nachw. b. *Roxin/Schünemann* [Fn. 6], § 1 Rn. 7) topos ist im Anschluß an den Aufsatz von *Landau* NStZ 2007, 121, zu registrieren.

54 Dazu näher *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 1 Rn. 16.

55 Vgl. nur *BVerfGE* 35, 311 (320); 82, 106 (114) = StV 1991, 111.

56 *BVerfGE* 122, 248 (273 f.) Tz. 73, 75.

zu verfolgende Frage einer abermaligen Usurpation rechtsetzender Gewalt in malam partem stellt.⁵⁷

III. Unbeschadet der dem *BGH* fehlenden Legitimation zur Rechtsfortbildung contra legem durch Einkassierung des Verbots der Rügeverkümmern würde man deshalb eine derartige (allein dem Gesetzgeber zustehende!) Rechtsänderung inhaltlich nicht als Verletzung des Rechtsstaatsprinzips qualifizieren können, sofern dem »Revisionsführer effektiver Schutz vor unberechtigten Protokollberichtigungen« gewährt wird, was das *BVerfG* »durch ein zu beachtendes Berichtigungsverfahren und eine Prüfungspflicht des Revisionsgerichts« für gesichert hält (*BVerfGE* 122, 248 [274] Tz. 76). Freilich könnte man sich wirksamere Absicherungen vorstellen wie etwa eine als Kontrollinstrument mitlaufende Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung. Unter dem Aspekt des »Einsatzes der modernen Technik nicht nur zu Perfektionierung der strafprozessualen Eingriffsmaßnahmen, sondern auch zum Schutz des Angeklagten«⁵⁸ spricht auch vieles für eine derartige Anforderung, doch läßt sich nicht bestreiten, daß hierbei so zahlreiche rechtliche und praktische Fragen zu berücksichtigen sind, daß dem Gesetzgeber bei der Durchführung ein erheblicher Gestaltungsspielraum zusteht. Unbeschadet dessen ist zu hoffen,

daß das *BVerfG* in Zukunft aus den von ihm anerkannten und beifallswürdigen rechtsstaatlichen Anforderungen an den fair trial, vergleichbaren Vorbildern auf anderen Rechtsgebieten folgend, einen *Gesetzgebungsauftrag* ableiten wird, die in den letzten Jahren und Jahrzehnten unleugbare Verstärkung der Strafverfolgungsmacht im Strafverfahren durch einen kompensierenden Ausbau der Verteidigungsrechte *auszubalancieren*. Dies gilt natürlich auch für den wichtigsten Schauplatz der Demontage des von der StPO kodifizierten Strafverfahrens, die Urteilsabsprachen, bezüglich derer sich das *BVerfG* in der Vergangenheit noch nicht festzulegen brauchte⁵⁹ und hoffentlich in nicht allzu ferner Zeit eine Gelegenheit bekommen und auch ergreifen wird, die einseitige Ausrichtung des Verständigungsgesetzes an vordergründigen Praktikabilitätsfragen rechtsstaatlich zurecht zu rücken.

⁵⁷ Vgl. dazu *Roxin/Schünemann* (Fn. 6), § 55 Rn. 32.

⁵⁸ Zu dieser Forderung *Schünemann* FS 25 Jahre AG Strafrecht DAV, 2009, S. 827 (844).

⁵⁹ Denn die hierzu vor über 20 Jahren ergangene Kammerentscheidung in NStZ 1987, 419 ist in jeder Hinsicht vorsichtig und ambivalent formuliert (*Schünemann* [Fn. 12], S. 143 ff.), ganz abgesehen davon, daß sie eine Senatsentscheidung ohnehin nicht präjudizieren würde.