

## **Nordverbund-Tagung**

### **„Das strafrichterliche Dezernat“**

## **Warberg**

### **Script „Das Beweisantragsrecht“ § 244 StPO**

## Das formelle Beweisantragsrecht des § 244 StPO

Das formelle Beweisantragsrecht wird als Zentralproblem der Hauptverhandlung verstanden.

### **§ 244 Beweisaufnahme; Untersuchungsgrundsatz; Ablehnung von Beweisanträgen**

(1) Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme.

(2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

(3) <sup>1</sup>Ein Beweisantrag liegt vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmt behauptete konkrete Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel zu erheben und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll. <sup>2</sup>Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. <sup>3</sup>Im Übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn

1. eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist,

2. die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung ist,

3. die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen ist,

4. das Beweismittel völlig ungeeignet ist,

5. das Beweismittel unerreichbar ist oder

6. eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.

(4) <sup>1</sup>Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch abgelehnt werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt. <sup>2</sup>Die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kann auch dann abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist; dies gilt nicht, wenn die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist, wenn sein Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn das Gutachten Widersprüche enthält oder wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen eines früheren Gutachters überlegen erscheinen.

(5) <sup>1</sup>Ein Beweisantrag auf Einnahme eines Augenscheins kann abgelehnt werden, wenn der Augenschein nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. <sup>2</sup>Unter derselben Voraussetzung kann auch ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen abgelehnt werden, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre.

<sup>3</sup>Ein Beweisantrag auf Verlesung eines Ausgangsdokuments kann abgelehnt werden, wenn nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts kein Anlass besteht, an der inhaltlichen Übereinstimmung mit dem übertragenen Dokument zu zweifeln.

(6) <sup>1</sup>Die Ablehnung eines Beweisantrages bedarf eines Gerichtsbeschlusses. <sup>2</sup>Einer Ablehnung nach Satz 1 bedarf es nicht, wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewusst ist und er die Verschleppung des Verfahrens bezweckt; die Verfolgung anderer verfahrensfremder Ziele steht der Verschleppungsabsicht nicht entgegen. <sup>3</sup>Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. <sup>4</sup>Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; dies gilt nicht, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. <sup>5</sup>Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen.

§ 244 StPO regelt hierbei den Bereich des streng formellen Beweisantragsrechts.

Das streng formelle Beweisantragsrecht wird indes in einigen Verfahrensarten durchbrochen und erlaubt insofern ein Abweichen von Verfahrensvorschriften des strengen Beweisantragsrecht.

### **Beispiele für Verfahrensarten, bei welchen das formelle Beweisantragsrecht eingeschränkt ist:**

- **Strafbefehlsverfahren §§ 420, 411 Abs.2 Satz 2 StPO**

#### **§ 420 Beweisaufnahme**

*(1) Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten darf durch Verlesung von Niederschriften über eine frühere Vernehmung sowie von Urkunden, die eine von ihnen stammende schriftliche Äußerung enthalten, ersetzt werden.*

*(2) Erklärungen von Behörden und sonstigen Stellen über ihre dienstlichen Wahrnehmungen, Untersuchungen und Erkenntnisse sowie über diejenigen ihrer Angehörigen dürfen auch dann verlesen werden, wenn die Voraussetzungen des § 256 nicht vorliegen.*

*(3) Das Verfahren nach den Absätzen 1 und 2 bedarf der Zustimmung des Angeklagten, des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft, soweit sie in der Hauptverhandlung anwesend sind.*

*(4) Im Verfahren vor dem Strafrichter bestimmt dieser unbeschadet des § 244 Abs. 2 den Umfang der Beweisaufnahme.*

Im Strafbefehlsverfahren hat das Gericht insofern über die §§ 250 ff. StPO hinausgehende Verlesungsmöglichkeiten.

Das Verbot der Beweisantizipation ist teilweise eingeschränkt.

Im Verfahren vor dem Strafrichter (nicht auch vor dem Schöffengericht) bestimmt - unbeschadet der nach wie vor geltenden Amtsaufklärungspflicht ( § 244 Abs. 2 ) - grds. dieser nach § 420 Abs. 4 den Umfang der Beweisaufnahme. Der Richter darf Beweisanträge nach seinem freien richterlichen Ermessen ablehnen und ist nicht an die Ablehnungsgründe der 6, 245 gebunden. Er kann deshalb - wie im Privatklageverfahren nach § 384 Abs. 3 und im OWi-Verfahren nach § 77 Abs. 1, 2 Nr. 1 OWiG - Beweisanträge mit der Begründung ablehnen, das Gegenteil der Beweistatsache sei bereits erwiesen und das neue Beweismittel nicht geeignet, die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern. **Zöller in: Gercke/Julius/Temming u.a., Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 420 Hauptverhandlung]**

- **Ordnungswidrigkeitenverfahren § 77 OWiG**

*§ 77 Umfang der Beweisaufnahme*

*(1) Das Gericht bestimmt, unbeschadet der Pflicht, die Wahrheit von Amts wegen zu erforschen, den Umfang der Beweisaufnahme. Dabei berücksichtigt es auch die Bedeutung der Sache.*

*(2) Hält das Gericht den Sachverhalt nach dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme für geklärt, so kann es außer in den Fällen des § 244 Abs. 3 der Strafprozessordnung einen Beweisantrag auch dann ablehnen, wenn*

*1. nach seinem pflichtgemäßen Ermessen die Beweiserhebung zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist oder*

*2. nach seiner freien Würdigung das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache ohne verständigen Grund so spät vorgebracht wird, dass die Beweiserhebung zur Aussetzung der Hauptverhandlung führen würde.*

*(3) Die Begründung für die Ablehnung eines Beweisantrages nach Absatz 2 Nr. 1 kann in dem Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 der Strafprozessordnung) in der Regel darauf beschränkt werden, dass die Beweiserhebung zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist.*

Das Ablehnen des Beweisantrages kann somit innerhalb der Hauptverhandlung mit der Kurzbegründung: „als nicht zur Erforschung der Wahrheit erforderlich“ abgelehnt werden.

Für das Rechtsbeschwerdegericht muss indes die Ablehnung nachvollziehbar/prüfbar sein.

In den Urteilsgründen ist darzulegen, dass nach dem innerhalb der Beweisaufnahme gefundenen Ergebnis dieses derart eindeutig erscheint, dass die beantragte Beweisaufnahme, nach der Überzeugung des Gerichts, für die weitere Aufklärung entbehrlich erscheint.

- **Beschleunigtes Verfahren § 420 StPO**

s.h. hierzu obig zum Strafbefehlsverfahren

- Vereinfachtes Jugendverfahren nach § 78 JGG

**§ 78 Verfahren und Entscheidung**

(1) *Der Jugendrichter entscheidet im vereinfachten Jugendverfahren auf Grund einer mündlichen Verhandlung durch Urteil. Er darf auf Hilfe zur Erziehung im Sinne des § 12 Nr. 2, Jugendstrafe oder Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht erkennen.*

(2) *Der Staatsanwalt ist nicht verpflichtet, an der Verhandlung teilzunehmen. Nimmt er nicht teil, so bedarf es seiner Zustimmung zu einer Einstellung des Verfahrens in der Verhandlung oder zur Durchführung der Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten nicht.*

(3) *Zur Vereinfachung, Beschleunigung und jugendgemäßen Gestaltung des Verfahrens darf von Verfahrensvorschriften abgewichen werden, soweit dadurch die Erforschung der Wahrheit nicht beeinträchtigt wird. Die Vorschriften über die Anwesenheit des Angeklagten (§ 50), die Stellung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters (§ 67), die Unterrichtung bei Freiheitsentzug (§ 67a) und die Mitteilung von Entscheidungen (§ 70) müssen beachtet werden. Bleibt der Beschuldigte der mündlichen Verhandlung fern und ist sein Fernbleiben nicht genügend entschuldigt, so kann die Vorführung angeordnet werden, wenn dies mit der Ladung angedroht worden ist.*

- Privatklageverfahren nach § 384 StPO

**§ 384 Weiteres Verfahren**

(1) *Das weitere Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, die für das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage gegeben sind. Jedoch dürfen Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht angeordnet werden.*

(2) **§ 243** *ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Vorsitzende den Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens verliert.*

(3) **Das Gericht bestimmt unbeschadet des § 244 Abs. 2 den Umfang der Beweisaufnahme.**

(4) *Die Vorschrift des § 265 Abs. 3 über das Recht, die Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen, ist nicht anzuwenden.*

(5) *Vor dem Schwurgericht kann eine Privatklegesache nicht gleichzeitig mit einer auf öffentliche Klage anhängig gemachten Sache verhandelt werden.*

## Das Beweisantragsrecht im Ermittlungsverfahren §§ 163 a, 166 StPO

### **§ 163a Vernehmung des Beschuldigten**

- (1) *Der Beschuldigte ist spätestens vor dem Abschluss der Ermittlungen zu vernehmen, es sei denn, dass das Verfahren zur Einstellung führt.* <sup>2</sup>§ 58a Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 und 3 sowie § 58b gelten entsprechend. <sup>3</sup>In einfachen Sachen genügt es, dass ihm Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern.
- (2) **Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen, so sind sie zu erheben, wenn sie von Bedeutung sind.**
- (3) *Der Beschuldigte ist verpflichtet, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen.* <sup>2</sup>Die §§ 133 bis 136a und 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend. <sup>3</sup>Über die Rechtmäßigkeit der Vorführung entscheidet auf Antrag des Beschuldigten das nach § 162 zuständige Gericht. <sup>4</sup>Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend. <sup>5</sup>Die Entscheidung des Gerichts ist unanfechtbar.
- (4) *Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird.* <sup>2</sup>Im übrigen sind bei der Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Absatz 1 Satz 2 bis 6, Abs. 2, 3 und § 136a anzuwenden. <sup>3</sup>§ 168c Absatz 1 und 5 gilt für den Verteidiger entsprechend.
- (5) § 187 Absatz 1 bis 3 und § 189 Absatz 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes gelten entsprechend.

### **§ 166 Beweisanträge des Beschuldigten bei richterlichen Vernehmungen**

- (1) **Wird der Beschuldigte von dem Richter vernommen und beantragt er bei dieser Vernehmung zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen, so hat der Richter diese, soweit er sie für erheblich erachtet, vorzunehmen, wenn der Verlust der Beweise zu besorgen ist oder die Beweiserhebung die Freilassung des Beschuldigten begründen kann.**
- (2) *Der Richter kann, wenn die Beweiserhebung in einem anderen Amtsbezirk vorzunehmen ist, den Richter des letzteren um ihre Vornahme ersuchen.*

Danach sind Beweise zu erheben, so sie von Bedeutung sind. Die Beweiserheblichkeit beurteilt die Staatsanwaltschaft hierbei nach pflichtgemäßem Ermessen.

**Folgen unterlassener Beweiserhebung.** Unterlässt es die Staatsanwaltschaft, beantragte Entlastungsbeweise zu erheben, so stehen dem Beschuldigten hiergegen im Ermittlungsverfahren, abgesehen von der Aufsichtsbeschwerde an die vorgesetzte Staatsanwaltschaft, keine Rechtsbehelfe zur Verfügung. Der Beschuldigte kann auch der Eröffnung des Hauptverfahrens nicht mit Aussicht auf Erfolg allein mit der Begründung entgegentreten, dass die Staatsanwaltschaft solche Beweiserhebungen unterlassen habe. Er hat aber die Möglichkeit, seine Anträge im Eröffnungsverfahren zu wiederholen (§ 201 Abs. 1). Das eröffnende Gericht entscheidet hierüber unter dem Gesichtspunkt, ob sie für seine Entscheidung über das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts von Bedeutung sind; es

befindet also nicht aus einer ex-ante-Betrachtung heraus darüber, ob die Staatsanwaltschaft die Beweiserhebung zu Unrecht abgelehnt hat. *ErbLöwe-Rosenberg, StPO, § 163a*

### **Das Beweisantragsrecht im Zwischenverfahren § 201 StPO**

#### **§ 201 Übermittlung der Anklageschrift**

*(1) Der Vorsitzende des Gerichts teilt die Anklageschrift dem Angeschuldigten mit und fordert ihn zugleich auf, innerhalb einer zu bestimmenden Frist zu erklären, ob er die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle. Die Anklageschrift ist auch dem Nebenkläger und dem Nebenklagebefugten, der dies beantragt hat, zu übersenden; § 145a Absatz 1 und 3 gilt entsprechend.*

*(2) Über Anträge und Einwendungen beschließt das Gericht. Die Entscheidung ist unanfechtbar.*

Das Gericht entscheidet hierbei ebenfalls über die Beweisanträge nach pflichtgemäßem Ermessen.

Auch diese Entscheidung ist nicht anfechtbar nach § 201 Abs.2 Satz 2 StPO.

**Nach alledem kann festgehalten werden, dass das Beweisantragsrecht der StPO sich im Wesentlichen nur als ein Problem der Hauptverhandlung darstellt.**

## Die Bedeutung des Beweisantragsrecht im Hinblick auf die Amtsaufklärungspflicht § 244 Abs.2 StPO

### § 244 Beweisaufnahme; Untersuchungsgrundsatz; Ablehnung von Beweisanträgen

(1)...

(2) **Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.**

(3)...

(4)...

(5) ...

(6) ...

Wenn das Gericht per se verpflichtet ist, die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken die von Bedeutung sind ist fraglich, warum das Beweisantragsrecht der Verteidigung oder der Staatsanwaltschaft als derart zentrales Problem des Strafprozesses angesehen werden kann.

Die Amtsaufklärungspflicht begründet doch für die Prozessbeteiligten einen unverzichtbaren Anspruch darauf, den Sachverhalt im Hinblick auf sämtliche relevanten Tatsachen zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

Das Gebot zur Erforschung der Wahrheit, zur Aufklärung aller entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen (Untersuchungsgrundsatz, Instruktionsmaxime), ist das **beherrschende Prinzip des Strafverfahrens**. Die Aufklärung des wahren Sachverhalts ist das zentrale Anliegen des Strafprozesses und Bestandteil des materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzips. Hieran hat sich auch durch die Kodifizierung der Verfahrensabsprache nichts geändert (§ 257c Abs. 1 Satz 2; vgl. Vor § 226, 27). Die Aufklärungspflicht gilt nicht nur für die Beweisaufnahme. Das brachte die frühere Fassung der Vorschrift - „Das Gericht hat von Amts wegen alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist“ - deutlicher zum Ausdruck als die seit dem Vereinheitlichungsgesetz geltende Fassung, die sich ihrem Wortlaut nach allein auf die Verpflichtungen des Gerichts im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme bezieht. Ungeachtet der Fassungsänderung ist die Pflicht des Gerichts, unabhängig vom Verhalten der Verfahrensbeteiligten alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist, ein das ganze Verfahren und nicht nur die Beweisaufnahme beherrschendes Gebot. Ihm muss der Richter auch dann - und gerade dann - gehorchen, wenn äußere Schwierigkeiten seine Befolgung erschweren. Er muss diese bewältigen, gleichgültig, ob sie durch die Unzulänglichkeit der Vorermittlungen, die Beschränktheit oder Lügenhaftigkeit der Zeugen, ungenügende Sachkunde der Gutachter, Obstruktionen Verfahrensbeteiligter, die Eilbedürftigkeit der Sache, die Zeitnot aufgrund eines Übermaßes anderer Geschäfte oder sonstige Umstände hervorgerufen sind.

*BeckerLöwe-Rosenberg, StPO, § 244*

Zunächst einige Beispiele um die Amtsaufklärungspflicht zu verdeutlichen.

**Beispiel:**

**Der Zeuge X gibt innerhalb der Hauptverhandlung ein Tatgeschehen wieder, welches von dem Protokoll der polizeilichen Vernehmung abweicht. Gegenüber der Polizei hatte der Zeuge X den Angeklagten belastet und nunmehr innerhalb der Hauptverhandlung entlastet.**

**Die frühere Aussage wird dem Zeugen X vorgehalten worauf dieser äußert: „er müsse missverstanden worden sein, so habe er dies nicht geäußert“!**

**Die frühere Aussage wird vom Vorsitzenden verlesen nach § 253 Abs. 2 StPO und der Angeklagte wird entsprechend der früheren Aussage verurteilt.**

Die Verlesung des Protokolls der Zeugenvernehmung war statthaft nach § 253 Abs.2 StPO, da der Widerspruch erstmals in der Hauptverhandlung aufgetreten war und der vernehmende Polizeibeamte offensichtlich nicht als Zeuge geladen war. Allerdings hat das Gericht gegen die Amtsaufklärungspflicht verstoßen, da der vernehmende Polizeibeamte nunmehr als Zeuge in Betracht gekommen wäre um das behauptete Missverständnis während der polizeilichen Vernehmung aufzuklären.

**Beispiel:**

**Im Verlauf einer Hauptverhandlung treten Gesichtspunkte auf, die ggfs. für eine verminderte Schuldfähigkeit sprechen könnten. Das Gericht gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Angeklagte erklärt, dass er bei Einholung eines entsprechenden Gutachtens berufliche Nachteile befürchtet. Um diese zu umgehen verzichte er auf die Einholung eines Gutachtens mit der Folge, dass er auch eine Verurteilung ohne die Annahme der verminderten Schuldfähigkeit in Kauf nehmen würde, als für ihn weniger einschneidende Maßnahme.**

Auch in diesem Fall zwingt die Aufklärungspflicht des § 244 Abs.2 StPO das Gericht ein entsprechendes Gutachten einzuholen. Wünsche und Befürchtungen des Angeklagten sind insoweit unbeachtlich. Dies selbst für den Fall, dass die Staatsanwaltschaft sich dem Verzicht des Angeklagten auf Einholung eines entsprechenden Gutachtens anschließen würde.

Die umfassende Sachverhaltserforschung obliegt dem Gericht als eigene Pflicht, auf deren **Erfüllung** die Verfahrensbeteiligten zwar **durch Anträge und Anregungen hinwirken** können, die aber im Übrigen ihrer Disposition entzogen ist. Sie können sie durch Anträge oder Anregungen, einseitigen oder vereinbarten Verzicht auf Beweismittel oder durch ein Geständnis andererseits auch **nicht zum Wegfall bringen**. BeckerLöwe-Rosenberg, StPO, § 244

**Beispiel:**

**In einer Hauptverhandlung wegen Körperverletzung hat das Gericht bisher aus einer Gruppe von 12 Zeugen, die sich in der Nähe des Tatorts aufgehalten hatten, 11 Zeugen vernommen, welche sämtlich den Anklagevorwurf nicht bestätigen konnten. Der 12. Zeuge wurde bisher wegen eines Auslandsaufenthalts nicht geladen. Innerhalb der Beweisaufnahme stellt sich allerdings heraus, dass der 12. Zeuge sich zum Tatzeitpunkt auf die Toilette begeben haben soll und somit dichter am Tatgeschehen befindlich gewesen sein soll.**

Hier hätte das Gericht, auch wenn die Staatsanwaltschaft keinen diesbezüglichen Beweisantrag stellen würde, aus dem Grundsatz der Amtsaufklärungspflicht heraus die Pflicht, den 12. Zeugen zu hören, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser aufgrund einer besseren Wahrnehmungsfähigkeit den Anklagevorwurf bestätigen könnte.

Bei einem derartigen Verständnis des Amtsaufklärungsgrundsatzes des § 244 Abs.2 StPO, der das Gericht verpflichtet die Beweisaufnahme auf sämtliche Möglichkeiten und Beweismittel zu erstrecken, die für die Überzeugungsbildung bedeutsam sein könnten ist fraglich, welchen Raum das Beweisantragsrecht, als „wichtigstes Recht der Verteidigung innerhalb der Hauptverhandlung“ einnimmt.

Der Grundsatz der Amtsaufklärungspflicht verpflichtet das Gericht zu einer Beweiserhebung von Amts wegen nur insoweit, als dem Gericht Umstände bekannt sind oder nach Aktenlage bekannt sein müssen, die zum Gebrauch eines weiteren Beweismittels drängen oder den Gebrauch nahelegen.

Ergibt diese Würdigung, dass das Gebot umfassender Sachaufklärung danach „**drängt**“, ein bekanntes oder erkennbares weiteres Beweismittel zu nutzen oder ein bereits genutztes Beweismittel weiter auszuschöpfen, so ist entsprechend zu verfahren. Insbesondere wenn das vom Tatgericht nach bisheriger Beweisaufnahme für erwiesen erachtete Beweisergebnis eher unwahrscheinlich ist, anderen Feststellungen widerspricht oder nur auf einem einzigen Beweismittel von generell eingeschränktem oder im konkreten Fall strittigem Beweiswert beruht, hat es alle zur Klärung des Sachverhalts in Frage kommenden erreichbaren Beweismittel auszuschöpfen, bevor es sich eine abschließende Überzeugung bildet. Maßgebend sind hierbei nicht die subjektiven Erkenntnisse des Tatgerichts, sondern die objektiven Gegebenheiten aus der **Sicht des Revisionsgerichts**. Außerdem ist allein die **Prozesslage der jeweiligen Hauptverhandlung** ausschlaggebend dafür, ob aus dieser Sicht vernünftige Zweifel am bisherigen Beweisergebnis die Beiziehung weiterer Beweismittel nahelegen. Die Aufklärungspflicht ist daher nicht schon deshalb verletzt, weil Beweismittel, die in einer früheren Hauptverhandlung herangezogen waren, in einer späteren nicht mehr verwendet werden. Es beurteilt sich vielmehr allein nach der neuen Prozesslage, ob die Umstände dazu **drängen**, frühere Beweismittel erneut zu benutzen. *BeckerLöwe-Rosenberg, StPO, § 244*

Das Beweisantragsrecht indes kann das Gericht dazu zwingen, so die Ablehnungsmöglichkeiten des § 244 Abs. 3 – Abs. 5 StPO nicht eingreifen, über das von ihm für notwendig i.S.v. § 244 Abs. 2 StPO gehaltene („drängen“ oder „nahe liegen“) hinauszugehen. In dem Kriterium der verständigen Würdigung der Sachlage in Bezug auf das „drängen“ bzw. „nahe liegen“ der weiteren Beweisaufnahme liegt die Erlaubnis für das Gericht, auf der Grundlage des zuverlässigen Ertrages der bereits erhobenen Beweise zu prüfen und zu würdigen, was mögliche oder auch nur denkbare Beweismittel inhaltlich zuverlässig erbringen könnten. Die Zulässigkeit einer verständigen Würdigung der Sach- und Beweislage im Hinblick auf die Erforderlichkeit weiterer Beweiserhebung gestattet dem Richter im Rahmen der ihm obliegenden Amtsaufklärungspflicht ein Absehen von einer Beweiserhebung dort, wo lediglich gedanklich-abstrakte Überlegungen beginnen und nur mit entfernten Möglichkeiten gerechnet werden müsste.

Zu dieser Differenzierung hier einige Beispiele:

**Beispiel:**

**Das Gericht hat bisher innerhalb der Hauptverhandlung 9 glaubwürdige Zeugen gehört, die den Anklagevorwurf bestätigt haben. Zum Beweis dafür, dass das Gegenteil der von diesen Zeugen bekundeten Tatsache richtig ist, beantragt die Verteidigung die Einvernahme eines 10. Zeugen.**

Bei verständiger Würdigung unter Berücksichtigung des Amtsermittlungsgrundsatzes drängt es sich nicht auf und es liegt auch nicht nahe, dass ein weiterer Zeuge, dass bis dahin gefundene Ergebnis beeinträchtigen würde können ohne weitere Anhaltspunkte diesbezüglich. Die Verteidigung hingegen kann mit einem ordnungsgemäßen Beweisantrag vorliegend das Gericht zwingen, über das für erforderlich Gehaltene hinauszugehen. Das Gericht wäre also gezwungen den 10. Zeugen zu hören, so es sich nicht um ein völlig ungeeignetes Beweismittel handelt, keine weiteren Ablehnungsgründe bestehen und der Beweisantrag ordnungsgemäß gestellt wurde.

**Beispiel:**

**Der Vorwurf innerhalb der Hauptverhandlung lautet Trunkenheit im Verkehr nach § 316 StGB. Das Gericht verliest das BAK-Gutachten des Uni-Klinikums zur Höhe der Blutalkoholkonzentration, welches 1,8 Promille Alkohol ausweist. Die Verteidigung stellt den Antrag auf sachverständige Überprüfung der Blutprobe dahingehend, dass es sich bei dem untersuchten Blut des Uni-Klinikums tatsächlich nicht um das Blut des Angeklagten handelt. Die Blutprobe sei entsprechend im Uni-Klinikum vertauscht worden. Das Gericht lehnt die begehrte Beweisaufnahme mit der Begründung ab, dass hierfür keinerlei Anhaltspunkte vorlägen.**

Die Entscheidung wäre bei entsprechender Verfahrensrüge aufzuheben. Zwar ist bei Prüfung des Amtsermittlungsgrundsatzes weder ein „nahe liegen“ oder „drängen“ anzunehmen, dass die Blutprobe vertauscht worden sein könnte, so dass eine Aufklärungsrüge grundsätzlich nicht durchdringen könnte. Allerdings ist durch die begehrte Beweisaufnahme die Problematik, dass das untersuchte Blut nicht im Hinblick auf die wahre Identität sachverständig untersucht worden ist, aufgeworfen worden. Die Verteidigung kann das Gericht also auch in diesem Fall zwingen, über das für erforderlich Gehaltene im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes hinauszugehen.

### **Beispiel:**

**In einer Verkehrsstrafsache wegen fahrlässiger Körperverletzung wurde der Fahrlässigkeitsvorwurf auf das Überfahren der Kreuzung bei roter Lichtzeichenanlage gestützt. Die Verteidigung beantragt zum Beweis dafür, dass die Lichtzeichenanlage bei Überquerung durch den Angeklagten grün zeigte die Vernehmung der 95 Jahre alten, 1,50 m großen Großmutter des Angeklagten, die sehr gebrechlich ist, hinter dem Angeklagten, der 1,95 m groß ist, gesessen habe und nur noch 10 % ihrer Sehkraft besitzt.**

Auch hier in dieser Konstellation hätte es die Amtsaufklärungspflicht nicht geboten i.S. von „drängen“ oder „nahe liegen“, dass die ältere Dame auch nur ansatzweise auf die Lichtzeichenanlage geachtet habe, zumal bzgl. ihrer Wahrnehmungsfähigkeit große Bedenken bestehen dürften. Allerdings vermag die Verteidigung auch in diesem Fall das Gericht zu zwingen, so die Voraussetzungen eines ordnungsgemäßen Beweisantrages gegeben sind und im Übrigen keine sonstigen Ablehnungsgründe in Betracht kommen, über das von Seiten des Gerichts für erforderlich Gehaltene hinauszugehen.

**Aufklärungspflicht und Beweisantragsrecht.** Das Verhältnis von § 244 Abs. 2 zu § 244 Abs. 3 und 4 ist strittig. Die im Schrifttum unter Hinweis auf die Entwicklung des Beweisantragsrechts vertretene Ansicht, dass das Gericht durch einen Beweisantrag nicht zu einer Beweiserhebung gezwungen werden könne, die ihm nach der Aufklärungspflicht nicht ohnehin obläge, wird von der vorherrschenden Meinung mit Recht nicht geteilt. Die Aufklärungspflicht gebietet dem Gericht nicht, ein Beweismittel zu einem bestimmten Beweisthema schon immer dann zu nutzen, wenn im Falle eines entsprechenden Beweisantrages keiner der Ablehnungsgründe der Absätze 3 und 4 Platz greifen würde. Vielmehr setzt die **Aktualisierung der Aufklärungspflicht** notwendig eine Beweisprognose des Gerichts voraus, das auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses und des in Frage kommenden Beweisthemas zu beurteilen hat, ob von dem Beweismittel ein für die Entscheidung erhebliches Beweisergebnis zu erwarten ist. Diese **Vorwegwürdigung** der Tragweite und des Beweiswertes eines noch nicht genutzten Beweismittels ist zulässig; denn nur sie kann ergeben, ob im Hinblick auf das bisherige (vorläufige) Beweisergebnis die reale Möglichkeit eines zusätzlichen, entscheidungsrelevanten Aufklärungsgewinns zu verneinen ist oder ob sie besteht, weil dadurch das bisherige Ergebnis möglicherweise wieder in Frage gestellt wird oder eine gesichertere Grundlage für das bisherige Ergebnis gewonnen wird. Wenn das Gericht dagegen

RiAG Lars Röhl

über den **Beweiserhebungsanspruch eines Verfahrensbeteiligten** an Hand der gesetzlich in den Absätzen 3 und 4 abschließend festgelegten Ablehnungsgründe zu entscheiden hat, ist ihm diese Beweisantizipation verwehrt, soweit nicht der in Betracht kommende Ablehnungsgrund ausdrücklich auf die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 5 Satz 1 und 2) verweist oder nach seinem Wesen eine teilweise prognostische Bewertung von Beweisbehauptung oder Beweismittel voraussetzt (etwa Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache oder Ungeeignetheit des Beweismittels. Die eigene Einschätzung des Gerichts über den zu erwartenden Aufklärungsgewinn ist dann nicht maßgebend. Mit dem Beweisantrag nimmt der Antragsteller sein Recht wahr, darauf hinzuwirken, dass die aus seiner Sicht für notwendig gehaltenen Beweise erhoben werden. Das Gericht muss deshalb, auch wenn es die Erfolgsaussichten der beantragten Beweiserhebung negativ beurteilt, dem Antrag entsprechen, sofern die gesetzlich festgelegten Ablehnungsgründe nicht greifen. Umgekehrt zwingt die Aufklärungspflicht in aller Regel nicht zu einer Beweiserhebung, wenn ein darauf gerichteter Antrag fehlerfrei nach § 244 Abs. 3 oder 4 abgelehnt werden kann. Ausnahmsweise kann die Aufklärungspflicht jedoch die Anhörung eines weiteren Sachverständigen und die Vernehmung eines zur Zeit unerreichbaren Zeugen gebieten, obwohl ein hierauf gerichteter Beweisantrag nach § 244 Abs. 4 Satz 2 bzw. § 244 Abs. 3 Satz 2 zurückgewiesen werden könnte. *BeckerLöwe-Rosenberg, StPO, § 244*

## Der Beweisantrag im formellen Sinne

### *§ 244 Beweisaufnahme; Untersuchungsgrundsatz; Ablehnung von Beweisanträgen*

(1)...

(2)...

(3)... **Ein Beweisantrag liegt vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmt behauptete konkrete Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel zu erheben und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll.**

(4)...

(5)...

(6) **Die Ablehnung eines Beweisantrages bedarf eines Gerichtsbeschlusses.** Einer Ablehnung nach Satz 1 bedarf es nicht, wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewusst ist und er die Verschleppung des Verfahrens bezweckt; die Verfolgung anderer verfahrensfremder Ziele steht der Verschleppungsabsicht nicht entgegen. <sup>3</sup>Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. <sup>4</sup>Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; dies gilt nicht, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. <sup>5</sup>Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen.

Nur Beweisanträge erfordern eine Verbescheidung nach § 244 Abs.6 StPO. Sollte der Antrag die Anforderungen eines Beweisantrages nicht erfüllen, so ist das Gericht verpflichtet, diesen sonstigen Antrag ggfs. als sogenannten Beweisermittlungsantrag oder als eine Beweisanregung zu verstehen. Dies hat zur Folge, dass das Gericht bzgl. des Beweisbegehrens in den Grenzen des Amtsermittlungsgrundsatzes des § 244 Abs.2 StPO zu prüfen hat, ob es diesem Begehren nachgeht. Die diesbezügliche Anordnung des Vorsitzenden ist eine die Verhandlung leitende Entscheidung i.S.v. § 238 Abs.1 StPO. Hiergegen steht der Verteidigung das Recht der Beanstandung zu. Aufgrund dieser Beanstandung/Rüge wird das Gericht verpflichtet nach § 238 Abs.2 StPO dies zu verbescheiden.

### **§ 238 Verhandlungsleitung**

(1) *Die Leitung der Verhandlung, die Vernehmung des Angeklagten und die Aufnahme des Beweises erfolgt durch den Vorsitzenden.*

(2) *Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden von einer bei der Verhandlung beteiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.*

Im Weiteren wird anhand von Einzelbeispielen erörtert, welche Anforderungen an einen Antrag (Beweisantrag) i.S.v. § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO (Legaldefinition) zu stellen sind, der letztendlich ggfs. nach § 244 Abs. 6 StPO zu verbescheiden ist. Zu unterscheiden ist hierbei das förmliche Beweisantragsrecht nach den §§ 244 ff. StPO vom Freibeweisverfahren, in welchem das Gericht sämtliche Erkenntnisquellen nutzen kann.

### **Beispiel:**

**Der Angeklagte verweigert innerhalb der Hauptverhandlung nach Belehrung die Aussage. Es liegt allerdings ein polizeiliches Geständnis vor. Das Gericht will einen Fortsetzungstermin bestimmen und den Polizeibeamten als Zeugen vom Hören Sagen vernehmen. Der Verteidiger rügt die Vernehmung des Polizeibeamten und macht geltend, dass der Angeklagte nicht ordnungsgemäß im Rahmen der polizeilichen Vernehmung belehrt wurde. Das Gericht holt eine telefonische Auskunft des Polizeibeamten über die ordnungsgemäße Belehrung ein und verliest diese in der Hauptverhandlung. War dieses Vorgehen rechtmäßig oder hat das Gericht gegen das förmliche Beweisantragsrecht verstoßen?**

Förmliche Beweisanträge dürfen nur aus den Gründen der §§ 244 ff. StPO zurückgewiesen werden. Geschieht das bei einem förmlichen Beweisantrag nicht, so ist das Vorgehen des Gerichts rechtsfehlerbehaftet und wird in der Regel zur Aufhebung des Urteils führen. Im Beispiel war allerdings nicht die Schuld-oder Rechtsfolgenfrage betroffen, sondern vielmehr die Frage des ordnungsgemäßen Zustandekommens des polizeilichen Geständnisses; sprich die ordnungsgemäße Belehrung. Das Gericht konnte somit im Freibeweisverfahren vorgehen und die Problematik eines eventuell bestehenden Beweisverwertungsverbotes dergestalt prüfen (BGH, Beschluss vom 27. Februar 1992 – 5 StR 190/91 –, juris) .

Im Schuld-und Rechtsfolgenbereich ist das Gericht an das formelle Strengbeweisverfahren gebunden. Demgegenüber kann sich das Gericht des Freibeweisverfahrens bedienen, so nicht Bereiche der Schuld-oder Rechtsfolgenfrage betroffen sind. Strengbeweis ist das Beweisverfahren nach den §§ 244 ff. StPO unter Beachtung der Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung. Das Gesetz verlangt die Einhaltung dieser Grundsätze nur im Schuld-und Rechtsfolgenbereich innerhalb der Hauptverhandlung. Im Übrigen genügt der Freibeweis, etwa bei Beweiserhebungs- und/oder Beweisverwertungsverböten, Prozessvoraussetzungen (Bsp. Verhandlungsunfähigkeit; Attest direkt vor der Verhandlung) oder bei der Frage der Verjährung.

**Beispiel:**

**Dem Angeklagten wird vorgeworfen höhere Geldbeträge veruntreut zu haben. In der Anklage im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen hatte die Staatsanwaltschaft mitgeteilt, dass der Angeklagte die veruntreuten Gelder für einen sehr aufwendigen Lebensstil verbraucht habe. Im Zwischenverfahren geht ein Schriftsatz des Verteidigers ein, mit welchem er beantragt, den Bankangestellten Z als Zeugen zu hören. Dieser werde bekunden, dass der Angeklagte die Gelder nicht für seinen aufwendigen Lebensstil, sondern vielmehr für caritative Zwecke verwendet habe. Der Vorsitzende vermerkt auf diesem Schriftsatz „unerheblich“ und führt letztendlich die Hauptverhandlung ohne den Zeugen Z durch. Liegt hier ein Verstoß gegen § 244 Abs. 6 StPO vor?**

Ein förmlicher Beweisantrag wäre nach § 244 Abs. 6 StPO zu verbescheiden gewesen. Grundsätzlich ist auch die Schuld- und Rechtsfolgenfrage betroffen, da der Umstand der Verwendung der Gelder für einen aufwendigen Lebensstil oder für caritative Zwecke im Bereich der Höhe des Strafmaßes erheblich sein dürfte. Ein Gerichtsbeschluss liegt nicht vor. Allerdings ist der Beweisantrag nicht in der Hauptverhandlung gestellt worden, sondern ist im Zwischenverfahren bei Gericht eingegangen. Die Entscheidung des Vorsitzenden nach § 219 StPO war nur vorläufig. Der Beweisantrag hätte insoweit erneut in der Hauptverhandlung gestellt werden müssen. Insoweit lag kein Beweisantrag vor, der hätte verbeschieden werden müssen. Auch ist ein Hinweis an den Verteidiger, dass außerhalb der Hauptverhandlung im Zwischenverfahren gestellte Beweisanträge in der Hauptverhandlung zu wiederholen sind nicht angezeigt. Anders verhält es sich indes beim nicht anwaltlich vertretenen Angeklagten. Diesem ist aus dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens und der Fürsorgepflicht des Gerichts ein Hinweis dahingehend zu erteilen, dass der Antrag innerhalb der Hauptverhandlung zu stellen ist. Die Aufklärungsrüge dürfte im obigen Beispielfall allerdings verletzt sein. Siehe zu Hinweispflichten und Fürsorgegesichtspunkten insbesondere die Zusammenstellung (Deutscher Anwaltsverlag Bonn, StraFo 2004, 373 ff, Marczak).

Über die Definition des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO hinaus muss demnach der Beweisantrag in der Hauptverhandlung gestellt werden, was sich aus der Systematik des § 244 StPO geregelt im 6. Abschnitt §§ 226 ff StPO – Hauptverhandlung - ergibt.

**Beispiel:**

**In einem Verfahren wegen gefährlicher Körperverletzung während einer Messerstecherei beantragt die Verteidigung die Vernehmung des Zeugen Z darüber: „wer zuerst das Messer gezogen hat, wann der Verletzte auf ihn zugegangen ist und ob nicht durch dessen Drohungen eine Notwehrlage geschaffen wurde“. Auf Nachfrage des Vorsitzenden was mit diesem Antrag beabsichtigt sei schwieg der Verteidiger. Der Vorsitzende teilte mit, dass aufgrund des bisher gefundenen Beweisergebnisses keine Veranlassung bestehe, in dieser Hinsicht die Beweisaufnahme zu erweitern. Ist dieses Vorgehen prozessordnungsgemäß?**

Die Frage betrifft eine eventuelle Notwehrsituation (Schuld- und/oder Rechtsfolgenfrage) und der Antrag wurde in der Hauptverhandlung gestellt. Allerdings erfordert ein Beweisantrag auch das Angeben einer Beweistatsache. Diese muss hinreichend bestimmt sein. Auf Beweisanträge müssen die Ablehnungsgründe des § 244 StPO allerdings denklogisch anwendbar sein. Hier hat sich der Verteidiger mit seinen Formulierungen nicht festgelegt „wer“, „wann“, „ob“. Die Ablehnungsgründe der Erwiesenheit oder der Wahrunterstellung sind insofern nicht anwendbar. Es fehlt dem Antrag demnach die bestimmte Beweistatsache. Mangels Qualität eines Beweisantrages bedurfte es auch keiner Verbescheidung nach § 244 Abs. 6 StPO. Die Anordnung des Vorsitzenden erfolgte ordnungsgemäß nach § 238 Abs. 1 StPO. Einem Beweisantrag auf Vernehmung einer Zeugin, dem nicht zu entnehmen ist, was genau Gegenstand der Wahrnehmung der Zeugin gewesen sein soll, fehlt es an der Bezeichnung einer **bestimmten Beweistatsache**, so dass er abzulehnen ist, wenn das Gericht im Hinblick auf das sonstige Beweisergebnis nicht durch die Aufklärungspflicht gehalten ist, dem Beweisbegehren durch Vernehmung der Zeugin nachzukommen **BGH, Beschluss vom 20. Juli 2010 – 3 StR 218/10 –**, juris.

### **Beispiel:**

**In einem Verfahren wegen Handelns mit Betäubungsmitteln beantragt die Verteidigung zum Beweis dafür, dass der einzige Belastungszeuge nicht glaubwürdig sei die Vernehmung mehrerer weiterer Zeugen. Er fügt hinzu, dass diese Zeugen eigene Beobachtungen hätten, dass der Belastungszeuge schon öfter andere Personen zu Unrecht belastet habe. Das Gericht wertete diesen Antrag nicht als Beweisantrag. Ist dies prozessordnungsgemäß?**

Grundsätzlich liegen die bisher erarbeiteten Voraussetzungen eines wirksamen Beweisantrages vor. Die Schuld- und/oder Rechtsfolgenfrage ist betroffen, der Antrag ist in der Hauptverhandlung gestellt worden, ein nach der StPO zulässiges Beweismittel ist benannt worden. Fraglich ist indes, ob der Antrag eine hinreichend bestimmte Beweistatsache enthält, die den Ablehnungsgründen zugänglich ist.

Ein Beweisantrag muss **bestimmte Beweistatsachen** bezeichnen. Wird ein Zeuge als Beweismittel benannt, müssen diese **Beweistatsachen** dem Zeugenbeweis zugänglich sein. Ein Zeuge kann grundsätzlich nur über seine eigenen Wahrnehmungen vernommen werden. Gegenstand des Zeugenbeweises können nur solche Umstände oder Geschehnisse sein, die mit dem benannten Beweismittel unmittelbar bewiesen werden sollen. Soll aus den Wahrnehmungen des Zeugen auf ein **bestimmtes** weiteres Geschehen geschlossen werden, ist nicht dieses weitere Geschehen, sondern nur die Wahrnehmung des Zeugen tauglicher Gegenstand des Zeugenbeweises. Die Schlüsse aus den Wahrnehmungen des Zeugen hat das Gericht zu ziehen **BGH, Urteil vom 06. Juli 1993 – 5 StR 279/93 –**, **BGHSt 39, 251-256; Gatzweiler, Mehle** in: *Strafverteidigung in der Praxis*, § 9 Die Hauptverhandlung Rn. 271 ff.

Vorliegend handelt es sich insofern lediglich um einen Beweisermittlungsantrag, der keine Verbescheidung nach § 244 Abs. 6 StPO erfordert. Der Verteidiger hätte vielmehr die tatsächlichen eigenen Beobachtungen der Zeugen unter Beweis stellen müssen. Weitere Wertungen sind „verhaltensgestört“, „süchtig“, „verwahrlost“, „verlogen“, „höchst leichtfertig“, keine „ordnungsgemäße“ Messung etc..

### **Beispiel:**

**In einem weiteren Verfahren wegen Handelns mit Betäubungsmitteln in 54 Fällen über einen längeren Zeitraum beantragt der Verteidiger die Vernehmung der Ehefrau des Angeklagten zum Beweis der Tatsache, dass der Angeklagte kein Kokain verkauft habe.**

Wie bereits obig dargelegt müssen Beweisanträge den Ablehnungsgründen des § 244 StPO denklogisch zugänglich sein. Vorliegend ist fraglich, ob das Beweismittel, die Ehefrau als Zeugin, ein ungeeignetes Beweismittel darstellt. Geeignet wäre sie als Beweismittel jedenfalls dann, wenn sie permanent bei allen vorgeworfenen Taten in unmittelbarem örtlichen Zusammenhang anwesend gewesen wäre. Diese Annahme liegt allerdings fern. Es obliegt dem Verteidiger demnach anzugeben, welcher Zusammenhang (Konnex) zwischen der Beweistatsache und dem angegebenen Beweismittel besteht. Nur dann ist das Gericht in der Lage den Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels zu prüfen. Insofern lag im Beispielfall lediglich ein Beweisermittlungsantrag vor.

1. Bei einem Hilfsbeweisantrag bezeichneten Antrag handelt es sich nicht um einen Beweisantrag, wie in **StPO § 244 Abs 3** vorausgesetzt, wenn nicht erkennbar ist, welcher Konnex zwischen Beweismitteln und **Beweistatsache** besteht, so dass das Gericht den hier in Frage kommenden Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels nicht sinnvoll zu prüfen vermag. Von daher ist eine Ablehnung des "Beweisantrages" auch dann nicht zu beanstanden, wenn die Ablehnungsbegründung in keinem sinnentsprechenden Zusammenhang mit dem Antrag steht.
2. Die fehlende Darlegung des spezifischen, Beweismittel und **Beweistatsache** verbindenden Zusammenhang bedingt auch, dass nicht der Vorwurf erhoben werden kann, das Gericht habe die Aufklärungspflicht nach **StPO § 244 Abs 2** verletzt. **BGH, Urteil vom 23. Oktober 1997 – 5 StR 317/97 –**, juris

Den Begriff der Konnexität verwendete erstmals der 3. Senat - unter Berufung auf Widmaier - in seiner Entscheidung vom 8.12.1993. Zu entscheiden war über einen Antrag, dem nicht zu entnehmen war, welche **bestimmte** Tatsachen welcher der benannten drei Zeugen zu welchen von beiden Komplexen des Antrags selbst wahrgenommen hatte. Der Senat verneinte das Vorliegen eines nach **§ 244 Abs. 3 StPO** zu bescheidenden Beweisantrags unter Hinweis auf die „Flamingo-Entscheidung“ des 5. Senats: Ein Beweisantrag liegt dann nicht vor, wenn ein **Konnex** zwischen **Beweistatsache** und Beweismittel nicht erkennbar ist, so dass das Gericht die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der **Beweistatsache** oder der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels nicht sinnvoll zu überprüfen vermag.

Die Konnexität als eine eigenständige - dritte - Voraussetzung des Beweisantrags benannte der 3. Strafsenat erst vier Jahre später. Liegt eine konkrete und **bestimmte** Behauptung einer

Tatsache vor, kommt - wie ausgeführt - als weiteres Erfordernis hinzu, dass der Zeuge die behauptete Tatsache aufgrund eigener Wahrnehmung bekunden kann. Sind diese beiden Voraussetzungen gegeben, kann unter Umständen eine dritte, die sogenannte Konnexität zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung, hinzutreten. Im Falle des Zeugenbeweises bedeutet diese, dass der Antrag erkennen lassen muss, *weshalb* der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können soll, wenn sich dieser Zusammenhang nicht von selbst versteht. Das sind etwa die Fälle, in denen - vergleichbar den unter den Begriffen der aufs Geratewohl aufgestellten, aus der Luft gegriffenen Behauptung abgehandelten Fällen - zwar konkrete und **bestimmte** Behauptungen aufgestellt werden, denen eigene Wahrnehmungen zugrunde liegen sollen, der Antrag jedoch nicht erkennen lässt, weshalb der Zeuge seine Wahrnehmung machen konnte. Hadamitzky, StraFo 2012, 297-308, Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH, Bonn,

Mittlerweile hat der Gesetzgeber das Erfordernis der Konnexität in die Legaldefinition des Beweisantrages im § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO aufgenommen.

Weiterhin muss ein nach der StPO zulässiges hinreichend bestimmtes Beweismittel in einem Beweisantrag angegeben werden. Das Gericht muss zumindest anhand von Angaben in die Lage versetzt werden, dass zulässige Beweismittel im Freibeweisverfahren zu ermitteln.

Darüber hinaus hat das Landgericht mit Recht auf die unzureichende Bezeichnung der Beweismittel, die fehlende Individualisierung hingewiesen. Zur Individualisierung im Sinne des Beweisantragsrechts reicht grundsätzlich die bloße Namensnennung von Zeugen mit der Angabe eines Wohnortes nicht aus. Ein Zeuge, der erst aus einem Personenkreis herausgefunden werden soll (hier aus den Bewohnern der genannten Ortschaften), ist noch nicht individualisiert. Erforderlich ist die Unterscheidbarkeit des Zeugen von anderen Personen durch ihn eingrenzende Merkmale, durch die typischerweise auch der Zusammenhang des Zeugen mit der Sache erkennbar wird. Dann gibt der Antragsteller die von der Rechtsprechung gemeinten "Hinweise", die es ermöglichen, Namen und Anschrift zu ermitteln. So ist etwa die Angabe der früheren Arbeitsstätte und des wohnunggebenden Arbeitgebers einer genau bezeichneten anderen Kontaktperson für den nach Merkmalen individualisierten Zeugen, des Mitpatienten für einen **bestimmten** Krankenhausbesuch, des Wachpersonals über einen **bestimmten** Vorgang in der Hauptwache, des für die Zeit zuständigen Sachbearbeiters für Führerscheinsachen einer **bestimmten** Behörde als ausreichend angesehen worden. Zutreffend ist aber auch hervorgehoben worden, dass der Zeuge als Beweismittel grundsätzlich mit vollständigem Namen und genauer Anschrift zu benennen ist; nur wenn der Antragsteller dazu nicht in der Lage ist - was die Revision selbst nicht behauptet - genügt es, im einzelnen den Weg zu beschreiben, auf dem die Person des Zeugen zuverlässig ermittelt werden kann. Ob es sich dann allerdings um einen nach § 244 Abs. 3, 6 StPO zu bescheidenden Beweisantrag, wie im Anschluss an die vom Reichsgericht - vor der 1935 erfolgten gesetzlichen Regelung des Beweisantragsrechts - entwickelte Rechtsprechung angenommen wird, oder richtigerweise um einen Ermittlungsantrag (§ 244 Abs. 2 StPO) handelt, kann der Senat offen lassen. BGH, Urteil vom 08. Dezember 1993 - 3 StR 446/93 -, BGHSt 40, 3-7

Auch beim **Urkundenbeweis** muss das zu verlesende Schriftstück im Antrag (nach seinem Inhalt, Besitzer, Verwahrungsort etc.) so deutlich beschrieben werden, dass kein Zweifel darüber besteht, welches Dokument verlesen oder im Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführt werden soll. Nur dann kann das Gericht in Verbindung mit der Beweistatsache beurteilen, ob die beantragte Beweiserhebung rechtlich und faktisch möglich ist (Zulässigkeit der Beweiserhebung, Erreichbarkeit des **Beweismittels**) und die Beweisbehauptung Entscheidungsrelevanz gewinnen kann. Dies hat besondere Bedeutung, wenn Schriftstücke aus Akten oder sonstigen Dokumentensammlungen als **Beweismittel** herangezogen werden sollen. Hier müssen die speziellen Aktenteile bezeichnet werden, durch die die Beweisbehauptung bestätigt werden soll; die Benennung der Gesamtkarte genügt nicht. Dies gilt auch bei Akten kleineren Umfangs. Soll der ganze Inhalt einer **Urkundensammlung** als **Beweismittel** dienen (etwa dass in den Büchern keine Zahlung vermerkt ist), so genügt die Bezeichnung der **Urkundengesamtheit**. Mit dem Begehren, eine fremdsprachige **Urkunde** zu verlesen, muss nicht der Antrag auf deren Übersetzung verbunden werden; denn kommt das Gericht dem Beweisantrag nach, so hat es einen Übersetzer von Amts wegen als Sprachsachverständigen zuzuziehen. *Becker/Löwe-Rosenberg, StPO, § 244*

**Demgegenüber liegt ansonsten ein Beweisermittlungsantrag vor, welcher das Gericht verpflichtet, über den Amtsermittlungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO zu reflektieren. Entscheidungen diesbezüglich erfolgen im Rahmen von § 238 StPO und nicht nach § 244 Abs. 6 StPO.**

**Die wesentlichen praxisrelevanten Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 – 6. StPO**

*§ 244 Beweisaufnahme; Untersuchungsgrundsatz; Ablehnung von Beweisanträgen*

(1)...

(2)...

(3) Satz 2. *Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist...*

(4)...

(5)...

(6)...

Zu prüfen ist hierbei zunächst, wann eine beantragte Beweisaufnahme unzulässig ist. Unzulässig ist der Antrag dann, wenn er auf eine unzulässige Beweiserhebung abzielt oder bereits als solcher unzulässig ist; sprich die Beweiserhebung im weitesten Sinne verboten ist. Gemeint sind hierbei die Beweiserhebungs-und/oder Verwertungsverbote.

Ablehnungspflicht. Einen auf eine unzulässige Beweiserhebung gerichteten Beweisantrag muss das Gericht nach dem eindeutigen Wortlaut des Absatz 3 Satz 1 ablehnen. Ein Ermessensspielraum, wie ihn Absatz 3 Satz 2 zu den dort geregelten Ablehnungsgründen für Beweisanträge eröffnet, die auf eine zulässige Beweiserhebung gerichtet sind, steht ihm hier nicht zu. Gibt das Gericht einem auf eine unzulässige Beweiserhebung gerichteten Antrag statt, so liegt ein Verfahrensfehler vor, der zur Aufhebung des Urteils führen muss, wenn es zum Nachteil des Beschwerdeführers auf der Verwertung des unzulässiger Weise erhobenen Beweises beruht. Dagegen ist es unschädlich, wenn das Gericht einen Beweis, dessen Erhebung es nach Absatz 3 Satz 2 ablehnen durfte, trotzdem erhebt. Daraus ergibt sich, dass jeder Beweisantrag zunächst darauf zu prüfen ist, ob er die Erhebung eines unzulässigen Beweises zum Ziel hat. Erst wenn das zu verneinen ist, ist für eine Prüfung nach § 244 Abs. 3 Satz 2 Raum. Die Verfahrensbeteiligten können eine beabsichtigte Beweiserhebung als unzulässig beanstanden (§ 238 Abs. 2). Soweit die Voraussetzungen der Unzulässigkeit der Beweiserhebung nicht gesetzlich zwingend vorgegeben, sondern durch einen Akt richterlicher Wertung im Rahmen eines Beurteilungsspielraums zu konkretisieren sind, müssen sie dies sogar, wenn sie sich die Möglichkeit einer entsprechenden Revisionsrüge erhalten wollen. Sind nicht alle für die Beurteilung der Zulässigkeit der Beweiserhebung erforderlichen Tatsachen hinreichend bekannt, so sind sie freibeweislich zu klären; hierzu können die Verfahrensbeteiligten entsprechende Beweisermittlungsanträge stellen. *Becker/Löwe-Rosenberg, StPO, § 244*

### Beispiel:

**Der Angeklagte lässt sich in der Hauptverhandlung nicht zur Sache ein. Im Vorverfahren war ein Schriftsatz des Verteidigers zur Akte gelangt, der eine vom Angeklagten stammende Sachverhaltsschilderung enthält. Die Staatsanwaltschaft beantragte nunmehr in der Hauptverhandlung diesen Schriftsatz zu verlesen. Das Gericht lehnte die Verlesung als unzulässig ab und versuchte den Verteidiger über den Inhalt dieses Schriftsatzes zu vernehmen. Dieser berief sich allerdings nach entsprechender Belehrung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht. War dieses Vorgehen prozessordnungsgemäß?**

Ein entsprechendes Beweiserhebungs-und/oder Verwertungsverbot könnte hierbei aus § 250 StPO folgen.

#### **§ 250 Grundsatz der persönlichen Vernehmung**

*1*Beruhet der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. *2*Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden.

Die Vorschrift räumt der Vernehmung der Person, die einen Vorgang wahrgenommen hat, Vorrang ein vor der Verlesung einer Urkunde, in der sie darüber berichtet. Als Ergänzung der vor allem in §§ 244 Abs. 2, 261 festgelegten Strukturprinzipien der Hauptverhandlung wird das Gericht für das Verhältnis zwischen Personal- und Urkundenbeweis verpflichtet, sich selbst einen Eindruck von dem sachnäheren, unmittelbaren Beweismittel zu

verschaffen. <https://www.juris.de/r3/document - /search> Neben die aus §§ 226, 261 folgende formelle Unmittelbarkeit, wonach die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht stattfinden muss, tritt damit zur Sicherung der umfassenden Sachaufklärung für einen Teilbereich das Gebot der materiellen Unmittelbarkeit des Beweismittels für das nachzuweisende Geschehen. Das auf den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis begrenzte Unmittelbarkeitsprinzip wird in § 250 als Gebot und als ein dieses absicherndes Verbot statuiert. Während Satz 1 dem Gericht auferlegt, die Person, auf deren Wahrnehmung der Beweis einer Tatsache beruhen soll, in der Hauptverhandlung zu vernehmen, untersagt Satz 2 der Vorschrift, die Vernehmung durch Verlesung der über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Niederschrift oder einer Erklärung zu ersetzen. Das in Satz 2 normierte Verbot bestimmt danach zugleich die Tragweite des in Satz 1 festgelegten Gebotes. Diese verfassungsrechtlich nicht gebotene Beweiserhebungsregel wird freilich durch zahlreiche Ausnahmen (etwa §§ 251, 253, 254, 256) aufgelockert. Sie gehört dennoch zu den tragenden Grundsätzen des geltenden Strafprozessrechts. Zumeist äußern sich der Angeklagte, die Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung nicht zum ersten Mal, vielmehr liegen bereits Protokolle über ihre schon zuvor vor der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht gemachten Angaben vor. Ohne § 250 wäre es wegen der im Grundsatz bestehenden Freiheit des Urkundenbeweises möglich, den Beweis zur Sache allein mit diesen Protokollen, also mit Beweissurrogaten, zu führen. Sinn der Vorschrift ist es, eine solche Beweisführung im Interesse der Sachaufklärungspflicht <https://www.juris.de/r3/document - /search> im Regelfall zu verhindern. Denn nach der darin zum Ausdruck gekommenen unwiderlegbaren Vermutung des Gesetzgebers ist die Vernehmung gegenüber der Verlesung das für die Wahrheitsfindung dienlichere Beweismittel. Dies gilt nicht nur, weil auch das beste Protokoll im Vergleich zur mündlichen Vernehmung der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung das weniger anschauliche und wegen der Möglichkeit von Unvollständigkeiten, von Ausdrucks- und Aufnahme Fehlern das schlechtere Beweismittel ist, sondern vor allem, weil den Richtern der für die Beweiswürdigung wichtige persönliche Eindruck von der Auskunftsperson fehlt. Allein die persönliche Vernehmung bietet die Möglichkeit zu ergänzenden und kontrollierenden Fragen und Vorhalten durch das Tatgericht. *Sander/Cirener* Löwe-Rosenberg, StPO, § 250

Zu unterscheiden sind Urkunden i.S.v. § 249 StPO (rein feststellende Urkunden) von den sonstigen Erklärungen i.S.v. § 250 StPO (zu Beweis Zwecken verfasste Erklärungen/Urkunden/elektronische Erklärungen).

Vorliegend war die Erklärung eine zu Beweis Zwecken angefertigte Erklärung, die grundsätzlich dem Verbot des § 250 StPO unterfällt. Allerdings war es eine Erklärung des Verteidigers über Erklärungen des Angeklagten ihm gegenüber in Bezug auf den Sachverhalt. Dementsprechend war der Verteidiger das unmittelbare Beweismittel und die Verlesung scheiterte an § 250 StPO. Der Verteidiger berief sich prozessordnungsgemäß auf sein Zeugnisverweigerungsrecht.

Schriftliche Erklärungen, die der Angeklagte im anhängigen Verfahren zu der gegen ihn erhobenen Beschuldigung abgibt, sind verlesbar, selbst wenn er später Angaben verweigert. Das Gesetz lässt den Urkundenbeweis zu, wo es ihn nicht ausdrücklich untersagt; ein solches Verbot besteht hier nicht. Das gilt jedoch nur für schriftliche Erklärungen, die der Angeklagte selbst abgegeben hat. Hat er sich gegenüber einer anderen Person geäußert und diese die

Äußerung schriftlich festgehalten, so handelt es sich bei der Wiedergabe um die Erklärung dieser Person; sie schreibt nieder, was sie als Äußerung des Angeklagten wahrnimmt. Geht es um die Feststellung, ob der Angeklagte das schriftlich Niedergelegte geäußert hat, so ist die niederschreibende Person über ihre Wahrnehmung bei der Unterredung mit dem Angeklagten zu vernehmen (§ 250 StPO). Nichts anderes gilt, wenn die niederschreibende Person der Verteidiger ist. Um Vertretung (§ 234 StPO) handelte es sich hier nicht. BGH, Urteil vom 24. August 1993 – 1 StR 380/93 –, BGHSt 39, 305-309

### Beispiel:

**Die Ehefrau des Angeklagten hat diesen im Ermittlungsverfahren vor dem Polizeibeamten P belastet. Sie war ordnungsgemäß bzgl. ihres Zeugnisverweigerungsrechts belehrt worden. Innerhalb der Hauptverhandlung macht die Ehefrau allerdings nach Belehrung gemäß § 52 Abs. 1 Ziff. 2. StPO von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Die Staatsanwaltschaft beantragt nunmehr die Vernehmung des Polizeibeamten P.**

Der Antrag ist unzulässig nach § 244 Abs.3 Satz 1 StPO. Über den Wortlaut des § 252 StPO hinaus

#### **§ 252 Verbot der Protokollverlesung nach Zeugnisverweigerung**

*Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht verlesen werden.*

ist das Zeugnisverweigerungsrecht derart schutzbedürftig, dass hieraus ein allgemeines Verwertungsverbot folgt. Dies verbietet nicht nur die Verlesung des Protokolls, sondern auch die Vernehmung der Vernehmungsperson.

Allerdings ist herrschende Auffassung in der Rechtsprechung, dass bei einer richterlichen Vernehmung, die Vernehmung des Richters zulässig ist.

**Macht ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 StPO Gebrauch, so erfordern die Einführung des Inhalts einer früheren Aussage des Zeugen in die Hauptverhandlung durch Vernehmung des Richters, vor dem der Zeuge im Rahmen des die konkrete Tat betreffenden Ermittlungsverfahrens ausgesagt hat, und die Verwertung des dadurch gewonnenen Beweisergebnisses, dass der Richter den Zeugen gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hat; einer weitergehenden Belehrung bedarf es nicht. BGH, Beschluss vom 15. Juli 2016 – GSSt 1/16 –, BGHSt 61, 221-245**

**Beispiel:**

**Der Angeklagte wird beschuldigt, die 16 – jährige M vergewaltigt zu haben. Die M, die in einem Jugendheim untergebracht ist, hatte unmittelbar nach dem Vorfall die Tat in einem Brief an die Heimleiterin geschildert. Die Aussage der M in der Hauptverhandlung weicht von dieser schriftlichen Darstellung etwas ab. Die schriftliche Darstellung ergab ein insgesamt etwas günstigeres Bild für den Angeklagten. Der Verteidiger beantragte nunmehr die Verlesung des Briefes. Ist die Verlesung zulässig?**

Erinnert werden muss zunächst daran, dass § 250 StPO nur berichtende Urkunden betrifft, die als Beweissurrogat zum Beweis dafür dienen, was die jeweilige Auskunftsperson als eigene Wahrnehmung zu berichten weiß. Demgegenüber gibt es die feststellenden Urkunden die problemlos nach § 249 StPO im Rahmen des Urkundsbeweises verlesen werden können. Diese Verlesung erfolgt nicht zum Beweis der Richtigkeit des Inhalts, sondern nur zur Feststellung, dass es dieses Schriftstück mit eben diesem Inhalt gibt.

Neben der Vernehmung der Beweisperson ist die Verlesung einer über deren Wahrnehmung berichtenden Schrift zulässig. § 250 verbietet nach der vorherrschenden Meinung nur, eine an sich mögliche Vernehmung der Beweisperson durch die Verlesung zu ersetzen. Sie hindert aber nicht, zusätzlich zu der Vernehmung auch die vorhandenen Vernehmungsprotokolle oder schriftlichen Erklärungen zu Beweis Zwecken heranzuziehen, vor allem, wenn sie als **Ergänzung** oder zur Überprüfung der mündlichen Aussage des Zeugen dienen sollen. Die Berichtsurkunde sollte in Anwesenheit der Auskunftsperson, deren Aussage sie **ergänzen** soll, möglichst unmittelbar im Anschluss an deren Vernehmung verlesen werden, damit die Auskunftsperson zu ihr und der dort wiedergegebenen Wahrnehmung Stellung nehmen kann. Dies gilt auch, wenn sie ihr schon vorher zum Zwecke des Vorhalts vorgehalten wurde. *Sander/CirenerLöwe-Rosenberg, StPO, § 250*

Die **vernehmungsergänzende** Vorführung von Bild-Ton- Aufzeichnungen der ermittlungsrichterlichen Vernehmung eines (insoweit belehrten) Zeugen bzw. Geschädigten ist neben der persönlichen Vernehmung des Zeugen im Wege des Urkundenbeweises zulässig. BGH, Beschluss vom 10. November 2004 – 1 StR 463/04 –, juris

Im Übrigen kann bei Gedächtnislücken und Widersprüchen nach § 235 StPO verfahren werden.

**§ 253 Protokollverlesung zur Gedächtnisunterstützung**

*(1) Erklärt ein Zeuge oder Sachverständiger, daß er sich einer Tatsache nicht mehr erinnere, so kann der hierauf bezügliche Teil des Protokolls über seine frühere Vernehmung zur Unterstützung seines Gedächtnisses verlesen werden.*

*(2) Dasselbe kann geschehen, wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann.*

Vollständig vernommen iSd § 69 muss der Zeuge vor der Verlesung nach § 253 sein. Als ultima ratio kann die Verlesung erst dann erfolgen, wenn erfolglos versucht wurde, die hierbei auftretenden Erinnerungslücken und Widersprüche durch gezielte Befragung ( § 69 Abs. 2 ), sodann durch formlosen Vorhalt und ggf durch Einsichtsgewährung in die Niederschrift oder Vernehmung der Verhörsperson zu beheben. „Vollständig vernommen“ ist der Zeuge auch dann, wenn das Gericht die Beweisaufnahme bei umfangreichem Prozessstoff in einzelne Abschnitte gliedert und es nach jeder Vernehmung zu einzelnen Beweispunkten gem. § 253 Protokolle als Gedächtnisstütze verliest.

Anwesend muss der Zeuge in der Hauptverhandlung sein, da es bei § 253 auf die Reaktion der Aussageperson ankommt. Bei Widersprüchen, die anlässlich der Verlesung einer Niederschrift des abwesenden Zeugen gem. § 251 auftreten, gilt § 253 nicht.

Weitere Voraussetzung ist: entweder die Erklärung des Zeugen, sich einer beweis erheblichen (!) Tatsache nicht oder nur lückenhaft zu erinnern ( Abs. 1 ). Eine ausdrückliche Erklärung ist nach hM nicht nötig, wenn sich die Erinnerungsmängel aus der Vernehmung ergeben, doch ist dies weder mit Wortlaut („erklärt“) noch mit dem Gebot restriktiver Auslegung vereinbar. Im Zweifel ist daher der Zeuge über die Erinnerungsfähigkeit zu befragen, oder Widersprüche zwischen der protokollierten und der in der Hauptverhandlung abgegebenen Aussage ( Abs. 2 ), die erstmals während der Vernehmung in der Hauptverhandlung zutage treten und nicht schon früher für das Gericht erkennbar waren. Beseitigt wird der Widerspruch bereits dann, wenn der Zeuge auf Vorhalt seine Aussage berichtigt. Ist die Vernehmung der Verhörsperson ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung möglich, so hat diese Vorrang. *Julius* in: Gercke/Julius/Temming u.a., Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 253 [Verlesung des Protokolls]

Allerdings ist § 253 StPO nur auf das primäre Beweismittel, also auf den Zeugen, dessen Wahrnehmungen erfragt werden anwendbar.

Erklärt ein Vernehmungsbeamter, er könne sich an den Inhalt der Vernehmung nicht erinnern, kommt eine Verlesung der von ihm gefertigten polizeilichen Vernehmungsniederschrift gemäß § 253 Abs. 1 StPO nicht in Betracht. Diese Vorschrift gilt nicht im Rahmen der Vernehmung von Verhörspersonen, die in der Hauptverhandlung über Bekundungen aussagen, die andere vor ihnen gemacht haben. Die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn es sich bei dem Zeugen, dessen Gedächtnis unterstützt werden soll, um dieselbe Person handelt, deren Aussage in dem zu verlesenden Protokoll festgestellt wurde. **BGH, Beschluss vom 19. März 2013 – 3 StR 26/13 –**, juris

**Beispiel:**

**Die beiden Angeklagten A und B werden eines Mordes beschuldigt. Einer der beiden Angeklagten war mit der V verlobt. Die V hatte gegenüber Vertrauenspersonen, die von der Polizei mit Einverständnis der Staatsanwaltschaft verpflichtet worden waren, ohne Nachfrage angegeben, dass der in der Zeitung abgebildete Tathammer dem B gehöre. Sie konnte gegenüber den V-Leuten das Tatwerkzeug spontan genau beschreiben. Die V machte sodann sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Ziff. 1. StPO Gebrauch. Die Staatsanwaltschaft beantragt die Vernehmung der V-Leute als Zeugen. Ist dies zulässig?**

Zunächst ist festzuhalten, dass das Zeugnisverweigerungsrecht der V gegenüber beiden Angeklagten Wirkung entfaltet.

Wenn das Verfahren gegen **mehrere** Beschuldigte gerichtet ist und der Zeuge nur zu einem von ihnen in einem Angehörigenverhältnis nach § 52 Abs. 1 steht, ist er grds. zur Verweigerung des Zeugnisses hinsichtlich aller Beschuldigten berechtigt, sofern der Sachverhalt, zu dem er aussagen soll, auch seinen Angehörigen betrifft. *Ignor/Bertheau* Löwe-Rosenberg, StPO, § 52

Demnach hatte die V hier ein Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber A und B.

Trotz allem könnte die Vernehmung der V-Leute gegen den Rechtsgedanken des § 252 StPO verstoßen. Dieser verbietet ein Unterlaufen des Zeugnisverweigerungsrechts durch Vernehmung von Verhörspersonen.

§ 252 StPO verbietet die Verlesung der polizeilichen Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. In ständiger Rechtsprechung ist das Verlesungsverbot über den Wortlaut des § 252 StPO hinaus dahin ausgedehnt worden, dass es dem Gericht auch verwehrt ist, die früheren Aussagen durch Anhörung der Vernehmungsbeamten in die Hauptverhandlung einzuführen und dann zu verwerten. Voraussetzung für ein auf § 252 StPO gestütztes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot ist aber stets, dass es sich um Angaben des Zeugen handelt, die er im Rahmen einer Vernehmung gemacht hat. Dem stehen gleich auch solche Äußerungen des Zeugen, die er gegenüber einem Ermittlungsbeamten auf **Befragen bei einer informatorischen Anhörung** oder sonst **in vernehmungähnlicher Situation** gemacht hat. Äußerungen des Zeugen außerhalb einer Vernehmung werden von § 252 StPO nicht erfasst. Zum Begriff der Vernehmung gehört, dass der Vernehmende dem Zeugen in amtlicher Funktion gegenübertritt (z.B. als Polizei- oder Zollbeamter, als Staatsanwalt oder Richter) und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt. Das ist bei **V-Leuten** nicht der Fall, auch wenn sie von den Ermittlungsbehörden gezielt auf die Angeklagten und deren Umfeld angesetzt und straff geführt werden. Daran ändert sich formell und materiell nichts dadurch, dass die hier tätigen **V-Leute** förmlich nach dem Verpflichtungsgesetz vom 2. März 1974 (BGBl I 469, 547) verpflichtet worden waren (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 a StGB). Damit hatten sie zwar bestimmte Pflichten übernommen (gewissenhafte Aufgabenerfüllung, Unbestechlichkeit und

Verschwiegenheit), sie waren aber nicht zu Angehörigen der Ermittlungsbehörden geworden, die als Staatsorgane mit der Strafverfolgung beauftragt sind; sie unterstützten lediglich die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Straftaten (s. RiStBV Anl. D Nr. 2.2). Der **V-Mann** führt also keine Vernehmungen; was er im Umfeld des Beschuldigten von dessen Angehörigen erfährt, fällt somit nicht unter § 252 StPO, selbst dann nicht, wenn er im Rahmen des Gespräches "nachfragt". Der **V-Mann** ist Zeuge und unterliegt den Regeln der StPO für diesen Personenkreis. BGH, Urteil vom 21. Juli 1994 – 1 StR 83/94 –, BGHSt 40, 211-218

Es ist also nach allem zu prüfen, inwieweit durch eingesetzte V-Leute ein gezieltes Unterlaufen der Zeugnisverweigerungsrechte angestrebt war.

Denn das den Ermittlungsbehörden zuzurechnende Vorgehen der **V-Leute** (vgl. BGH, 1999-11-18, 1 StR 221/99, StV 2000, 57) stellt sich spätestens mit der Nachfrage bei der Zeugin nach ihrer spontanen Äußerung als eine heimliche Befragung einer Aussageperson durch **V-Personen** und damit als eine Maßnahme dar, die jedenfalls ohne spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig war. Die darin liegende Missachtung des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Beschuldigten und seinen Angehörigen iSv StPO § 52 enthält einen Verstoß gegen das Prinzip eines fairen Verfahrens. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 01. März 2000 – 2 BvR 2017/94 –

Mangels Anhaltspunkten diesbezüglich im obigen Beispielfall wäre die Vernehmung der V-Leute zulässig.

### **Beispiel:**

**In einer Strafsache wegen Insolvenzverschleppung nach § 15 a InsO hatte der Angeklagte seinen Steuerberater von seiner Schweigepflicht entbunden. Der Steuerberater hatte somit vor dem Ermittlungsrichter als Zeuge ausgesagt. Innerhalb der Hauptverhandlung widerrief der Angeklagte gegenüber seinem Steuerberater, der als Zeuge geladen wurde, die Schweigepflichtentbindung. Daraufhin berief sich der Steuerberater auf sein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Ziff. 3. StPO. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Vernehmung des Ermittlungsrichter.**

Als mögliches Beweisverwertungsverbot kommt hier wiederum der Rechtsgedanke des § 252 StPO in Betracht. Zur Zeit der Vernehmung war der Steuerberater aufgrund der Schweigepflichtentbindung „normaler“ Zeuge mit der Pflicht zur Aussage nach § 252 Abs.2 Satz 1 StPO.

Bei nach § 52 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigten geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Ermittlungsrichter als Zeuge in Betracht kommt, so diese ordnungsgemäß belehrt worden sind. Hier musste der Steuerberater allerdings aussagen. Trotz allem stellt dies keinen Verstoß gegen § 252 StPO dar.

Grund hierfür ist, dass in einem solchen Fall der Pflichtenwiderstreit, auf den das Verwertungsverbot des § 252 StPO Rücksicht nimmt, nicht auftreten kann. Denn durch

das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO wird der Berufsheimnisträger geschützt und nicht diejenige Person, die ihn von der Schweigepflicht entbinden kann. Ihr Recht beschränkt sich darauf, darüber zu entscheiden, ob sie den Berufsheimnisträger von der Schweigepflicht entbindet oder nicht. Sie hat indes keinen Anspruch darauf, dass der Berufsheimnisträger die Aussage verweigert und das Gericht nicht verwertet, was er gleichwohl ausgesagt hat. War der Berufsheimnisträger zum Zeitpunkt seiner Aussage vor dem Ermittlungsrichter von der Schweigepflicht befreit, befand er sich nicht in einem Pflichtenwiderstreit zwischen Wahrheitspflicht und Schweigepflicht.

Für die weiter vorkommende Fallkonstellation, dass der zunächst von der Schweigepflicht entbundene Berufsheimnisträger im Ermittlungsverfahren seine Angaben nicht vor einem Ermittlungsrichter, sondern im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung gemacht hat, führt ebenfalls nicht zum Vorliegen eines Verwertungsverbots gemäß § 252 StPO. Denn die Verwertbarkeit der Angaben der Vernehmungsperson ergibt sich im Fall der Vernehmung einer jedenfalls zu diesem Zeitpunkt von der Schweigepflicht entbundenen Person nicht erst aus der besonderen Bedeutung der richterlichen gegenüber einer sonstigen Vernehmung, sondern bereits daraus, dass die Vorschrift des § 252 StPO mangels der von ihr vorausgesetzten Pflichtenkollision des bei seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren von seiner Schweigepflicht entbundenen Berufsheimnisträgers von vornherein nicht anwendbar ist. BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2011 – 1 StR 547/11 –, juris

### Beispiel:

**Der Handelsvertreter H ist des mehrfachen gewerblichen Betrugs angeklagt. In einem privaten Brief an seine Ehefrau hat der H seine Taten ihr gegenüber geschildert gehabt. Dieser Brief ist mit weiteren Schriftstücken in der Wohnung der von dem H getrennt lebenden Ehefrau E mit deren Einverständnis sichergestellt worden. Zuvor ist sie gefragt worden, ob sie mit der Sicherstellung einverstanden sei und zwar zu Beweis Zwecken im Ermittlungsverfahren. Darf dieser Brief verlesen werden?**

Ohne Einverständnis der Ehefrau des H würde die Verlesung zwanglos gegen § 97 StPO verstoßen.

#### **§ 97 Beschlagnahmeverbot**

*(1) Der Beschlagnahme unterliegen nicht*

*1.*

*schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 52 oder § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b das Zeugnis verweigern dürfen;*

.....

Auf das Beschlagnahmeverbot kann verzichtet werden. Ein solcher Verzicht ist zunächst seitens dessen möglich, der als Klient (Mandant/Patient) gemäß § 53 Abs. 2 einen Angehörigen der geschützten Berufe von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbinden kann. Ein Verzicht kann aber in allen Fällen auch durch den Zeugnisverweigerungsberechtigten erfolgen, in dessen Gewahrsam der Gegenstand sich befindet. Der Verzicht auf das Beschlagnahmeverbot kann widerrufen werden. Verzicht und Widerruf können ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Ebenso wie die Zeugnisverweigerungsberechtigten (Angehörige und geschützte Berufe) auf das Zeugnisverweigerungsrecht jederzeit verzichten und als Zeuge aussagen können, steht es ihnen auch frei, in die Sicherstellung an sich beschlagnahmefreier Gegenstände einzuwilligen, und zwar unabhängig davon, ob sie von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht im Übrigen Gebrauch machen oder nicht.

In der freiwilligen Herausgabe von Beweismitteln und in dem **Einverständnis** mit ihrer Sicherstellung liegt ein Verzicht auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot. Verzichten kann man aber nur auf ein Recht, von dem man weiß, dass es besteht; das **Einverständnis** setzt daher die Kenntnis des Beschlagnahmeverbots voraus. Bei Angehörigen des Beschuldigten geht das Gesetz grundsätzlich davon aus, dass eine **Belehrung** über das Zeugnis- und Untersuchungsverweigerungsrecht (§ 52 Abs. 3 und § 81c Abs. 3) erforderlich ist. Nichts anderes kann hier für den Verzicht auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot des § 97 gelten. Dagegen geht das Gesetz bei den nach § 53 zeugnisverweigerungsberechtigten Personen davon aus, dass diese ihre Rechte kennen, und sieht deshalb eine **Belehrung** über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht vor. Eine **Belehrung** kommt hier deshalb nur in dem ganz unwahrscheinlichen Fall in Betracht, dass einem Zeugen seine Rechte nicht bekannt sein sollten. Deshalb ist entsprechend § 52 Abs. 3 Satz 1 eine **Belehrung** über die Rechte nach § 97 nur gegenüber den nach § 52 Zeugnisverweigerungsberechtigten erforderlich. *MengesLöwe-Rosenberg, StPO, 97*

Im vorliegenden Beispielfall ist die Ehefrau entsprechend belehrt worden, so dass die Verlesung nicht unzulässig ist.

### **Beispiel:**

**Bei dem Angeklagten wurde im Rahmen der Durchsuchung unter anderem sein Tagebuch aufgefunden und sichergestellt. Darin hatte der Angeklagte unter sehr intimen Details auch diverse Bestechungszahlungen vermerkt. Ist das Tagebuch auf Antrag der Staatsanwaltschaft verlesbar?**

1a. Aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art 2 Abs 1 GG iVm Art 1 Abs 1 GG) kann der Einzelne grundsätzlich selbst entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Jedoch können

Einschränkungen insbesondere dann erforderlich sein, wenn der Einzelne die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt 1b. Anzuerkennen ist aber ein letzter unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung, welcher der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist. 1c. Insbesondere zur Verfassungsmäßigkeit der Verwertung tagebuchähnlicher Aufzeichnungen im Strafprozess; zum Erfordernis einer Abwägung mit dem Allgemeininteresse an der Aufklärung schwerer Straftaten.

1d. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung verbietet sich eine schematische Betrachtungsweise, nach der bei Vergehen stets das Persönlichkeitsrecht des Angeklagten überwiege.

2. Die Strafgerichte sind verpflichtet, bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen. Entfernen sie sich so weit von dieser Verpflichtung, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein kann, so verletzen sie den Grundsatz eines fairen Verfahrens BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26. Juni 2008 – 2 BvR 219/08 –, juris

Das bedeutet, dass der Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes unantastbar bleiben muss. Verlesen werden dürfen aber dementsprechend die Passagen, welche die Bestechungszahlungen betrifft.

### Weitere Beispiele der Unzulässigkeit von Beweiserhebungen

- Abtrennung eines Mitangeklagten alleinig zu dem Zweck dessen zeugenschaftliche Vernehmung zu erreichen OLG Bamberg, Beschluss vom 23. Februar 2015 – 3 OLG 8 Ss 126/14 –, juris
- Wirksame Rechtsmittelbeschränkung auf die Rechtsfolgen und anschließende Beweisanträge zu Schuldspruch
- Beweisanträge zu getilgten oder tilgungsreifen Vorverurteilungen
- Verwertungen entgegen § 393 AO (Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht.)

## Die wesentlichen Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4, Abs. 5

(3).....<sup>1</sup>Im Übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn

1. eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist,
2. die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung ist,
3. die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen ist,
4. das Beweismittel völlig ungeeignet ist,
5. das Beweismittel unerreichbar ist oder
6. eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.

(4) <sup>1</sup>Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch abgelehnt werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt. <sup>2</sup>Die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kann auch dann abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist; dies gilt nicht, wenn die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist, wenn sein Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn das Gutachten Widersprüche enthält oder wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen eines früheren Gutachters überlegen erscheinen.

(5) <sup>1</sup>Ein Beweisantrag auf Einnahme eines Augenscheins kann abgelehnt werden, wenn der Augenschein nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. <sup>2</sup>Unter derselben Voraussetzung kann auch ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen abgelehnt werden, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre. <sup>3</sup>Ein Beweisantrag auf Verlesung eines Ausgangsdokuments kann abgelehnt werden, wenn nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts kein Anlass besteht, an der inhaltlichen Übereinstimmung mit dem übertragenen Dokument zu zweifeln.

Die wesentlichen Ablehnungsgründe können hierbei dogmatisch in 3 Gruppen eingeteilt werden:

Ablehnungsgrund der <b>Überflüssigkeit</b>	<b>Offenkundigkeit</b> <b>Bedeutungslosigkeit</b> <b>Erwiesenheit</b> <b>Wahrunterstellung</b>
Ablehnungsgrund der <b>Zwecklosigkeit</b>	<b>Ungeeignetheit des Beweismittels</b> <b>Unerreichbarkeit des Beweismittels</b>
Ablehnungsgrund der <b>Prozessverschleppung</b>	

*Ungeeignetheit des Beweismittels:***Beispiel:**

**In einem Prozess wegen Totschlags wurde das Opfer bisher nicht aufgefunden. In der Hauptverhandlung beantragte der Verteidiger zum Beweis dafür, dass das Opfer noch lebe die Vernehmung einer individualisierten Hellseherin.**

Hier kommt der Ablehnungsgrund des völlig ungeeigneten Beweismittels in Betracht. Es gibt keinerlei wissenschaftliche Bestätigungen dergestalt, dass die Hellseherei anerkannt werden könnte.

Der Ablehnungsgrund der völligen **Ungeeignetheit** beruht auf dem Gedanken, dass es dem Gericht nicht zugemutet werden soll, eine Beweiserhebung durchzuführen, deren Nutzlosigkeit von vornherein feststeht, weil „nach sicherer Lebenserfahrung“ (so die weit überwiegend gebrauchte Formel) mit dem vom Antragsteller benannten **Beweismittel** die behauptete Beweistatsache nicht bestätigt werden kann und die Erhebung des Beweises daher lediglich auf eine Förmlichkeit und objektiv auf eine Prozessverschleppung hinauslaufen würde. Mit der sicheren Lebenserfahrung können dabei nicht die je unterschiedlichen Erfahrungen der jeweiligen Gerichtspersonen gemeint sein; vielmehr muss sich die **Ungeeignetheit** des **Beweismittels** aus der Anwendung allgemein anerkannter, gesicherter Erfahrungssätze ergeben. Diese Erfahrungssätze können gesetzmäßige Sachverhalte beschreiben, die keine Ausnahme zulassen (allgemeingültige Erfahrungssätze), oder nur regelhafte Zusammenhänge, die im Normalfall einen verlässlichen Schluss von einer Voraussetzung auf ein bestimmtes Ergebnis ermöglichen, von denen es im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände aber auch eine Ausnahme geben kann (einfache Erfahrungssätze). Auf dieser Grundlage lassen sich verschiedene Kategorien der **Ungeeignetheit** von **Beweismitteln** unterscheiden. Ergibt sich die Untauglichkeit des **Beweismittels** aus einem allgemeingültigen Erfahrungssatz so liegt **absolute**, folgt sie dagegen aus einem einfachen Erfahrungssatz, so liegt **relative Ungeeignetheit** vor. Ist bei den persönlichen **Beweismitteln** (Zeugen, Sachverständige) die Beweisuntauglichkeit von deren Willen unabhängig so kann von **objektiver Ungeeignetheit** gesprochen werden, dagegen von **subjektiver Ungeeignetheit**, wenn sie von einer Willensbetätigung abhängt. Eine allgemeingebrauchliche Einteilung gibt es insoweit nicht; so wird etwa vielfach ein nur geringer, geminderter oder zweifelhafter Beweiswert eines **Beweismittels**, der generell nicht zur Annahme völliger **Ungeeignetheit** hinreicht, als „relative **Ungeeignetheit**“ bezeichnet. Liegt die völlige **Ungeeignetheit** des **Beweismittels** nicht auf der Hand, kommt sie aber in Betracht, so kann das Gericht die für die Prüfung des Ablehnungsgrundes notwendigen Tatsachen oder den anzuwendenden Erfahrungssatz im Wege des **Freibeweises** ermitteln. Es kann hierzu den Akteninhalt verwerten oder Erkundigungen einziehen,

etwa ob die verfügbaren Anknüpfungstatsachen für die Erstattung eines Sachverständigengutachtens ausreichen. *BeckerLöwe-Rosenberg*, StPO, § 244

Weitere Beispiele zur Ungeeignetheit des Beweismittels:

Jedoch ist die vom Angeklagten beantragte polygraphische Untersuchung (**Lügendetektortest**) nach dem mit den Sachverständigen erörterten wissenschaftlichen Kenntnisstand ein völlig ungeeignetes **Beweismittel** i.S.d. **§ 244 Abs. 3 Satz 2 4. Alt. StPO**. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1998 – 1 StR 156/98 –, BGHSt 44, 308-328

Die **Parapsychologie** gehört nicht zu den gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen, die dem Sachverständigenbeweis zugänglich sind. Der Tatrichter hat daher einen entsprechenden Beweisantrag der Verteidigung mit Recht abgelehnt, da das angebotene parapsychologische Sachverständigengutachten ein völlig ungeeignetes Beweismittel ist. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978 – 1 StR 624/77 –, juris

Im Übrigen betrifft dieser Ablehnungsgrund die Fälle der fehlenden Wahrnehmungsfähigkeit von Zeugen.

Beim Sachverständigenbeweis ggfs. das Fehlen von notwendigen Anknüpfungstatsachen.

### ***Offenkundigkeit der Beweistatsache:***

Die Offenkundigkeit der Beweiserhebung und dessen Überflüssigkeit steht letztendlich für die Allgemein- und Gerichtskundigkeit.

Wegen **Offenkundigkeit** abgelehnt werden kann der Beweisantrag, wenn sich die begehrte Beweiserhebung auf Tatsachen oder Erfahrungssätze bezieht, die entweder der Richter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat (sog. Gerichtskundigkeit) oder über die sich jedermann aus allgemein zugänglichen Quellen (Lexika, Karten, Kursbücher) zuverlässig (!) und ohne nähere Fachkenntnis unterrichten kann (sog. Allgemeinkundigkeit). Da mit der Offenkundigkeit der Unmittelbarkeitsgrundsatz eingeschränkt wird, kann sich in beiden Fällen die Offenkundigkeit nur auf Indiz- oder Hintergrundtatsachen beziehen, niemals auf Umstände, die unmittelbar für die Schuld des Angeklagten beweisenerheblich sind, wie zB Einzelheiten der Tatausführung oder Schuldfähigkeitsgutachten aus anderen Verfahren. Nach **hM** kann auch das **Gegenteil der Beweisbehauptung** als offenkundig behandelt werden doch hat sich das Gericht dann wegen der mit Beweisantizipationen verbundenen Gefahren für die Sachaufklärung im Zweifel für eine strengbeweisliche Beweiserhebung zu entscheiden. Den **Gegenbeweis** kann die Verteidigung jedoch in jedem Fall führen. Im Einzelnen gilt: **Allgemeinkundig** sein können zB

- Wetterverhältnisse; Naturvorgänge, geographische Daten

- Historisch unstrittige Ereignisse (Holocaust)

**Gerichtskundig** ist, was der Richter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat, zB Vorgänge, die in einer großen Zahl von Strafverfahren in stets gleichbleibender Weise Entscheidungsgrundlage sind. Auf den Einzelfall bezogene richterliche Wahrnehmungen, die für die Überführung eines Angeklagten von wesentlicher Bedeutung sind, dürfen jedoch grds nicht als gerichtskundig behandelt werden. Bei **Kollegialgerichten** genügt nach **hM** die Kundigkeit eines Richters, wenn er die übrigen Spruchkörpermitglieder unterrichtet und die Mehrheit der Richter von seinem Wissen überzeugt. Tatsachen, über die sich der Richter erst nach Antragstellung informiert hat, können nicht als gerichtskundig behandelt werden. *Julius* in: Gercke/Julius/Temming u.a., Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 244 [Beweisaufnahme]

### ***Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache:***

Die Bedeutungslosigkeit einer Beweistatsache ist ebenso wie die Offenkundigkeit überflüssig. Bedeutungslosigkeit liegt vor, wenn die behauptete Tatsache für die Rechts- und Schuldfrage letztendlich irrelevant ist. Die Bedeutungslosigkeit und die Wahrunterstellung schließen sich aus, da nur erhebliche Tatsachen als wahr unterstellt werden dürfen. Die Tatsachen aufgrund derer das Gericht von Bedeutungslosigkeit ausgeht sind in dem Beschluss darzulegen.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Unerheblichkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt wird (StPO § 244 Abs 3 S 3 Ziff. 2.), die Erwägungen anführen, aus denen der Richter ihnen keine Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch beimisst. Der (nach StPO § 34 zu begründende) Gerichtsbeschluss muss erkennen lassen, ob diese Erwägungen rechtlicher oder tatsächlicher Natur sind. Wird die **Bedeutungslosigkeit** aus tatsächlichen Umständen gefolgert, so müssen diese angegeben werden. Das ist insbesondere deshalb erforderlich, damit sich der Antragsteller auf die dadurch geschaffene Verfahrenslage einstellen kann.

2. Der Antragsteller muss Gelegenheit erhalten, sich bei der weiteren Verfolgung seiner Rechte nach der Ablehnungsbegründung zu richten, insbesondere anderweitige Antrags- und Argumentationsmöglichkeiten wahrzunehmen. BGH, Urteil vom 16. Januar 1990 – 1 StR 676/89 –, juris

1. Unter Zeugenbeweis gestellte Negativtatsachen können nur in Ausnahmefällen als hinreichend konkrete, von dem in Betracht kommenden Zeugen selbst wahrgenommene Beweistatsachen angesehen werden.

2. Ein Beschluss, durch den ein Beweisantrag gemäß StPO § 244 Abs 3 S 2 mit der Begründung abgelehnt wird, die Beweisbehauptung sei für die Entscheidung ohne Bedeutung, muss es den Prozessbeteiligten ermöglichen, sich auf die Gründe der Ablehnung der beantragten Beweiserhebung einzustellen, und das Revisionsgericht in die Lage versetzen, die Ablehnung als rechtsfehlerfrei oder rechtsfehlerhaft beurteilen zu können. Deshalb muss sich aus dem Ablehnungsbeschluss nicht nur ergeben, ob das Gericht die Beweistatsache aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als bedeutungslos ansieht, diese Wertung ist vielmehr auch zu begründen. Daran fehlt es, wenn der Ablehnungsbeschluss sich in der Wiedergabe des Gesetzeswortlauts in der entsprechenden Ablehnungsalternative des StPO § 244 Abs 3 S 2 erschöpft. BGH, Urteil vom 26. Januar 2000 – 3 StR 410/99 –, juris

Die Bedeutungslosigkeit erfordert u.U. ein Abgehen vom Verbot der Beweisantizipation, da das Gericht gehalten ist, zum Zeitpunkt der Ablehnung des Beweisantrages die Frage, inwieweit die Beweistatsache zum jetzigen Zeitpunkt erheblich oder bedeutungslos sei zu beantworten.

### **Beispiel:**

**Aufgrund des derzeitigen Beweisergebnisses geht das Gericht davon aus, dass die Tat am 30.04.2017 begangen wurde. Einen Beweisantrag des Angeklagten, dass sich dieser mit dem Zeugen Z am darauffolgenden Tag in einer anderen Stadt getroffen habe kann als bedeutungslos abgelehnt werden.**

Das Gericht kann also davon ausgehen, dass die behauptete Tatsache durch den Zeugen bekundet werden wird; auf diese Tatsache komme es indes nicht an. Sollte sich allerdings im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung herausstellen, dass es zeitlich kaum möglich wäre den anderen Ort zur angegebenen Zeit zu erreichen, so wäre aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens heraus ein Hinweis des Gerichts erforderlich, dass es an der ursprünglichen Ablehnung als bedeutungslos nunmehr nicht mehr festhalten werde.

### ***Erwiesenheit der Beweistatsache:***

Die Erwiesenheit einer Beweistatsache spielt in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle, so dass hierauf im Script nicht näher eingegangen wird. Auf das „erwiesen sein“ muss allerdings in den Urteilsgründen eingegangen werden, so diese ansonsten unschlüssig bzw. lückenhaft erscheinen.

Auf einen Beweisantrag des Verteidigers hat die Strafkammer allerdings als erwiesen angesehen, dass der Geschädigte der ersten Tat gegenüber den am Tatort eintreffenden Polizeibeamten sowie in seiner polizeilichen Vernehmung ausgesagt hatte, von drei männlichen Tätern überfallen worden zu sein, und dass er bei der rechtsmedizinischen Untersuchung bekundet hatte, sich gegen die Tat gewehrt zu haben, wonach er „von einer hinzukommenden dritten männlichen Person offensichtlich mit einem Gegenstand einen Schlag auf den Kopf, Nacken links“ erhalten habe. Zur Aussage des Geschädigten in der Hauptverhandlung wird in den Urteilsgründen indessen nur

ausgeführt, dieser habe „gemutmaßt“, dass „wegen eines vermeintlichen Raschelns in einem naheliegenden Gebüsch eine dritte Person an dem Überfall beteiligt gewesen sein könnte“; gesehen habe er diese aber nicht. Die als **erwiesen** angesehenen Bekundungen des Geschädigten vor der Hauptverhandlung bleiben unerwähnt.

Diese Verfahrensweise hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die bei der Ablehnung von Beweisanträgen wegen **Erwiesenseins** von Tatsachen entsprechend gilt, ist eine Auseinandersetzung mit als wahr unterstellten Tatsachen unter anderem dann erforderlich, wenn die Beweiswürdigung ohne deren Erörterung lückenhaft bleibt; so liegt der Fall hier. BGH, Beschluss vom 13. April 2011 – 5 StR 86/11 –

### *Wahrunterstellung einer Beweistatsache:*

Bedeutungsvoll ist dagegen die Wahrunterstellung.

„wenn eine **erhebliche Behauptung**, die zur **Entlastung des Angeklagten** bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr“!

Die Tatsache muss zunächst erheblich sein. Bedeutungslosigkeit und Erheblichkeit schließen sich demgemäß aus.

Weiter muss die Beweisbehauptung der Entlastung des Angeklagten dienen.

1. Eine **Wahrunterstellung** muss die behaupteten Tatsachen in ihrem wirklichen Sinn und vollen Inhalt ohne jede Einschränkung oder Verschiebung oder sonstige Änderungen erfassen. Daran fehlt es, wenn das Tatgericht im Wege der **Wahrunterstellung** den auf eine Widerlegung der Bekundungen des Tatopfers zu Tatausführung und Tatort abzielenden Beweisantrag ohne Angabe tatsächlicher Anhaltspunkte hierfür derart relativiert hat, dass die Beweisbehauptung in der Sache als völlig bedeutungslos behandelt wurde.

2. Der Angeklagte verwirkt sein Rügerecht nicht dadurch, dass sein Verteidiger die mangelhafte Ablehnung eines Beweisantrags in der Hauptverhandlung hingenommen hat. Dem Verteidiger obliegt insoweit keine allgemeine Hinweispflicht zur Einhaltung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens. BGH, Beschluss vom 09. Januar 2008 – 5 StR 549/07 –, juris

Die Wahrunterstellung muss demgemäß ohne jedwede Einengung konsequent in der Beweiswürdigung durchgehalten werden. **Jeder Gedanke dahingehend, dass zwar die behauptete Tatsache als wahr unterstellt werden konnte, aber...** ist der Einstieg zum nicht konsequenten Unterstellen als wahr!

**Beispiel:**

**Der Angeklagte benennt einen Zeugen dafür, dass er zur Tatzeit nicht am Tatort gewesen sei. Das Gericht unterstellt als wahr, dass der Zeuge dies bekunden wird, fügt jedoch hinzu, der (als wahr unterstellten) Aussage würde das Gericht insoweit nicht folgen, da die Täterschaft des Angeklagten aufgrund der anderen erhobenen Beweise bereits festgestanden habe.**

Hier hat das Gericht nicht die Beweisbehauptung, sondern den Umstand als wahr unterstellt, dass der Zeuge dies bekunden wird. Allerdings kann nur die Beweistatsache selbst als wahr unterstellt werden.

2. Gemäß StPO § 244 Abs 3 S 2 darf ein Beweisantrag unter anderem dann abgelehnt werden, wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr. Danach muss sich die Wahrunterstellung, um die Ablehnung des Antrags zu rechtfertigen, auf die behauptete Beweistatsache selber beziehen, sie also als zutreffend behandeln; dem ist nicht genügt, wenn das Gericht lediglich unterstellt, dass die als Beweismittel benannten Zeugen im Sinne der Beweisbehauptung aussagen werden, um dann den erwarteten Aussagen im Wege einer vorweggenommenen Beweiswürdigung die Glaubhaftigkeit abzuspochen. BGH, Beschluss vom 23. November 1994 – 2 StR 593/94 –

**Beispiel:**

**Dem Angeklagten A wird sexueller Missbrauch einer Minderjährigen vorgeworfen. Die Geschädigte G sagt aus, dass der A nach dem Sommerurlaub versucht habe, mit ihr kniend Geschlechtsverkehr zu haben. Der A beantragt Dr. D als Zeugen dafür zu hören, dass er zu diesem Zeitpunkt eine unfallbedingte Knieversteifung gehabt habe, die er sich im Sommerurlaub zugezogen habe und er gar nicht in der Lage gewesen sei, dass Knie anzuwinkeln. Das Gericht unterstellte dies als wahr. Das Gericht verurteilte den A wobei es in den Urteilsgründen ausführte, dass der von der G geschilderte Vorfall sich vor dem Sommerurlaub, nach der Überzeugung des Gerichts, ereignet haben muss.**

Hier wurde der Verteidigung durch die Ablehnung als wahr suggeriert, dass das Gericht in seiner Überzeugungsbildung davon ausgeht, jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Verbescheidung, dass sich der Vorfall selbst nach dem Sommerurlaub abgespielt hat. Dies vor dem Hintergrund, dass nur erhebliche Tatsachen zugunsten des Angeklagten als wahr

unterstellt werden können. Tatsächlich hat das Gericht letztendlich die Tatsache als bedeutungslos behandelt in den Urteilsgründen.

2. Die Ablehnung eines Beweisantrags ist rechtsfehlerhaft, wenn der Tatrichter Beweistatsachen einerseits als wahr unterstellt und andererseits ausführt, sie seien **bedeutungslos**. BGH, Beschluss vom 07. November 2002 – 3 StR 216/02 –, juris

Ein Fehler, der zur Aufhebung des Urteils führen könnte liegt nach einhelliger Ansicht allerdings nur dann vor, wenn ein Hinweis des Gerichts, dass sich seine Auffassung vom „Erheblichen“ zum „Unerheblichen“ bzw. umgekehrt, aus Fürsorgegesichtspunkten unter Beachtung des Grundsatzes des fairen Verfahrens, nötig erscheint.

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Tatgericht zwar nicht gehalten, die als wahr unterstellte Tatsache noch im Urteil als bedeutsam anzusehen und sie als solche in die Beweiswürdigung einzustellen; es ist daher nicht gehindert, eine zunächst als wahr unterstellte Behauptung im Urteil als aus tatsächlichen Gründen bedeutungslos zu behandeln. Danach soll auch eine Verpflichtung, die Verfahrensbeteiligten vor der Urteilsverkündung auf die geänderte Rechtsauffassung des Gerichts hinzuweisen, grundsätzlich nicht. Auf einen dahingehenden Hinweis darf jedoch bereits nach der bisherigen Rechtsprechung jedenfalls dann nicht verzichtet werden, wenn es naheliegt, dass der Angeklagte wegen der **Wahrunterstellung** davon absieht, Beweisanträge zu einem Thema zu stellen, das mit der als wahr unterstellten Tatsache im Zusammenhang steht und das - im Gegensatz zu dieser Tatsache - für die Entscheidung möglicherweise von Bedeutung ist. BGH, Beschluss vom 27. März 2012 – 3 StR 31/12 –

Entscheidungsmaßstab ist demnach die Frage ob es nahe liegt, dass die Verteidigung mit ggfs. weiteren Beweisanträge reagieren würde, so ihr gegenüber klargestellt werden würde, dass sich die Frage der Erheblichkeit geändert hat.

Dies wurde im obigen Beispielfall vom BGH bejaht, so dass das Urteil aufgehoben wurde.

Die Wahrunterstellung muss letztendlich mit der Wahrbehandlung übereinstimmen ohne Verschiebungen, Einengungen oder sonstigen Interpretationen. Dies führt in der Praxis nicht selten zu Urteilsaufhebungen.

Die als wahr unterstellte Tatsache darf jedoch nicht in Widerspruch zu den **übrigen** Feststellungen stehen. Das Gericht ist daher gehindert, dem Urteil Feststellungen und Erwägungen zugrunde zu legen, die mit der wahrunterstellten Tatsache unvereinbar sind oder diese nicht ausschöpfen; dies gilt auch dann, wenn die Beweistatsache nicht den nötigen Konkretisierungsgrad erreicht. Zu beachten ist, dass diese Widersprüche in der Praxis häufig dadurch aufgelöst werden, dass die Beweisbehauptung verengt, sinnentstellt oder durch einschränkende Zusätze verändert wird, zB indem das Gericht einer als wahr unterstellten Zeugenaussage die Zuverlässigkeit abspricht, Zeugenaussagen relativiert, Zeitangaben interpretiert oder

RiAG Lars Röhl

die unter Beweis gestellte Äußerung eines Zeugen als so ergangen, aber „als anders gemeint“ behandelt. Sofern sich diese Interpretationen nicht im Rahmen zulässiger Auslegung halten, sind sie unzulässig. Das Tatgericht ist jedoch nicht gehindert, zu anderen Schlussfolgerungen zu gelangen als vom Angeklagten angenommen. Ein dem Angeklagten günstiger Schluss darf jedoch nicht durch eine gegenteilige Vermutung ersetzt oder allein mit der Begründung versagt werden, es sei mit Rücksicht auf andere Umstände eine andere Schlussfolgerung möglich, wenn diese Umstände weder feststehen noch von der Beweisbehauptung umfasst werden; wonach der Antragsteller zunächst vom Gericht zu den von ihm gezogenen Schlussfolgerungen zu befragen ist. Nach hM zwingt die Wahrunterstellung einer zur Glaubwürdigkeitserschütterung unter Beweis gestellten Tatsache nicht dazu, den Zeugen insgesamt als unglaubwürdig anzusehen, doch wird dann häufig die Aufklärungspflicht die Durchführung der beantragten Beweiserhebung nahelegen. Wird als wahr unterstellt, dass der Belastungszeuge bereits früher falsche Verdächtigungen ausgesprochen und wieder zurückgenommen hat, so darf das Gericht seine Überzeugung von der Glaubwürdigkeit dieses Zeugen nicht darauf stützen, dass dieser die falschen Vorwürfe nicht aufrechterhält; denn dann hätte es in der Hauptverhandlung nicht bewiesene Tatsachen zu Lasten des Angeklagten verwertet. Die Wahrunterstellung der Beteiligung eines Dritten zur BtM-Tat des Angeklagten führt dazu, dass der Aufklärungserfolg iSd § 31 Nr. 1 BtMG als gelungen anzusehen ist. *Julius* in: Gercke/Julius/Temming u.a., Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 244 [Beweisaufnahme]

1. Es ist revisionsrechtlich zu beanstanden, wenn das Tatgericht eine als wahr unterstellte Beweisbehauptung nicht in ihrer vollen, aus Sinn und Zweck sich ergebenden Bedeutung als wahr behandelt, sondern in unzulässiger Weise **eingengt** hat.

2. Ging in einem Strafverfahren wegen vollendeter Vergewaltigung die aufgestellte Behauptung dahin, die betroffene Zeugin habe auf gezieltes Befragen gegenüber dem sie untersuchenden Arzt einen Geschlechtsverkehr und eine Vereinigung der Geschlechtsteile verneint, ist es mit der behaupteten gezielten Befragung nicht vereinbar, wenn die Strafkammer die Äußerung der Zeugin mit einem "Versehen" erklärt. Die Berufung auf ein Versehen war vielmehr nur deshalb möglich, weil die Beweisbehauptung in ihrem Zweck und Inhalt unzulässig **eingengt** wurde. BGH, Beschluss vom 19. März 1993 – 2 StR 652/92

Weitere Beispiele für unzulässige Einengungen:

- Guter Ruf, Leumund

Bei den benannten Zeugen ja, heißt aber nicht bei allen übrigen im Ort Wohnenden

- Gefahrene Geschwindigkeit 80 km/h

Das mag für die Kollisionsgeschwindigkeit zutreffen jedoch könnte die Ausgangsgeschwindigkeit höher liegen

- Die Schreie wären während der Vergewaltigung aufgrund der dünnen Wände im Nebenzimmer zu hören gewesen

das mag sein, aber es ist nicht auszuschließen das die Nachbarn tief geschlafen haben

### ***Unerreichbarkeit des Beweismittels:***

Unbekannter Aufenthalt. Ein Zeuge ist **unerreichbar**, wenn seine Heranziehung daran scheitert, dass das Gericht seine genaue Identität oder seinen Aufenthalt nicht kennt und auch nicht ermitteln kann. [https://www.juris.de/r3/document - /search](https://www.juris.de/r3/document-/search) Abzugrenzen hiervon sind jedoch die Fälle, in denen die fehlende Angabe dieser Umstände in dem Beweisbegehren die nicht hinreichende Individualisierung des Zeugen und damit die unzureichende Konkretisierung des Beweismittels zur Folge hat. Hier fehlt es bereits an einem Beweisantrag, so dass es sich allein nach der Aufklärungspflicht richtet, ob sich das Gericht um die Individualisierung und Vernehmung des Zeugen bemühen muss; es ist daher zu einer umfassenden antizipierenden Würdigung berechtigt. Liegt dagegen ein Beweisantrag vor, so muss das Gericht unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden, welche Bemühungen es zu entfalten hat, bevor es den Antrag wegen der **Unerreichbarkeit** des Beweismittels ablehnen darf. Unerlässlich ist, dass es von sich aus die üblichen Routineermittlungen zur Feststellung des Aufenthalts möglichst parallel miteinander in die Wege leitet, sofern deren Aussichtslosigkeit nicht bereits eindeutig feststeht. Welche Anstrengungen es darüber hinaus aufwenden muss, richtet sich vor allem nach seiner Aufklärungspflicht, nach dem Beweiswert, der der zu erwartenden Aussage für die zu treffende Entscheidung zukommt, sowie der Pflicht, für eine zügige Durchführung des Verfahrens zu sorgen. Dies setzt eine Prognose von Beweiswert und Beweisbedeutung der beantragten Beweiserhebung im Beweisgefüge voraus sowie eine realistische Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der dem Gericht offenen Möglichkeiten, den Zeugen überhaupt beiziehen zu können. Die Abwägung aller im konkreten Fall hereinspielenden Gesichtspunkte bestimmt, welche möglichen und nicht von Anfang an aussichtslosen Maßnahmen das Gericht versuchen muss, bevor es die Erreichbarkeit des im Beweisantrag benannten Beweismittels verneinen darf. Nach herrschender Auffassung ist in diese Abwägung auch die Bedeutung der Sache einzubeziehen. Dies überzeugt jedoch nicht; denn es lässt sich schwerlich rechtfertigen, einen Zeugen, der zu einer für die Entscheidung bedeutsamen Beweisbehauptung (ansonsten könnte der Antrag mit anderer Begründung zurückgewiesen werden) aussagen soll, je danach als **unerreichbar** anzusehen, ob dem Angeklagten ein eher geringfügiges Vergehen oder ein schwerwiegendes Verbrechen zur Last liegt.

Bekannter Aufenthalt. **Unerreichbar** kann auch ein Zeuge sein, dessen Aufenthaltsort bekannt ist; denn maßgebend ist seine Verwendbarkeit als Beweismittel für das konkrete Verfahren. Es handelt sich hier zum einen insbesondere um die Fälle, in denen der Zeuge sich im Ausland aufhält und jede Aussage vor dem deutschen Gericht ablehnt oder diese aus Gründen des Rechtshilfeverkehrs nicht gewährleistet wird; zum anderen sind die Fälle zu nennen, in denen der Vernehmung des Zeugen

zwar vorübergehende, aber in angemessener Frist nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen, er etwa schwer erkrankt und auf absehbare Zeit nicht vernehmbar ist.

Aufenthalt und Ladung im Ausland. Nach Absatz 5 Satz 2 darf das Gericht den Antrag auf Einvernahme eines im Ausland zu ladenden Zeugen dann ablehnen, wenn es nach pflichtgemäßem Ermessen dessen Einvernahme zur Sachaufklärung nicht für erforderlich hält; dieser erweiterte, allein an der Aufklärungspflicht orientierte Ablehnungsgrund, ist gegenüber § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO sachlich vorrangig. Die Frage ihrer Erreichbarkeit spielt deshalb bei den im Ausland zu ladenden Zeugen nur dort noch eine Rolle, wo der Ablehnungsgrund des Absatz 5 Satz 2 nicht greift, wo also die Aufklärungspflicht an sich ihre Zuziehung angezeigt erscheinen lässt. Bei den zur Beurteilung der Erreichbarkeit erforderlichen Abwägungen werden deshalb bei den im Ausland zu ladenden Zeugen nur noch solche Fälle zu behandeln sein, in denen das Sachaufklärungsinteresse an die dem Gericht abverlangten Nachforschungen erhöhte Anforderungen stellt. *BeckerLöwe-Rosenberg*, StPO, § 244

Ein Zeuge, der sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 52 ff. StPO oder sein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO beruft, ist kein unerreichbares sondern ein ungeeignetes Beweismittel. Im Freibeweisverfahren kann vorab geklärt werden, ob sich der Zeuge auch im Hauptverhandlungstermin auf §§ 52 ff; 55 StPO berufen wird. Nur weil der Zeuge sich bisher auf Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte berufen hat bedeutet nicht, dass dieser auch in der Hauptverhandlung hiervon Gebrauch machen wird. Bei einem entsprechenden Antrag muss das Gericht den Zeugen also grundsätzlich laden; es sei denn, der Zeuge erklärt gegenüber dem Gericht unzweifelhaft, dass er auch in der Hauptverhandlung davon Gebrauch machen wird.

### **Beispiel:**

**Der A und der B werden des Betäubungsmittelhandels beschuldigt. Gegen beide hat die Staatsanwaltschaft eine Zeit lang ein gemeinsames Ermittlungsverfahren geführt. Nach Abtrennung wurden beide Verfahren einzeln weiterverfolgt. In der Hauptverhandlung gegen A vernimmt das Gericht den Schwager des B ohne diesen gemäß § 52 StPO zu belehren. Der B ist zu diesem Zeitpunkt bereits rechtskräftig abgeurteilt.**

Die Frage stellt sich vorliegend, ob Zeugnisverweigerungsrechte ggfs. untergehen. In einem Verfahren gegen A und B wäre der Z zwanglos aus dem Verwandtschaftsverhältnis zu B heraus nach § 52 StPO zu belehren.

Allerdings ist ein Zeuge nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich aller Beschuldigter zur Verweigerung des Zeugnisses gemäß § 52 Abs. 1 StPO berechtigt und hierüber auch zu belehren, wenn sich ein einheitliches Verfahren gegen mehrere Beschuldigte richtet und der Zeuge jedenfalls zu einem von ihnen in einem von § 52 Abs. 1 StPO erfassten Angehörigenverhältnis steht, sofern der Sachverhalt, zu dem er aussagen soll, auch seinen Angehörigen betrifft BGH, Beschluss vom 30. April 2009 – 1 StR 745/08

Nach der Rechtsprechung besteht ein Zeugnisverweigerungsrecht in dem Verfahren gegen den nicht-angehörigen Beschuldigten jedenfalls dann nicht mehr, wenn das zwischen den Angehörigen eines früheren Mitbeschuldigten und dem jetzigen Beschuldigten geknüpfte Band so schwach geworden ist, dass es den empfindlichen Eingriff, den die Zeugnisverweigerung für den noch vor Gericht stehenden Beschuldigten bedeutet, nicht mehr rechtfertigt (vgl. BGHSt 38, 96, 101; BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldiger 9). Als Fallgruppen sind in der Rechtsprechung anerkannt die Fälle des endgültigen Abschlusses des Verfahrens gegen den Mitbeschuldigten durch dessen rechtskräftige Verurteilung (vgl. BGHSt 38, 96, 101), seinen rechtskräftigen Freispruch (vgl. BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldiger 9) oder seinen Tod (vgl. BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldiger 7). Ob Entsprechendes auch dann gilt, wenn der Mitbeschuldigte nach vorläufiger Einstellung gemäß § 153a StPO die ihm gesetzten Auflagen und Weisungen erfüllt (§ 153a Abs. 1 Satz 4 StPO) und nach Sachlage ausgeschlossen werden kann, dass die Tat noch als Verbrechen verfolgt werden kann, hat der Bundesgerichtshof offen gelassen (vgl. BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldiger 12).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann in einem Verfahren gegen mehrere Beschuldigte der Angehörige eines Beschuldigten im Hinblick auf die Zwangslage, in der er sich befindet, das Zeugnis in vollem Umfang verweigern, wenn die Aussage auch seinen Angehörigen betrifft. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass in irgendeinem Verfahrensabschnitt, also auch im Ermittlungsverfahren, ein gegen die mehreren Beschuldigten gerichtetes zusammenhängendes einheitliches Verfahren in Bezug auf dieselbe Tat im Sinne des historischen Geschehens anhängig war (BGH, Urteil vom 29. Juni 1983 – 2 StR 150/83, BGHSt 32, 25, 29; BGH, Urteil vom 23. Juli 1986 – 3 StR 164/86, BGHSt 34, 138, 141). Für diesen Zusammenhang im Sinne einer prozessualen Gemeinsamkeit reicht die Gleichzeitigkeit der Ermittlungen im Sinne eines bloß faktisch gemeinsamen Vorgangs nicht aus. Sie kann nur durch eine ausdrückliche Willensentscheidung der Staatsanwaltschaft begründet werden (BGH, Urteil vom 4. November 1986 - 1 StR 498/86, BGHSt 34, 215, 217; BGH, Beschluss vom 4. Januar 1993 – StB 18/92, BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldiger 8). Das Zeugnisverweigerungsrecht erlischt grundsätzlich erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des gegen den Mitbeschuldigten gerichteten Verfahrens oder mit dessen Tod (BGH, Beschluss vom 30. April 2009 – 1 StR 745/08, BGHSt 54, 1, 4 m.w.N.). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, der als Zeuge vernommene Angehörige eines früheren Mitbeschuldigten damals ebenfalls Mitbeschuldiger war (BGH, Urteil vom 3. Juli 1979 – 1 StR 137/79, MDR 1979, 952). BGH, Urteil vom 08. Dezember 2011 – 4 StR 500/11 –

Fraglich ist demnach, ob durch irgendeine Willensentscheidung der Staatsanwaltschaft die sogenannte prozessuale Gemeinsamkeit begründet wurde. Dies ist insbesondere in Ermittlungshandlungen zu sehen, wie TÜ-Überwachungen, Durchsuchungen bei allen etc.!

Durch das bei der Staatsanwaltschaft geführte Ermittlungsverfahren bestand bis zur **Abtrennung** des Verfahrens gegen den Angeklagten die dafür erforderliche prozessuale Gemeinsamkeit. Denn die Staatsanwaltschaft hatte das Verfahren nach Bekanntwerden eines möglichen Abnehmers auch auf diesen erstreckt, indem sie Gerichtsbeschlüsse zur Überwachung des Telekommunikationsverkehrs und zur Observation des Angeklagten

erwirkte. Selbst wenn bis zu diesem Zeitpunkt die Ermittlungen gegen die Tätergruppe um M. und A. V. sowie den Angeklagten lediglich faktisch parallel geführt worden sein sollten, ist spätestens in dieser Verfahrenshandlung die für die Gemeinsamkeit erforderliche ausdrückliche Willensentscheidung der Staatsanwaltschaft zu sehen. Dass die Identität des Angeklagten erst im Zuge der weiteren Ermittlungen aufgedeckt werden konnte, ändert daran, wie die Revision mit Recht hervorhebt, nichts, zumal die gegen den Angeklagten gerichteten Überwachungsmaßnahmen auch danach noch weitergeführt wurden. Da die Belehrung unterblieben und dieser Verfahrensverstöß auch nicht anderweitig geheilt worden ist, bestand für die zeugenschaftlichen Angaben von M. und A. V. ein Verwertungsverbot BGH, Urteil vom 08. Dezember 2011 – 4 StR 500/11 –

#### ***Auslandszeugen/ Augenscheineinnahme:***

Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen kann abgelehnt werden, wenn nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts die Vernehmung zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist.

Sollte das Gericht die Vernehmung für erforderlich halten so ist sodann zu prüfen, inwieweit der Zeuge erreichbar ist.

Weiterhin muss geprüft werden, ob der Zeuge überhaupt zum Erscheinen bewogen werden kann.

Ggfs. muss die Möglichkeit einer kommissarischen oder einer Videovernehmung geprüft werden.

Wegen weiterer Einzelheiten wird diesbezüglich auf die einschlägigen Kommentierungen verwiesen.

#### ***Ausgangsdokument:***

Ein Beweisantrag auf Verlesung eines Ausgangsdokuments kann abgelehnt werden, wenn nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts kein Anlass besteht, an der inhaltlichen Übereinstimmung mit dem übertragenen Dokument zu zweifeln. Dies betrifft im Rahmen von elektronischen Akten insbesondere Eichtscheine etc..

**Eigene Sachkunde des Gerichts:****§ 244 Beweisaufnahme; Untersuchungsgrundsatz; Ablehnung von Beweisanträgen**

(1)..

(2)..

(3)..

(4) *Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch abgelehnt werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt. Die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kann auch dann abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist; dies gilt nicht, wenn die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist, wenn sein Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn das Gutachten Widersprüche enthält oder wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen eines früheren Gutachters überlegen erscheinen.*

(5)..

(6)..

1. Lehnt das Tatgericht einen Beweisantrag der Verteidigung mit dem Hinweis ab, das Gericht besitze die zur Beurteilung der Frage erforderliche **Sachkunde**, ob der auf den Lichtbildern einer Videoüberwachungskamera zu sehende Täter eines Tankstellenüberfalls von der Größe her der Angeklagte sein könne oder nicht, selbst, so dass die die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Täteridentifizierung anhand einer Lichtbildauswertung entbehrlich sei, so bedarf diese **eigene Sachkunde** des Gerichts näherer Darlegung zunächst im Ablehnungsbeschluss und sodann in den Urteilsgründen.

2. Die Anforderungen, die an die Darlegung der **eigenen Sachkunde** im Urteil zu stellen sind, richten sich nach der Schwierigkeit der konkret zu beurteilenden Beweisfrage, die Art und Umfang des erforderlichen Spezialwissens bestimmt. Erfordert die Materie eine besondere Ausbildung oder kontinuierliche wissenschaftliche oder praktische Erfahrung, sind die Anforderungen an die Darlegungspflicht erhöht. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2017 – 2 StR 509/16 –

**Beispiel:**

**Der Angeklagte beantragte in einem Verfahren wegen Hehlerei zum Beweis dafür, dass er nicht Unterpreise beim Ankauf des gestohlenen Rinderbestandes bezahlt habe, sondern es sich um marktübliche Preise gehandelt habe die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Das Gericht lehnte den Antrag mit eigener Sachkunde ab und verwies darauf, dass die Schöffen und ein Landwirt beide seit Jahren im Viehhandel tätig seien.**

Hier war die Sachkunde nicht beim Berufsrichter vorhanden. Die Rechtsprechung verlangt indes nicht, dass sämtliche Mitglieder des Kollegialgerichts eigene Sachkunde aufweisen. Vielmehr ist es möglich, dass ein Mitglied des Kollegialgerichts seine entsprechende Sachkunde den anderen Mitgliedern des Gerichts vermittelt.

Erwähnenswert ist noch die Rechtsprechung des BGH zur Glaubhaftigkeitsbeurteilung bei kindlichen Zeugen:

Bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage benötigt der Richter grundsätzlich nicht die Hilfe eines Sachverständigen. Das gilt auch für die Aussage eines kindlichen oder jugendlichen Zeugen, der (nach der Anklage) Opfer eines an ihm begangenen Sexualdelikts geworden ist. Dabei darf sich das Gericht, zumal eine erfahrene Jugendschutzkammer, die Aussagebeurteilung in aller Regel auch bei Angaben zu Taten in der frühen Kindheit des Zeugen zutrauen (Festhaltung **BGH, 11. August 1998, 1 StR 338/98**). BGH, Urteil vom 27. Januar 2005 – 3 StR 431/04 –,

### **Prozessverschleppung nach § 244 Abs. 6 StPO**

#### **§ 244 (6) Satz 2 ff.**

*Einer Ablehnung nach Satz 1 bedarf es nicht, wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewusst ist und er die Verschleppung des Verfahrens bezweckt; die Verfolgung anderer verfahrensfremder Ziele steht der Verschleppungsabsicht nicht entgegen. <sup>3</sup>Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. <sup>4</sup>Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; dies gilt nicht, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. <sup>5</sup>Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen.*

Der Gesetzgeber hat die Prozessverschleppung zu Ende 2019 neu geregelt.

#### **In der Drucksache 19/14747 heißt es hierzu:**

Weiterhin sieht der Entwurf Vereinfachungen im Beweisantragsrecht vor. Beweisersuchen, die mit dem Ziel der Prozessverschleppung gestellt werden, sollen nicht mehr als Beweisantrag abgelehnt werden müssen. Auch soll es für die Prozessverschleppungsabsicht ohne Bedeutung sein, ob die Hauptverhandlung zu einer wesentlichen oder erheblichen Verzögerung führen würde.

Mit den vorgeschlagenen Änderungen in § 244 Absatz 3 und 6 StPO-E soll das Beweisantragsrecht insgesamt systematisiert und den Gerichten der Umgang mit missbräuchlich gestellten Beweisanträgen erleichtert werden.

Mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202, 3630) wurde zuletzt in § 244 Absatz 6 Satz 2 und 3 StPO die Möglichkeit geschaffen, dass der Vorsitzende nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine Frist setzen kann, nach deren Ablauf weitere Beweisanträge grundsätzlich im Urteil beschieden werden können. Sinn und Zweck des § 244 Absatz 6 StPO erfordert dabei eine erneute Fristsetzung nur für solche Beweisanträge, die sich aus der Beweisaufnahme nach Wiedereintritt ergeben. Die geschaffene Möglichkeit erleichtert es den Gerichten, Beweisanträge zum Zwecke der Verfahrensverzögerung ohne Rechtsverlust des Angeklagten wirksam zu begegnen.

RiAG Lars Röhl

Der Entwurf sieht jetzt weiterreichende Vorschläge vor. Der Begriff des Beweisantrags soll erstmals gesetzlich bestimmt werden. Beweisersuchen mit dem Ziel der Prozessverschleppung sollen künftig nicht mehr als Beweisantrag behandelt werden. Die Anforderungen an die Prozessverschleppungsabsicht soll dabei in objektiver Hinsicht abgesenkt werden. Der Entwurf bietet schließlich Anlass, die Ablehnungsgründe in § 244 Absatz 3 StPO-E neu zu strukturieren.

Die Ablehnung eines Beweisantrags erfolgt gemäß § 244 Absatz 6 Satz 1 StPO durch Gerichtsbeschluss. Das Gericht ist verpflichtet, den Beschluss unter Bezug auf die einschlägigen Ablehnungsgründe des Absatzes 3 zu begründen.

Der Entwurf sieht in § 244 Absatz 6 Satz 2 StPO-E vor, dass Beweisersuchen mit dem Ziel der Prozessverschleppung künftig nicht mehr durch förmlichen Gerichtsbeschluss nach § 244 Absatz 6 Satz 1 StPO beschieden werden müssen. Dem Regelungsvorschlag liegt das Verständnis zugrunde, dass Beweisersuchen mit dem Ziel der Prozessverschleppung – entgegen dem geltenden Recht – keine Beweisanträge sind. In der Konsequenz sollen solche Beweisersuchen nicht mehr unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 als Beweisantrag abgelehnt werden müssen. Vielmehr sollen sie vom Vorsitzenden ohne formellen Gerichtsbeschluss nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht gemäß § 244 Absatz 2 StPO behandelt und abgelehnt werden können. Ob die Voraussetzungen des § 244 Absatz 6 Satz 2 StPO gegeben sind, soll der Vorsitzende zunächst im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis prüfen. Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden ist eine Beanstandung nach § 238 Absatz 2 StPO möglich, über die sodann das Gericht in freier Würdigung zu befinden hat. Damit ist zugleich klargestellt, dass das Revisionsgericht nicht seine eigene Würdigung der Prozessverschleppungsabsicht an die Stelle der Würdigung des Vorsitzenden beziehungsweise des Tatgerichts stellen darf. Deren Würdigung soll in der Revision nur daraufhin überprüft werden können, ob ein Beurteilungsspielraum überschritten wurde.

Die Begriffsmerkmale der Prozessverschleppungsabsicht sollen in § 244 Absatz 6 Satz 2 StPO-E gesetzlich bestimmt werden. Dabei sollen die in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Prozessverschleppungsabsicht in objektiver Hinsicht abgesenkt werden. Gegenwärtig bejaht die Rechtsprechung den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht gemäß § 244 Absatz 3 Satz 2 Alternative 6 StPO, wenn die beantragte Beweiserhebung nach Überzeugung des Gerichts nichts Sachdienliches zugunsten des Antragstellers erbringen kann und der Antragsteller den Beweisantrag ausschließlich zum Zwecke der Verzögerung des Verfahrens stellt (vergleiche BGH, Urteil vom 8. Juli 1992 – 3 StR 2/92, NStZ 1992, 551). Zusätzlich wird in objektiver Hinsicht verlangt, dass die verlangte Beweiserhebung geeignet ist, den Abschluss des Verfahrens „wesentlich“ oder „erheblich“ zu verzögern (siehe nur BGH, Urteil vom 3. Februar 1982 – 2 StR 374/81, NStZ 1982, 291, 292; BGH, Urteil vom 8. Juli 1992 – 3 StR 2/92 NStZ 1992, 551). Dieses im Einzelnen unklare Erfordernis einer objektiv erheblichen Verfahrensverzögerung führt in der Praxis dazu, dass der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht trotz Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen häufig nicht von den Gerichten angenommen werden kann. Dem Ablehnungsgrund kommt deshalb in der Gerichtspraxis nur eine geringe Bedeutung zu.

Vorzugswürdig ist es, auf das Erfordernis einer objektiven Verzögerung zu verzichten und damit zugleich das dem Regelungsvorschlag zugrundeliegende Begriffsverständnis der Prozessverschleppungsabsicht in der Strafprozessordnung zu vereinheitlichen. Denn gegenwärtig wird weder bei der Ablehnung eines zum Zweck der Prozessverschleppung gestellten Befangenheitsgesuchs (§ 26a Absatz 1 Nummer 3 StPO) noch bei der Ablehnung eines Beweisantrags bei präsenten Beweismitteln (§ 245 Absatz 2 Satz 3 5. Variante StPO) verlangt, dass das Verfahren durch das Gesuch objektiv erheblich verzögert wird. Dass ein Beweisersuchen in Prozessverschleppungsabsicht auch angenommen werden kann, wenn der Antragsteller in einem Motivbündel neben dem Ziel der Verfahrensverzögerung auch ein oder mehrere weitere verfahrensfremde Ziele verfolgt, soll dort ausdrücklich klargestellt werden.

Als Überblick über die wesentlichen Ablehnungsgründe des § 244 StPO soll es hiermit sein Bewenden haben.

Eine Anregung zum Schluss:

In der NStZ wird regelmäßig die neuere Rechtsprechung des BGH zum Beweisantragsrecht zusammenfassend dargestellt.