

Academia Iuris - Basisstudium

Strafprozessrecht

von

Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Stephan Schlegel

2. Auflage

Strafprozessrecht – Kleszczewski / Schlegel

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Strafverfahrensrecht

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4606 7

Verletzt die Beweisgewinnung Privater lediglich ausländisches Recht, kann es meines Erachtens gerechtfertigt sein, sich die Daten zu verschaffen und diese zu verwerten. Verweigert der fremde Staat die Rechtshilfe, liegt meines Erachtens ein Fall von Beweisnot vor.⁶³ Beschränkt sich die Rechtsverletzung auf den Geheimnisbruch, ist der Ankauf von Daten nicht unverhältnismäßig und nach deutschem Recht rechtmäßig.

dd) Geht es um Verfahrensfehler bei der Vernehmung, der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten oder einer TKÜ bzw. einer unterlassenen Benachrichtigung gem. § 168c V StPO, ist nach der Rspr. zudem noch zu beachten, dass ein Verwertungsverbot erst eingreift, wenn der (verteidigte) Angeklagte der Verwertung rechtzeitig iSd § 257 StPO **widerspricht** (→ Rn. 406 ff.). **456**

3. Auch die Vorschriften des Strengbeweisverfahrens, die die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sichern, können einer Beweiserhebung entgegenstehen, zB § 250 S. 2 StPO. **457**

4. Schließlich steht die Teilrechtskraft einer Beweisaufnahme entgegen, deren Thema sich auf rechtskräftig gewordene Tatsachenfeststellungen bezieht.⁶⁴ **458**

5. Nach der Rspr. hat ein Beweisverwertungsverbot grds. **keine Fernwirkung**.⁶⁵ Habe ein verbotswidrig erhobener Beweis als **Spurenansatz gedient**, um einen anderen Beweis zu gewinnen, dürfe dieser verwertet werden.⁶⁶ Dementsprechend muss das erkennende Gericht auch nur die Rechtmäßigkeit desjenigen prozessualen Ermittlungseingriffs prüfen, aus dem das zu verwertende Beweismittel unmittelbar stammt, nicht auch die Rechtmäßigkeit der Gewinnung von Beweismitteln, die zur Anordnung dieser Maßnahme geführt haben. **459**

Fall 4 (BGH NJW 2006, 1361): A ist wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln angeklagt: In der Hauptverhandlung wurden Aufzeichnungen aus einer gegen ihn angeordneten TKÜ eingeführt. Die Anordnung dieser TKÜ gegen A beruhte auf Hinweisen, welche die Staatsanwaltschaft aufgrund einer rechtswidrigen TKÜ gegenüber F, einem Freund des A, gewonnen hatten. Nach Ansicht des BGH dürfen die Erkenntnisse aus der TKÜ gegen A verwertet werden. Im Fall einer Kette von aufeinander beruhenden Überwachungsmaßnahmen ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit auf diejenige Anordnung beschränkt, der die verwerteten Erkenntnisse unmittelbar entstammen. Eine Fernwirkung durch die Rechtswidrigkeit einer vorgelagerten, für das Verfahren selbst nicht unmittelbar beweiserheblichen TKÜ besteht nicht.

IV. Ferner darf das Beweismittel **nicht unerreichbar** sein. Auf unerreichbare Beweismittel kann und muss das Gericht naturgemäß seine Beweisaufnahme nicht erstrecken. Ein Beweismittel ist dann unerreichbar, wenn alle seiner Bedeutung und seinem Wert entsprechenden Bemühungen des Gerichts, es beizubringen, erfolglos **460**

⁶³ Zur Beweisnot als Rechtfertigung bei Geheimnisverrat vgl. Schönke/Schröder/Lenkner/Eisele, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 201 Rn. 31a.

⁶⁴ BGHSt 44, 119 (120 f.).

⁶⁵ BVerfG NStZ 2006, 46; BGHSt 27, 355 (358); 32, 68 (71). Eine Ausnahme gilt nach § 7 VI G 10-Gesetz BGHSt 29, 244 (247). Ausführlich zur Problematik der Fernwirkung SK-StPO/Rogall § 136a Rn. 108 ff. mwN.

⁶⁶ BVerfG NJW 2011, 2417 (2419); näher: Bär TK-Überwachung § 100a Rn. 63; Krit. Beulke ZStW 103 (1991), 657 mwN.

geblieben sind und keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen.⁶⁷

Unerreichbar ist ein personales Beweismittel immer dann, wenn ein Fall zulässiger Protokollverlesung iSd § 251 I Nr. 1 2. Var., Nr. 2, II 2 StPO vorliegt. Werden V-Leute oder verdeckte Ermittler gem. §§ 54, 96, 110b III StPO zulässig gesperrt, gelten sie ebenfalls als unerreichbar (→ Rn. 435 ff.).

- 461 V. Das Gericht darf (und muss) sich zum **Nachweis** der entscheidungserheblichen Tatsachen grds. aller **geeigneten** und **erforderlichen** Beweismittel bedienen.
- 462 1. Bei den von Amts wegen herbeigeschafften, **präsenten** Beweismitteln fordert § 245 I 1 StPO zwingend die Beweisaufnahme, ungeachtet der Frage, ob das Beweismittel geeignet oder seine Erhebung noch erforderlich ist. Dass sich ein solches Beweismittel, obwohl es das Gericht im Zwischenverfahren und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung als geeignet und erforderlich angesehen hat, im Nachhinein als völlig ungeeignet herausstellt, wird freilich selten der Fall sein. Schon eher kann sich die Erhebung eines zunächst als erforderlich angesehenen Beweises in der Hauptverhandlung als überflüssig erweisen, zB dann, wenn der Angeklagte überraschend gesteht. In vielen Fällen wird hier von einer Beweisaufnahme abgesehen werden können, weil alle Verfahrensbeteiligten auf dieselbe gem. § 245 I 2 StPO verzichten. Gehen dagegen die Meinungen hierüber auseinander, muss das Gericht den Beweis erheben.
- 463 2. Bei den übrigen Beweisen muss das Gericht sich fragen, ob es sie von Amts wegen erheben muss.
- 464 a) Steht fest, dass ein Beweismittel zum Nachweis einer bestimmten Tatsache **völlig ungeeignet** ist (ein Hellscher wird als Sachverständiger benannt), kann das Gericht auf die Erhebung dieses Beweises verzichten. Ist freilich die Beweiseignung nicht völlig auszuschließen, darf das Gericht von der Beweiserhebung nicht allein unter Hinweis auf seinen möglicherweise geringen Beweiswert verzichten. Darin läge eine Vorwegnahme der Würdigung eines Beweises, den das Gericht nicht selbst wahrgenommen hat. Dies verstieße gegen das Unmittelbarkeitsprinzip.⁶⁸ Folglich gilt hier ein **Beweisantizipationsverbot**.
- 465 b) Nicht so einfach lässt sich die Frage beantworten, wann das Gericht von einer Beweisaufnahme absehen kann, weil es sie als **überflüssig** ansieht.
- 466 aa) Ist eine Tatsache **offenkundig**, ist eine Beweisaufnahme nicht erforderlich. Offenkundig sind alle allgemeinkundigen Tatsachen, dh Tatsachen, über die jeder sich aus allgemein zugänglichen Quellen unterrichten kann.⁶⁹ Offenkundig sind ferner gerichtskundige Tatsachen, dh alles, »was der Richter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat.«⁷⁰ Besitzt das Gericht eigene Sachkunde, muss es keinen Sachverständigen hören, § 244 IV 1 StPO.⁷¹

67 BGHSt 22, 118 (122); 29, 390 (391); 32, 68 (73).

68 BGH NJW 1983, 404; vgl. weiter *Eisenberg* StPO Rn. 198 ff.

69 Instrukтив: BGH NStZ 1994, 180. Ausführlich dazu auch SK-StPO/*Frister* § 244 Rn. 114 ff. mwN; *Graf/Bachler* § 244 Rn. 52 ff.

70 BGHSt 6, 292 (293, 295).

71 Weicht der Richter vom Gutachten ab, hat er die eigene Sachkunde eigens darzulegen, BGH NStZ 2006, 511 (511 f.).

- bb) Spricht eine erfolgte Erhebung eines Beweises für die Wahrheit der zu beweisenden Tatsache, muss das Gericht von sich aus keinen weiteren Beweis erheben, der in die gleiche Richtung weist. Etwas anderes gilt nur, wenn dadurch statt auf ein belastendes Beweissurrogat nunmehr auf das Originalbeweismittel zurückgegriffen werden kann. Dies ergibt sich aus der Pflicht, sich um den bestmöglichen Beweis zu bemühen.⁷² 467
- cc) Spricht die erfolgte Erhebung eines Beweises für die Wahrheit der zu beweisenden Tatsache, ist dies idR kein Grund, von der Erhebung eines zweiten Beweises, der in eine andere Richtung weist und zulässig, geeignet und erreichbar ist, abzusehen.⁷³ Sähe man es anders, dürfte das Gericht über den Beweiswert eines Beweismittels urteilen, ohne es selbst wahrgenommen zu haben. Dies verstieße gegen das **Beweisantizipationsverbot**. Hatte sich freilich der in Rede stehende Beweis nach dem bisherigen Gang der Beweisaufnahme nicht aufgedrängt, liegt in dem Unterlassen seiner Erhebung keine Verletzung der Amtsaufklärungspflicht.⁷⁴ 468
- VI. Erst wenn sich nach gebotener Ausschöpfung aller Beweismittel die Tatfrage nicht eindeutig klären lässt, ist das Gericht berechtigt, den **Zweifelsgrundsatz** anzuwenden und zugunsten des Angeklagten zu entscheiden.⁷⁵ 469
- VII. Hält ein Verfahrensbeteiligter eine vom Vorsitzenden angeordnete Beweisaufnahme für unzulässig, kann er gem. § 238 II StPO das Gericht anrufen. 470

C. Das Beweisantragsrecht

Aus dem § 244 III–V StPO folgt, dass die Prozessbeteiligten einen Anspruch auf Erhebung bestimmter Beweise zu bestimmten Tatsachen geltend machen können, soweit nicht einer der dort genannten Ablehnungsgründe vorliegt.⁷⁶ 471

I. Begriff

Der Begriff des Beweisantrages ergibt sich aus § 219 I 1 StPO.⁷⁷ Er ist ein Begehren, über eine **bestimmte Tatsache** ein nach der Prozessordnung zulässiges **bestimmtes Beweismittel** zu verwerten.⁷⁸ Beim Zeugenbeweis verlangt der BGH zusätzlich die **Konnexität** zwischen Beweismittel und zu beweisender Tatsache, dh die Begründung, warum das benannte Beweismittel die behauptete Tatsache nachweisen könne.⁷⁹ Das ist jedoch allenfalls dann berechtigt, wenn es um den Nachweis einer Indiztatsache geht (→ Rn. 483). Fehlt es an einem der Kriterien, liegt nur ein Beweismitt-

⁷² Vgl. BVerfGE 57, 250 (277).

⁷³ RGSt 1, 189 (190); BGHSt 8, 177 (180 f.); vgl. weiter BGHSt 36, 159 (164 f.); missverständlich: BGHSt 40, 60 (62). Umfassend zum Beweisantizipationsverbot SK-StPO/*Frister* § 244 Rn. 16 ff. mwN.

⁷⁴ BGH StV 1981, 164; näher: *Schäfer* Strafverfahren Rn. 1138 ff.

⁷⁵ BGH NStZ 2006, 650 (651).

⁷⁶ Überblick bei *Beulke* JuS 2006, 597 (599 ff.).

⁷⁷ RGSt 13, 316 (317).

⁷⁸ BGHSt 6, 128 (129); SK-StPO/*Frister* § 244 Rn. 48; *Graf/Bachler* § 244 Rn. 14.

⁷⁹ BGHSt 40, 3 (6); 43, 321 (329 f.); 52, 284 (287); krit. *Herdegen* NStZ 1999, 176 (180 f.) und SK-StPO/*Frister* § 244 Rn. 55 ff.

lungsantrag vor, den das Gericht im Rahmen des durch § 244 II StPO begrenzten Ermessens ablehnen kann.⁸⁰

Fall 5 (BGHSt 40, 3): Der A ist vor dem LG wegen versuchten Totschlags angeklagt. In der Hauptverhandlung beantragt der Nebenkläger N, den namentlich bestimmten Z, Wohnort in der Nähe von Mellendorf, als Zeugen zu vernehmen. Das LG hat der »Anregung ..., den Aufenthalt des Zeugen Z zu ermitteln und die Zeugen zu laden«, nicht entsprochen. Hier handelt sich nicht um einen Beweisantrag, da es an der dazu erforderlichen Individualisierung des Zeugen fehlt. Hierzu reicht grds. die Namensnennung von Zeugen mit der bloßen Angabe eines Wohnortes nicht aus. Erforderlich ist die Unterscheidbarkeit des Zeugen von anderen Personen durch ihn eingrenzende Merkmale. Typischerweise wird dabei der vollständige Name und die genaue Anschrift erforderlich sein. Sollte der Antragsteller hierzu nicht in der Lage sein, genügt es, im Einzelnen den Weg zu beschreiben, auf dem die Person des Zeugen zuverlässig ermittelt werden kann. Dies ist hier nicht geschehen. Damit handelte es sich um einen Beweisermittlungsantrag, den das Gericht formlos ablehnen kann.

II. Das System der Ablehnungsgründe

- 473 1. Ein erster Blick in das **Gesetz** lässt keine innere Ordnung der Ablehnungsgründe erkennen.⁸¹ Eine nähere Analyse ergibt, dass die §§ 244 f. StPO sich auf folgendes Gefüge von Grundsatz, Ausnahme und Gegenausnahme zurückführen lassen:⁸²

Soweit die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts (→ Rn. 442) reicht, soweit darf auch ein Beweisantrag nicht abgelehnt werden. Darüber hinaus darf ein Beweisantrag, einen zulässigen und erreichbaren Beweis in die Hauptverhandlung einzuführen, auch dann nicht abgelehnt werden, soweit Eignung oder Erforderlichkeit – vorweg betrachtet – als zweifelhaft erscheinen. Würde die Erhebung eines Beweises der Leitidee einer ununterbrochenen Hauptverhandlung (→ Rn. 380 ff.) entgegenstehen, darf ein darauf gerichteter Beweis ausnahmsweise dennoch abgelehnt werden, falls das Gericht entweder mit sachferneren Beweismitteln das Beweisziel des Antragstellers schneller zu erreichen vermag, oder es statt des angebotenen Beweises einen solchen von austauschbarer Qualität verwertet.

- 474 2. Im Einzelnen bedeutet dies:

- 475 a) Steht fest, dass das bezeichnete Beweismittel **ungeeignet** ist, hat der Antragsteller letztlich gar kein Beweismittel angeboten. Folglich darf ein Beweisantrag zurückgewiesen werden, wenn das benannte Beweismittel völlig ungeeignet ist,⁸³ §§ 244 III 2 4. Var., 245 II 3 4. Var. StPO. Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Untauglichkeit bereits aus dem Beweisantrag selbst ergibt.⁸⁴ Hiervon macht § 245 I 1 StPO keine Ausnahme. Zwar folgt aus dieser Vorschrift, dass die Ungeeignetheit kein Grund ist, den Antrag auf Verwendung eines gerichtsveranlasst präsenten Beweismittels abzulehnen. Hier ist aber Folgendes zu beachten: Zum einen wird es kaum einmal der Fall sein, dass ein solches Beweismittel, obwohl es das Gericht im

⁸⁰ RGSt 64, 432.

⁸¹ *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl. 1983, 409 f. mit Fn. 5.

⁸² *Kleszczewski* HRRS 2004, 10 (11 ff.).

⁸³ Zu den Fallgruppen im Einzelnen: *Eisenberg* StPO Rn. 215 ff. mwN; SK-StPO/*Frister* § 244 Rn. 142 ff.

⁸⁴ Vgl. die Beispiele bei *Eisenberg* StPO Rn. 216 f.

Zwischenverfahren und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung als geeignet und erforderlich angesehen hat, im Nachhinein sich als völlig ungeeignet herausstellt. Sollte dem dennoch einmal so sein, wird zumeist entsprechend § 245 I 2 StPO verfahren werden. Gehen jedoch die Meinungen über die Tauglichkeit auseinander, sodass ein Verfahrensbeteiligter die Beweisaufnahme begehrt, dann darf sich das Gericht von seinem in der Veranlassung der Herbeischaffung zum Ausdruck kommenden Vorverständnis der Eignung des Beweismittels nicht selbstherrlich distanzieren. Es muss mithin dem Antrag stattgeben.

b) Ähnliches gilt für den Ablehnungsgrund der **Prozessverschleppungsabsicht**,⁸⁵ 476 §§ 244 III 2 6. Var., 245 II 3 5. Var. StPO. Zwar muss hier nicht feststehen, dass das angebotene Beweismittel absolut ungeeignet ist. Vielmehr reicht hier die relative Untauglichkeit aus, dh die Aussichtslosigkeit mit diesem Beweismittel das Beweisziel des Antragstellers zu erreichen.⁸⁶ Steht zudem fest, dass der Antragsteller das Beweisbegehren nur äußert, um das Verfahren wesentlich⁸⁷ in die Länge zu ziehen, erachtet er selbst die angegebene Person bzw. Sache nicht als Mittel des Beweises, sondern als Mittel der Verschleppung des Prozesses. Zur Wahrung der Konzentrationsmaxime muss es dem Gericht daher gestattet sein, einen derartigen Beweisantrag zurückzuweisen. Auch hier stellt § 245 I 1 StPO keine Ausnahme dar. Wenngleich hier die Prozessverschleppungsabsicht ebenfalls nicht als Ablehnungsgrund zugelassen ist, so nur deshalb, weil das Gericht in der Vorbereitung so terminiert hatte, dass es sich auch Zeit für die Erhebung dieses Beweises nimmt. Dann aber ist eine wesentliche Prozessverzögerung ausgeschlossen.

Fall 6 (BGH NJW 2005, 2466): Das LG hat den geständigen A wegen Mordes verurteilt. Zuvor hatte es in einem Beschluss erklärt, vorbehaltlich eines früheren Schlusses der Beweisaufnahme werde es Beweisanträge nicht mehr entgegennehmen, wenn diese nach einem bestimmten Datum gestellt würden. Während der dreijährigen Verhandlungsdauer mit zwei Verhandlungstagen pro Woche sei das Beweisprogramm durch 320 Beweisanträge vollständig abgearbeitet worden. Die meisten Anträge seien wegen Bedeutungslosigkeit abgelehnt worden. Insgesamt zeige das Verteidigungsverhalten einen Missbrauch des Beweisantragsrechts zur Verschleppung des Verfahrens auf. Hilfsbeweisanträge könne A jedoch weiter stellen. Die nach Ablauf der Frist gestellten Beweisanträge hat das LG in den Urteilsgründen sämtlichst wegen Verschleppungsabsicht ablehnend beschieden. Die Revision rügt die Verletzung von § 244 StPO. Der BGH hat das Vorgehen des LG in diesem Extremfall als zulässig erachtet. Wurde eine Hauptverhandlung extrem verzögert, namentlich durch zum Zweck der Prozessverschleppung gestellte Beweisanträge, ist demnach zur Verhinderung weiterer Verfahrensverzögerung die prozessuale Möglichkeit in Betracht zu ziehen, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zu setzen und nach deren Ablauf gestellte Beweisanträge grds. nicht mehr durch gesonderten Gerichtsbeschluss, sondern erst in den Urteilsgründen zu bescheiden. Nach jahrelanger Verhandlungsdauer ist nach einer verfahrensrechtlich vertretbaren Möglichkeit zu suchen, die Hauptverhandlung – allerdings unter fortdauernder Wahrung unverzichtbarer Verteidigungsinteressen – zu einem Abschluss zu bringen. Dies gebietet die Prozessökonomie und der Beschleunigungsgrundsatz.

c) Ein Beweisantrag kann wegen **Überflüssigkeit** zurückgewiesen werden, falls die 477 Tatsache schon als erwiesen anzusehen ist. Mangels Beweisbedürftigkeit liegt dies auf der Hand bei **offenkundigen Tatsachen**, §§ 244 III 2 1. Var., 245 II 3 1. Var. StPO

⁸⁵ Ausführlich dazu SK-StPO/Frister § 244 Rn. 167 ff. mwN.

⁸⁶ Näher: Eisenberg StPO Rn. 237 mwN; krit. zu Ausweitungstendenzen Fezer StV 1995, 263.

⁸⁷ Der BGH erwägt, das Kriterium der Wesentlichkeit aufzugeben, BGHSt 51, 333 m. abl. Anm. Beulke/Rubmannseder NSTz 2008, 300.

(→ Rn. 467). Des Weiteren ist die Ablehnung eines Beweisantrages auch dann statthaft, wenn die Tatsache durch die vorhergehende Beweisaufnahme schon **positiv erwiesen** ist, §§ 244 III 2 3. Var., 245 II 3 2. Var. StPO. Benennt der Angeklagte ein nicht-präsenes Beweismittel, ist klar, dass das Gesetz hier der Leitidee einer ununterbrochenen Hauptverhandlung den Vorrang einräumt. Nicht von selbst versteht sich hingegen die unterschiedliche Behandlung der präsenten Beweise. Während einem Begehren, ein gerichtsveranlasst herbeigeschafftes Beweismittel zu verwerten, nicht mit Hinweis auf die Erwiesenheit der Beweisbehauptung zurückgewiesen werden kann (arg. e. contrario aus § 245 I 1 StPO), gestattet es § 245 II 3 StPO, die Erhebung sonstiger präsenten Beweise unter Hinweis auf das Erwiesensein abzulehnen. Doch lässt sich diese Unterscheidung ebenfalls aus der Konzentrationsmaxime heraus rechtfertigen: Während das Gericht die erstgenannten Beweise in seiner Terminansetzung berücksichtigt hat, ist ihm dies bei den letztgenannten nicht möglich gewesen. Da das Beweisziel des Antragstellers bereits erreicht ist, ist dieser auch nicht beschwert.

Der Ablehnungsgrund der **Wahrunterstellung** (§ 244 III 2 7. Var. StPO) findet seine Rechtfertigung ebenfalls in den eben beschriebenen Zusammenhängen. Zwar gilt er nur bei nicht-präsenten Beweisen. Doch räumt das Gesetz hier der Leitidee einer ununterbrochenen Hauptverhandlung ebenfalls den Vorrang ein,⁸⁸ wohl wissend, dass der Angeklagte auch dadurch nicht beschwert ist. Dass die Wahrunterstellung bei präsenten Beweisen nicht statthaft ist, ergibt sich aus den Voraussetzungen der Wahrunterstellung selbst. Sie ist nur zulässig, wenn die entlastende Beweisbehauptung nach Prognose des Gerichts mit den erreichbaren und zulässigen Beweisen nicht widerlegt werden kann.⁸⁹ Präsenes Beweismittel sind hingegen stets erreichbar, sodass deren Erhebung der Vorrang gebührt.

- 478 d) Überflüssig kann die begehrte Beweisaufnahme auch sein, wenn das Gericht das **Gegenteil** der Beweisbehauptung als **erwiesen** erachtet. Da hier das Beweisziel des Antragstellers vereitelt werden könnte, bedarf es dann über den Aspekt der Verfahrensverzögerung hinaus eines besonderen Grundes, warum das **Beweisantizipationsverbot** durchbrochen werden darf.
- 479 Bei präsenten Beweismitteln besteht die Gefahr einer Unterbrechung der Hauptverhandlung nur in einem marginalen Umfang. Daher ist das Erwiesensein des Gegenteils der Beweistatsache kein Ablehnungsgrund, § 245 StPO. Auch bei nicht-präsenten Beweisen lässt ihn das Gesetz nur zu, wenn zur Verzögerung des Verfahrens die **Ersetzbarkeit** des begehrten Beweises hinzukommt. Auf dieser Grundlage beruht das Recht, die Anhörung eines weiteren Sachverständigen mit dem Hinweis darauf abzulehnen, dass das Gegenteil schon erwiesen sei, § 244 IV 2 1. Hs. StPO.⁹⁰ Jeder **Sachverständige** repräsentiert im Allgemeinen die Disziplin im gleichen Maße wie einer seiner Fachkollegen. Folglich ist sein Gutachten als Ausdruck des derzeitigen Standes des Fachwissens hinzunehmen.⁹¹ Etwas anderes kann hier nur gelten, wenn man dem gehörten Sachverständigen bestimmte methodische Unzulänglichkeiten

88 *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl. 1983, 652. Zust. *Eisenberg* StPO Rn. 241.

89 RG JW 1922, 1037 mAnm *Alsberg*; BGH NStZ 2007, 282.

90 RGSt 47, 100 (107 f.).

91 Auf eine ähnliche Überlegung lässt sich der Ablehnungsgrund der eigenen Sachkunde des Gerichts zurückführen, § 244 IV 1 StPO.

nachweisen kann, die seine Qualität als Beweismittel in Frage stellen, vgl. § 244 IV 2 2. Hs. StPO.⁹²

Wird die **Inaugenscheinnahme** eines erst herbeizuschaffenden Objektes begehrt, kann der Beweisantrag gem. § 244 V 1 StPO aus demselben Grund ebenfalls abgelehnt werden.⁹³ Nach dem RG hat der Augenschein mit dem Sachverständigenbeweis die Ersetzbarkeit gemeinsam.⁹⁴ Deswegen könne auch ein Beweissurrogat (zB Lichtbild vom Unfallwagen) zusammen mit anderen Beweisen ausreichen, dem Richter die Überzeugung vom Gegensein einer Tatsache zu vermitteln. Dies ist jedoch nur zum Teil zutreffend: Unschädlich ist diese Vorgehensweise, wenn es nur um die Veranschaulichung von objektiv messbaren Daten und Vorgängen geht.⁹⁵ Stützt sich das bisherige Beweisergebnis dagegen nicht auf mehrere, voneinander unabhängige Beweise, dann sollte das Gericht dem Beweisantrag stattgeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn es darum geht, die Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage zu erschüttern.⁹⁶

Fall 7 (vgl. BGHSt 8, 177): Das LG hat den A wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Der Richterspruch beruht einzig auf der beeideten Aussage der Ehefrau des A. In der Hauptverhandlung hatte A behauptet, seine Frau habe den ihm zur Last gelegten Vorfall frei erfunden. Sein Verteidiger V beantragte: »Freispruch, evtl. Ortsbesichtigung des Tatortes ...«. Zur Begründung führte V aus, zum Nachweis dessen hätte durch den beantragten Augenschein dargetan werden sollen, die Decke des Zimmers sei so niedrig, dass auch die Ehefrau den Gardinenhaken mit ihren Händen hätte erreichen können und dass es deshalb gar nicht möglich gewesen wäre, sie – wie behauptet – an dem Haken hochzuziehen. Das LG hat den Hilfsbeweisantrag in den Urteilsgründen abgelehnt. Hiergegen wandte sich A mit seiner Revision. Sie ist begründet. Steht als Beweismittel ein einziger Tatzeuge zur Verfügung, so darf das Gericht einen Antrag auf Einnahme des Augenscheins nicht unter Berufung auf die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen ablehnen, wenn durch den Augenschein erwiesen werden soll, dass der Vorfall sich wegen der örtlichen Verhältnisse nicht so abgespielt haben kann, wie es der Zeuge bekundet hat.

Beim Urkundsbeweis ist jedoch schlechthin und beim Zeugenbeweis grds. die Beweisantizipation ausgeschlossen. Wegen ihrer Individualität sind diese Beweismittel unersetzbar. Darüber hinaus gestattet § 244 V 2 StPO die Einvernahme eines **Auslandszeugen** mit dem Hinweis auf die Erwiesenheit des Gegenteils der Beweisbehauptung abzulehnen.⁹⁷ Diese Ausnahme vom Beweisantizipationsverbot leuchtet kaum ein. Begründet hat sie der Gesetzgeber mit dem Hinweis, die Gerichte müssten sich auf Zeugen des eigenen Hoheitsgebiets beschränken dürfen.⁹⁸ Sie stellt wegen der sich stetig verstärkenden internationalen Rechtshilfe mehr und mehr einen Anachronismus dar. Das BVerfG hält sie gleichwohl nicht für verfassungswidrig.⁹⁹

Fall 8 (nach BGHSt 40, 60): Das LG hat A wegen Verstoßes gegen das BtMG verurteilt. A hatte in der Hauptverhandlung beantragt, die in Spanien wohnhafte Zeugin B zu hören, die bekunden sollte, dass sich der A zum Tatzeitpunkt in Spanien übernachtet hatte. Diesen Antrag hat das LG unter Verweis auf die gegenteilige Aussage des Zeugen K abgelehnt. Die Ablehnung lässt sich auf § 244

92 Eingehend: *Eisenberg* StPO Rn. 256 ff.

93 RGSt 47, 100 (107); BGHSt 8, 177 (181).

94 RGSt 47, 100 (107 f.).

95 *Schäfer*, Die Praxis des Strafverfahrens, 7. Aufl. 2007, § 79 I k.

96 RG JW 1930, 933, Nr. 44; JW 1932, 3226, Nr. 17; BGHSt 8, 177 (180 f.).

97 BGHSt 40, 60 mAnm v. *Kinzig* NStZ 1994, 448; *Perron* StV 2001, 94.

98 BR-Drs. 314/91, 103.

99 BVerfG StV 1997, 1 (2) m. krit. Anm. *Kinzig*; vgl. weiter BGH NJW 2005, 2322.

V 2 StPO stützen. Bei der Entscheidung über einen Beweisantrag, mit dem die Vernehmung eines im Ausland zu ladenden Zeugen beantragt wird, darf das Gericht seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Resultate zu würdigen wären. Kommt das Gericht dabei unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu der Überzeugung, dass der benannte Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können, darf es den Antrag ablehnen. Da es vorliegend daran fehlte, war die Ablehnung fehlerhaft.

Dies bedarf der Präzisierung:¹⁰⁰ Der Ablehnungsgrund § 244 V 2 StPO ist als Ausnahme eng auszulegen. Da der Gesetzgeber den Auslandszeugen dem Augenschein- und dem Sachverständigenbeweis gleichstellt, bietet es sich an, § 244 IV 2 2. Hs. StPO analog anzuwenden. Das bedeutet: Stellt sich die bisherige Beweislage als widersprüchlich dar, ist es möglich, dass die Bekundungen bisher gehörter Beweispersonen unzutreffende tatsächliche Voraussetzungen enthalten, ist deren Glaubwürdigkeit zweifelhaft oder aber die Aussagefähigkeit des Auslandszeugen gegenüber einem gehörten Zeugen überlegen, muss dem Beweisantrag stattgegeben werden. Da dies hier anzunehmen war, war die Entscheidung des BGH im Ergebnis zutreffend.

- 482 e) Ist ein Beweismittel **unerreichbar** (→ Rn. 460), ist der auf seine Erhebung gerichtete Antrag abzulehnen. Das leuchtet ohne Weiteres ein bei feststehenden unüberwindlichen Hindernissen (Tod, Vernehmungsunfähigkeit, Ladungsunfähigkeit eines Zeugen, Untergang, unbekannter Ort einer Sache, zulässige behördliche Sperrung).¹⁰¹ Im Hinblick auf die Möglichkeit der Aufenthaltsermittlung wird sich die Ladungsunfähigkeit freilich häufig erst nach einer gewissen Anzahl von Versuchen der Aufenthaltsbestimmung ergeben können.¹⁰² Welche Bemühungen hier als erforderlich und angemessen anzusehen sind, um das Beweismittel in absehbarer Zeit herbeizuschaffen, hängt freilich maßgeblich auch von der Erheblichkeit des zu erwartenden Beweisergebnisses ab. Ein Beweismittel ist daher in diesen Fällen erst dann als unerreichbar anzusehen, wenn das Interesse an einer zügigen Hauptverhandlung seine Bedeutung überwiegt.¹⁰³ Insofern ist hier in gewissen Umfang eine Beweisantizipation zugelassen. Nur wenn die Wahrscheinlichkeit gering ist, dass die Beweiserhebung am bisherigen Beweisbild etwas ändern wird, geht die Konzentrationsmaxime vor.¹⁰⁴

Fall 9 (nach BGH NStZ 1982, 78): A. ist wegen Brandstiftung angeklagt. In der Hauptverhandlung stellt er den Antrag, die M als Alibizeugin zu vernehmen. Die Ermittlungen des Gerichts hatten ergeben, dass die Zeugin sich möglicherweise im Frankfurter Raum bei ihrem Ehemann K aufhält und dass sie an ihrem Wohnsitz in Heidelberg nach wie vor polizeilich gemeldet ist und sich dort ihre Wohnung noch befindet. Da das LG die M nicht hat ausfindig machen können, hat es den Antrag wegen Unerreichbarkeit der M abgelehnt. Die Ablehnung war unzulässig. Die Annahme der Unerreichbarkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Gericht unter Beachtung seiner Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und wenn keine begründete Aussicht besteht, das Beweismittel in absehbarer Zeit beizubringen. Daran fehlte es hier.

100 Näher: *Kleszczewski* HRRS 2004, 10 (16 f.).

101 Eingehend *Eisenberg* StPO Rn. 225 ff.

102 BGHSt NStZ 1982, 78; eingehend *ter Veen*, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozeß, 1995, 156 ff.

103 BGHSt 22, 118 (120). Zust. *Eisenberg* StPO Rn. 226 mwN. Beispiel bei *Joecks* § 244 Rn. 76.

104 *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. 1983, 622 f. mwN.