ARBEITSHILFE - erstellt ab 30.06.2024 - 5. Fassung

Beweisantrag - Teil II

Rechtsanwalt Tronje Döhmer, Gießen

Dieser Teil II knüpft an den Teil I aus dem Jahr 2009 an.[1] Die eigene Leistung des Verfassers besteht nur darin, die Rechtsprechung zu dokumentieren. Die recherchierten Entscheidungen werden ausführlich zitiert und zur sorgfältigen Lektüre empfohlen. Andernfalls können sich leicht nur schwer korrigierbare Fehler in der praktischen Anwendung einschleichen.[2]

#Eingriffe in das Beweisantragsrecht
#Neue Vorgaben des Gesetzes
#Beweisantrag als ernsthaftes Verlangen

#Beweisantrag - ins Blaue hinein § 244 III 1 StPO
#Konnexität
#System der gesetzlichen Ablehnungsgründe

#Offenkundige Überflüssigkeit -§ 244 III 3 Nr 1 StPO
#Allgemeinkundigkeit
#Gerichtskundigkeit

#Bedeutungslosigkeit - § 244 III 3 Nr 2 StPO
#Unerheblichkeit aus Rechtsgründen
#Unerheblichkeit aus tatsächlichen Gründen
#Sachzusammenhang fehlt
#Indiztatsachen, auf die es generell nicht ankommt
#Begründung des ablehnenden Beschlusses

#Erwiesensein - § 244 III 3 Nr. 3 StPO
#Ablehnungsgrund, Bindungswirkung, Urteilsfeststellungen
#Ablehnungsgrund belastende oder entlastende Tatsache
#Ablehnungsgrund und Beweiserheblichkeit
#Ablehnungsgrund und Entlastungszeugen

#Völlige Ungeeignetheit des Beweismittels - § 244 III 3 Nr. 4 StPO
#Völlig ungeeigneter Zeuge wegen Unkenntnis und Wahrnehmungsstörungen
#Völlig ungeeigneter Zeuge wegen lange zurückliegender Vorgänge
#Völlig ungeeigneter Zeuge wegen besonderer persönlicher Verhältnisse
#Völlig ungeeigneter Zeuge wegen innerer Tatsachen
#Völlig ungeeignete Sachverständige
#Völlig Ungeeignetheit und Urteilsfeststellungen

#Unerreichbarkeit - § 244 III 3 Nr. 5 StPO
#Unerreichbarkeit beim Zeugenbeweis

1 Döhmer, Beweisantrag - Teil I, SVR 2009, 317 ff

2 Revisionen in Strafsachen sollen nach optimistischen Angaben im Mittel nur in 3 % bis 8 % der Fälle erfolgreich sein. Revisionen mit Erfolgsaussichten müssen vorrangig in den Verfahren vor den Tatgerichten vorbereitet werden.

#Unerreichbarkeit beim Urkundsbeweis und beim Augenschein
#Unerreichbarkeit und Beschlussgründe

#Wahrunterstellung - § 244 III 3 Nr. 6 StPO
#Wahrunterstellung und Urteilsgründe
#Wahrunterstellung und Revisionsbegründung

#Eigene Sachkunde - § 244 IV 1 StPO
#Entscheidung über eigene Sachkunde
#Quellen der Sachkunde
#Glaubwürdigkeit von ZeugInnen
#Schuldfähigkeit
#Ablehnungsbeschluss
#Urteilsgründe

#Weiterer Sachverständiger - § 244 IV 2 StPO
#Anforderungen an Beweisanträge
#Weiterer Sachverständiger
#Gegenteil bereits erwiesen
#Zweifelhafte Sachkunde des früheren Gutachters
#Unzutreffende tatsächliche Voraussetzungen (Anknüpfungstatsachen)
#Widersprüche im Vorgutachten
#Neue überlegene Forschungsmittel
#Ablehnungsbeschluss
#Urteilsgründe

#Augenschein - § 244 V 1 StPO
#Aufklärungspflicht und Augenschein
#Pflichtgemäßes Ermessen
#Erforschung der Wahrheit
#Ablehnungsbeschluss und Augenschein
#Revisionsbegründung in Augenscheinsfällen

#Zeuge im Ausland - § 244 V 2 StPO
#Inhalt des Beweisantrages bei AuslandszeugInnen
#Ablehnungsbeschluss und AuslandszeugInnen
#Urteilsgründe und Beruhensfrage

#Ausgangsdokument - § 244 V 3 StPO

#Verschleppungsabsicht - § 244 VI 2 StPO
#Nichts Sachdienliches - Überzeugung von Aussichts- und Nutzlosigkeit
#Objektive Verzögerung des Verfahrens nicht mehr erforderlich
#Absicht = Bewusstsein und Bezweckung - subjektive Hinsicht
#Verschleppungsabsicht in der Person des Beweisantragstellers
#Fristablauf als Indiz für Prozessverschleppungsabsicht

#Fristsetzung - § 244 VI 3, 4 StPO
#Revisionen und ihre Begründung

#Abschließende Anmerkungen

Eingriffe in das Beweisantragsrecht

Das Beweisantragsrecht ist dem Gesetzgeber, den Staatsanwaltschaften und den Strafgerichten entgegen allen gegenteiligen Bekundungen schon immer ein Dorn im Auge gewesen. Ohne die Stellung von Beweisanträgen können die in Anspruch genommen staatlichen Deutungshoheiten seitens der Verteidigung selten in Frage gestellt werden. Dagegen richten sich die vielfältigen Bemühungen, das Beweisantragsrecht weiter zu beschränken und restriktiv zu handhaben. Um weitere Möglichkeiten zu einer Manipulation am Faktum zum schaffen, ist die StPO mal wieder „modernisiert worden". Das Gesetz zur "Modernisierung" des Strafverfahrens[3] trat am 13.12.2019 in Kraft.[4] Die heiligen Worte, das lehrt die Praxis, ändern daran wenig, auch wenn sie wiederholt werden:

> „ … Das Beweisantragsrecht garantiert den Verfahrensbeteiligten als Ausgleich für die dominierende Stellung des die Beweisaufnahme bestimmenden Gerichts ein starkes Teilhaberecht am Prozess der Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung (vgl. Mosbacher, GS Widmaier, 2013, 79). Es sichert die Subjektstellung des Angeklagten in der Hauptverhandlung sowie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. November 1983 - 1 BvR 1313/82, BVerfGE 65, 305, 307 mwN) und ist eines der zentralen Rechte des Angeklagten und der Verteidigung (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 13). Den Verfahrensbeteiligten muss es auch möglich sein, solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, deren Bestätigung durch das Beweismittel lediglich vermutet oder für möglich gehalten wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21; vom 11. April 2013 - 2 StR 504/12, NStZ 2013, 536, 537; vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476; Urteil vom 15. Dezember 2005 - 3 StR 201/05, NStZ 2006, 585). Zudem ist das Beweisantragsrecht vom Verbot der Beweisantizipation geprägt (vgl. BGH, Beschluss vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21; näher MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 2; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 183 ff.). Der Antragsteller muss auch eine Tatsache unter Beweis stellen können, für deren Richtigkeit die bisherige Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte ergeben hat und die ungewöhnlich oder unwahrscheinlich erscheint (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476 mwN). Für das Vorliegen eines Beweisantrages kann es mithin nicht konstituierend sein, dass der Antragsteller plausibel macht, weshalb das von ihm benannte Beweismittel trotz gegebenenfalls entgegenstehender bisheriger Beweisergebnisse die unter Beweis gestellte Tatsache belegen können soll (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 21c). Die Grenzen werden insoweit lediglich durch das Merkmal der Ernsthaftigkeit (vgl. dazu näher BGH, Beschluss vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21) und eine Antragstellung in Verschleppungsabsicht (vgl. § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO) gezogen. ..."[5]

Zur Erinnerung an die verfassungsrechtlichen Maßstäbe:

> „ … Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstößt die Nichtberücksichtigung eines als sachdienlich und erheblich angesehenen Beweisan-

3 Habetha, Die Misere des „modernisierten" Beweisantrags im Strafprozess, NJW 2022, 3557 ff

4 Schork, Das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens - Änderung der Kräfteverhältnisse zum Nachteil der Verteidigung, NJW 2020, 1 ff; eigentlich handelt es sich um ein weiteres Gesetz zur Modernisierung der Einschränkung von Verteidigungsrechten.

5 BGH, Beschluss vom 01.09.2021 - 5 StR 188/21 in Verkennung der real existierenden Grenzen; vgl. Güntke, Zum Konnexitätsmerkmal im Beweisantragsrecht, JR 2022, 43 ff; zur weiteren Einschränkung des Beweisantragsrechts in Bußgeldverfahren OLG Hamm, Beschluss vom 28.05.2024 - III-4 ORbs 94/24

> gebots dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (BVerfGE 69, 141 <144>; 105, 279 <311>). Auch in Verfahren, in denen der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, darf die Nichtberücksichtigung eines Beweisantrags nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen, sondern muss eine Stütze im Prozessrecht finden (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. September 2009 - 1 BvR 3501/08 -, juris, Rn. 13). Bei einem Einspruch gegen den Strafbefehl ist vom Gericht zunächst von Amts wegen zu prüfen, ob die Einspruchsfrist des § 410 Abs. 1 Satz 1 StPO gewahrt ist. Dabei ist es von Verfassungs wegen geboten, dass das Gericht sich mit besonderer Sorgfalt die erforderliche Überzeugung vom Beginn der Einspruchsfrist verschafft (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 5. Oktober 2020 - 2 BvR 554/20 -, juris, Rn. 31, 34 m.w.N.). ..."[6]

Vielleicht ist es nur eine Frage der Zeit, dass Strafgerichte sich - ebenfalls - selbst neue Ablehnungsgründe „sui generis" schaffen.[7]

Neue Vorgaben des Gesetzes

Die neuen Regeln des § 244 III bis VI StPO lauten nun wie folgt:

„… (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. Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. 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) 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

---

6 BVerfG, Beschluss vom 09.01.2023 - 2 BvR 2697/18; dazu neuerdings auch BVerwG, Urteil vom 28.03.2023 - 2 C 6/21 - Wann allerdings die Stützen des Prozessrechts ins Wanken geraten und/oder schon weggebrochen sind, ist leider eine Frage des Standpunks des Betrachters und eröffnet einen unkontrollierbaren Bereich (Beurteilungsspielräume).

7 OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 07.02.2025 - 13 A 10073/24.OVG: „ … Bei dem durch das Verwaltungsgericht herangezogenen Ablehnungsgrund handelt es sich um einen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten, über die entsprechende Anwendung des § 244 Abs. 3 bis 5 Strafprozessordnung - StPO - hinausgehenden, Ablehnungsgrund sui generis, der auf dem Rechtsinstitut des Ausforschungsbeweisantrags aufbaut und in Erweiterung desselben auch die Möglichkeit eröffnet, selbst substantiierte Beweisanträge abzulehnen, wenn der unter Beweis gestellte Verfolgungsvortrag in wesentlichen Punkten unzutreffend oder in nicht auflösbarer Weise widersprüchlich ist …"

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) 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. Unter derselben Voraussetzung kann auch ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen abgelehnt werden, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre. 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) 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. Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; dies gilt nicht, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen. ...“

Daran, dass die Ablehnung eines Beweisantrages eines hinreichend begründeten Gerichtsbeschlusses bedarf (§ 244 VI 1 StPO), hat sich grundsätzlich bisher noch nichts beändert.[8]

Beweisantrag als ernsthaftes Verlangen

Zur Qualifikation eines Antrages als Beweisantrag aktuell und ausführlich:

> „ … Ein solcher liegt nach § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO 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. Diese Voraussetzungen sind gegeben.
>
> (1) Im abgelehnten Antrag wird eine die Schuld- und Rechtsfolgenfrage betreffende konkrete Tatsache bestimmt behauptet, nämlich die Höhe des jeweiligen Verkehrswerts der verkauften Eigentumswohnungen zu den im einzelnen angegebenen Stichtagen.
>
> Zwar zielt der Antrag seiner Formulierung nach auf das erwähnte Beweisziel, nämlich den Vergleich der von den präsenten Sachverständigen einerseits und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen andererseits ermittelten Verkehrswerte der Eigen-

8 Siehe u.a. BGH, Beschluss vom 16.07.2024 - 5 StR 185/24

tumswohnungen. Die gebotene, für den Antragsteller günstigste, zur Beweiserhebung führende Auslegung (vgl. KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 78; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 117) des Antrags und seiner Begründung ergibt jedoch, dass als konkreter Tatsachenkern die im Einzelnen benannten Verkehrswerte der im Antrag aufgeführten Eigentumswohnungen bewiesen werden sollen.

Die jeweiligen Stichtage selbst sind zwar im Antrag nicht genau bezeichnet. Allerdings ergibt sich aus einem früheren Beweisantrag auf zeugenschaftliche Vernehmung der beiden Sachverständigen, dass der Stichtag den Tag des jeweiligen Vertragsschlusses bezeichnete. In den dem Landgericht im Zusammenhang mit dem Beweisantrag vorgelegten schriftlichen Kurzgutachten der präsenten Sachverständigen ist dieser Tag zudem jeweils mit Datum aufgeführt. Solche in der Hauptverhandlung zu Tage getretenen Umstände sind bei der Auslegung eines Beweisantrags zu berücksichtigen (vgl. KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 77 mwN).

(2) Der Antrag auf Anhörung der beiden präsenten Sachverständigen bezeichnet ein hinreichend bestimmtes Beweismittel. Ihm lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass jeder der beiden Sachverständigen zu jedem behaupteten Verkehrswert benannt werden soll. Das gilt vor allem auch deshalb, weil im Lauf der Hauptverhandlung klargestellt worden war, dass die Kurzgutachten von ihnen gemeinschaftlich nach dem Vier-Augen-Prinzip erstellt worden waren.

(3) Das Beweisbegehren wird - wie dargelegt - auch den Anforderungen an die Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel gerecht; diesen ist bereits dadurch Genüge getan, dass der Antrag Ausführungen zur Sachkunde der präsenten Sachverständigen auf dem Gebiet der Immobilienbewertung enthält.

(4) Auch sonst spricht nichts gegen die Annahme, dass es sich um einen Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO handelte, insbesondere ist nicht ersichtlich, dass es ihm an der gebotenen Ernsthaftigkeit gemangelt hätte (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21) oder er in Verschleppungsabsicht gestellt worden wäre (vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl., § 244 Rn. 92), zumal die Strafkammer ihre Ablehnung auf diesen Punkt auch nicht gestützt hat (vgl. zum insoweit gegebenen Beurteilungsspielraum des Vorsitzenden bzw. des Tatgerichts BT-Drucks. 19/14747, S. 34).

bb) Damit durfte das Beweisbegehren des Beschwerdeführers nur nach Maßgabe von § 245 Abs. 3 Satz 2 und 3 StPO abgelehnt werden. Zu den dort genannten Ablehnungsgründen hat sich die Strafkammer in ihren Ablehnungsbeschlüssen indes nicht verhalten; ihr Vorliegen ist auch nicht ersichtlich.

cc) Auf diesem Verfahrensfehler beruht das Urteil (§ 337 Abs. 1 StPO). Wird ein Beweisantrag fehlerhaft als Beweisermittlungsantrag behandelt, ist diese Voraussetzung regelmäßig auch dann erfüllt, wenn der Beweisantrag als solcher rechtsfehlerfrei hätte abgelehnt werden können (BGH, Urteil vom 5. Februar 1997 - 2 StR 551/96, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Ablehnung 1; OLG Naumburg, NStZ-RR 2013, 18, 19; KK-StPO, Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 223; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 412). An einem Beruhen fehlt es nur ausnahmsweise, wenn das Beweisbegehren mit einer auch die Ablehnung eines Beweisantrags tragenden Begründung zurückgewiesen wurde (BGH, Beschluss vom 29. März 2007 - 5 StR 116/07) oder sicher auszuschließen ist, dass der Angeklagte bei ordnungsgemäßer Bescheidung (also bei Rückgriff auf einen tatsächlich gegebenen Ablehnungsgrund) weitere sachdienliche Anträge hätte stellen können (vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2005 - 5 StR 499/04, NStZ-RR 2005, 177; KK-StPO, Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 223). So liegt der Fall - wie dargelegt - hier aber gerade nicht.

…“[9]

Die Behauptung einer bestimmten der Entlastung dienenden Beweistatsache unterliegt immer höheren Hürden:

> „ … Die Rüge, das Landgericht habe gegen § 244 Abs. 3 und Abs. 2 StPO verstoßen, indem es einen auf Einholung des Gutachtens eines psychiatrischen Sachverständigen über die Schuldfähigkeit des Angeklagten gerichteten Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 StPO abgelehnt und ein solches Gutachten nicht eingeholt habe, ist unbegründet.
>
> 1. Ein Verstoß gegen § 244 Abs. 3 StPO ist schon deshalb nicht gegeben, weil kein Beweisantrag im Sinne der Vorschrift (§ 244 Abs. 3 Satz 1 StPO) vorlag.
>
> a) Ein solcher erfordert die Behauptung einer **bestimmten Beweistatsache**. Dies setzt voraus, dass der tatsächliche Vorgang oder der Zustand bezeichnet wird, der mit dem benannten Beweismittel unmittelbar belegt werden kann. **Nicht ausreichend ist die Benennung eines Beweisziels, also der Folgerung, die das Gericht nach Auffassung des Antragstellers aus von ihm nicht näher umschriebenen tatsächlichen Vorgängen oder Zuständen ziehen soll.** Ob der Antragsteller eine hinreichend konkrete Beweisbehauptung aufstellt, ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln. Hierbei dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Dies gilt insbesondere für einen Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens; denn insoweit ist der Antragsteller vielfach nicht in der Lage, die seinem Beweisziel zugrundeliegenden Vorgänge oder Zustände exakt zu bezeichnen (vgl. zum Ganzen BGH, Beschluss vom 10. Januar 2024 - 6 StR 276/23 Rn. 13 mwN).
>
> b) Hieran gemessen stellten weder der (ohnehin prozessual überholte) Antrag des Verteidigers vom 26. April 2023 noch der um Behauptungen zum Konsumverhalten des Angeklagten ergänzte weitere Antrag vom 19. Juni 2023 einen Beweisantrag dar. Beide enthalten keine bestimmte Behauptung betreffend die tatsächlichen Voraussetzungen der - insoweit entgegen der Teilrechtskraft des im ersten Rechtsgang ergangenen Erkenntnisses - geltend gemachten Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit des Angeklagten. Das in beiden Anträgen gleichlautende Vorbringen, der Angeklagte sei '**zum Tatzeitpunkt aufgrund einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung infolge Medikamenten- und Drogenkonsums nicht in der Lage**' gewesen, '**das Unrecht seines Handelns einzusehen**', oder es sei '**jedenfalls die Fähigkeit des Angeklagten das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln**', erheblich vermindert gewesen, bezeichnet - unter Verwendung der einschlägigen Rechtsbegriffe (§§ 20, 21 StGB) - lediglich das Beweisziel des Antragstellers (vgl. zur Abgrenzung bei beantragtem Sachverständigenbeweis BGH, Beschluss vom 10. April 2019 - 4 StR 25/19 Rn. 4 ff.; Urteil vom 9. Juli 2015 - 3 StR 516/14; Trüg/Habetha in MüKo-StPO, 2. Aufl., § 244 Rn. 110; Schneider, NStZ 2023, 65, 67 ff.).
>
> Auch die in der Begründung des zweiten Beweisersuchens vom 19. Juni 2023 mitgeteilten Umstände betreffend den Drogen- und Arzneimittelkonsum und dessen Auswirkungen im '**hier gegenständlichen Tatzeitraum**' verfehlen den gebotenen Konkretisierungsgrad. Bestimmte Anknüpfungstatsachen, aufgrund deren ein Sachverständiger eine Bewertung der mit dem Antrag behaupteten Intoxikationsfolgen vorneh-

9 BGH, Beschluss vom 12.05.2022 - 5 StR 450/21; BGH, Beschluss vom 27.09.2022 - 5 StR 223/22: BGH, Urteil vom 14.12.2022 - 6 StR 338/22; siehe auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.01.2023 -1 Rv 24 Ss 919/22 und OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.05.2022 . 6 StS 1/21; weiter dazu BGH, Beschluss vom 05.07.2023 - 5 StR 158/23 mit Anm. von Kaltenbach, jurisPR-StrafR 16/2023 Anm. 3

> men könnte, sind den Begründungsausführungen nicht zu entnehmen. Diese erschöpfen sich vielmehr in der Wiedergabe der ihrerseits wertenden, in tatsächlicher Hinsicht substanzarmen Angaben des Angeklagten zu seinem Konsum von Kokain und Benzodiazepin zwischen dem 27. Juli und dem 18. August 2018, wonach er '**fast täglich 1-2 g Kokain**' konsumiert habe, und zwar '**regelmäßig**' nachmittags und sich über die gesamte Nacht bis zum nächsten Morgen hinziehend, was zu starker innerer Unruhe, Gereiztheit und aggressivem Verhalten geführt und teilweise Panikattacken ausgelöst habe; in den frühen Morgenstunden habe er dann täglich 1 mg des Medikaments Tavor auf ärztliche Anordnung eingenommen, sich hierdurch „meist müde, verwirrt und benebelt" gefühlt und '**im Endeffekt (…) fast durchgehend unter dem Einfluss berauschender Mittel**' gestanden. Eine hinreichend konkrete Tatsachengrundlage für die behauptete '**tiefgreifende Bewusstseinsstörung**' und deren Auswirkungen auf die Schuldfähigkeit bieten diese Angaben namentlich deshalb nicht, weil das dem - rechtskräftigen - Schuldspruch zugrundeliegende Verhalten des Angeklagten sich nach den Urteilsfeststellungen aus mehreren Handlungen innerhalb des mehrwöchigen Tatzeitraums zusammensetzte und eine relevante Intoxikation gerade zu den fraglichen Zeitpunkten dem Vorbringen nicht entnommen werden kann. ..."[10]

Aktuell ergänzend dazu im Hinblick auf die Beiziehung von Personalakten:

> „ … Ebenso wenig dringt die Revision mit der Rüge durch, das Landgericht habe die Beiziehung von **Personalakten** rechtsfehlerhaft als für die Schuld- und Straffrage aus tatsächlichen Gründen bedeutungslos abgelehnt (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO). Ungeachtet der Frage, ob das Beweisbegehren als Beweisantrag zu qualifizieren oder - wofür viel spricht - mit Blick darauf, dass sich der Antrag unspezifiziert auf Beiziehung der gesamten Personalakte bezogen hat, lediglich als Beweisermittlungsantrag anzusehen ist (vgl. zu Krankenunterlagen: BGH, Urteil vom 23. Juli 1997 - 3 StR 71/97 Rn. 6 ff.; allgemein zu Akten als Urkundensammlungen: BGH, Urteile vom 7. Mai 1954 - 2 StR 27/54, BGHSt 6, 128 und vom 30. August 1990 - 3 StR 459/87, BGHSt 37, 168, 172; vgl. auch Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 106), erweist sich die Ablehnungsentscheidung als rechtsfehlerfrei. ..."[11]

Das Beweisbegehren bedarf der Auslegung. Es gibt Hinweispflichten, die in der Praxis nicht selten nicht beachtet werden. SitzungsvertreterInnen der Staatsanwalt erklären stereotypische in ihren mündlichen Stellungnahmen zu Beweisanträgen in der Hauptverhandlung, es handele sich gar nicht um Beweisanträge, sondern um schlichte Ansichten der Verteidigung oder sonst dergleichen. Dazu der BGH etwas strenger:

> „ … Genügt ein erkennbar als Beweisantrag vorgebrachtes Beweisbegehren seinem Wortlaut nach nicht den Anforderungen an die notwendige Konkretisierung der Beweistatsache, ist es in sonstiger Weise lückenhaft, ungenau formuliert oder mehrdeutig oder bleibt unklar, welcher einsichtige Prozesszweck mit ihm verfolgt werden soll, und lassen sich die hieraus resultierenden Zweifel nicht ohne weiteres eindeutig aus den gesamten Umständen der Antragstellung ausräumen, so ist der Vorsitzende aufgrund der Aufklärungspflicht, die ein Hinwirken auf eine sachdienliche Antragstellung gebietet, der Fürsorgepflicht sowie der Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) grundsätzlich gehalten, den Antragsteller zunächst auf die Bedenken gegen seinen Antrag hinzuweisen und ihm durch entsprechende Befragung Gelegenheit zu ge-

10 BGH, Beschluss vom 27.03.2024 - 4 StR 433/23 - bedenklich; ebenso aber deutlich kürzer gefasst: BGH, Beschluss vom 30.10.2024 - 1 StR 338/24

11 BGH, Beschluss vom 12.01.2024 - 1 StR 411/23

> ben, die erforderliche Klarstellung vorzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 1996 − 1 StR 120/96, NStZ-RR 1996, 336, 337; Beschluss vom 8. Februar 1996 − 4 StR 776/95, NStZ 1996, 562; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 115; KK-StPO/Krehl, 9. Aufl., § 244 Rn. 78). Auch wenn dies nicht zum Erfolg führt, bleibt das Gericht verpflichtet, die vom Antragsteller tatsächlich gewollte Beweisbehauptung durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2000 − 3 StR 410/99, NStZ 2000, 267, 268 mwN). Diese kann sich nicht nur aus dem Wortlaut des Antrags, sondern aus allen Umständen, die bei einer nach Sinn und Zweck fragenden Auslegung zu berücksichtigen sind, ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - 3 StR 516/14, StV 2016, 337, 338; Beschlüsse vom 11. April 2007 - 3 StR 114/07, juris Rn. 7; und vom 6. März 2014 - 3 StR 363/13, NStZ 2014, 419). Bei mehreren Interpretationsalternativen ist derjenigen der Vorzug zu geben, die zur Beweiserhebung führt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1984 − 2 StR 320/84, NStZ 1984, 564, 565; Beschluss vom 12. Mai 2022 - 5 StR 450/21, juris Rn. 15 mwN). ...“[12]

Weiter zu konkreten Tatsachen, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betreffen:

> „ … Die Rüge, das Landgericht habe seine Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO verletzt, indem es Anträge der Verteidigung aus der Hauptverhandlung vom 13. September 2021 auf Vernehmung von Beamten der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main und des Bundeskriminalamts sowie auf Beiziehung von Akten der Generalstaatsanwaltschaft abgelehnt habe, ist ebenfalls zumindest unbegründet.
>
> Das Landgericht hat die Anträge rechtsfehlerfrei abgelehnt. Der Sache nach handelte es sich nicht um förmliche Beweisanträge zur strengbeweislichen Feststellung der Schuld- und Rechtsfolgentatsachen im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO, sondern um Anträge auf Feststellung prozesserheblicher Tatsachen im Freibeweis. Denn sie zielten darauf, Informationen über die angeblich rechtswidrige Gewinnung der E. Chat-Daten zu erlangen. Damit waren sie als bloße Anregungen ohne Bindung an § 244 Abs. 3 bis 5 StPO, § 245 Abs. 2 StPO zu bescheiden (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl., § 244 Rn. 9). ...“[13]

Die „Ob“-Fälle - es muss eine bestimmte Tatsache behauptet werden:

> „ … Hinsichtlich des beantragten Sachverständigengutachtens entspricht der Antrag mangels bestimmter Behauptung einer Tatsache deshalb nicht den an einen Beweisantrag zu stellenden Anforderungen des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO, weil lediglich ermittelt werden sollte, 'ob' die 'Haltelinie' von der Position des Polizeifahrzeugs aus zu sehen war (vgl. nur BGH, Urt. v. 14.04.1999 - 3 StR 22/99 = StV 1999, 432 = NJW 1999, 2683 = BGHR StGB § 9 Abs 1 Tatort 4 = BGHR BTMG § 29a Abs 1 Nr 2 Handeltreiben 3). Es unterbleibt eine bestimmte Behauptung einer zu ermittelnden Tatsache; vielmehr wird nur eine Möglichkeit in den Raum gestellt. Da die Aufklärungsrüge eine bestimmte Tatsachenbehauptung ebenso wenig formuliert, entspricht sie nicht den Begründungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO (vgl. nur BGH, Beschl. v. 14.01.2021 - 4 StR 468/20; 29.01.2019 - 2 StR 416/18 bei juris). ...“[14]

Wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs mit der Revision gerügt wird, müssen die nach § 344 II 2 StPO bestehenden und strengen Begründungspflichten beachtet werden.[15]

12 BGH, Beschluss vom 26.03.2024 - 2 StR 211/23
13 BGH, Beschluss vom 05.07.2022 - 4 StR 61/22
14 OLG München, Beschluss vom 07.06.2022 - 202 ObOWi 678/22
15 zuletzt BGH, Beschluss vom 05.07.2023 - 5 StR 158/23; zu den Anforderungen an die Verfahrensrüge ergänzend Kaltenbach, jurisPR-StrafR 16/2023 Anm. 3

Zu **Negativtatsachen** eine weitere aktuelle Entscheidung:

„ … 1. Die vom Angeklagten erhobene Verfahrensrüge, mit welcher er die rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags rügt (§ 244 Abs. 6 Satz 1, Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO), dringt hinsichtlich der Fälle II. 1-4 und II. 6-10 der Urteilsgründe durch.
a) Ihr liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:
aa) Nach den Feststellungen beging der Angeklagte am 27. Februar 2017 und zwischen April 2020 und Oktober 2021 insgesamt neun Körperverletzungsdelikte und eine Vergewaltigung zum Nachteil der Nebenklägerin (Fälle II. 1-10 der Urteilsgründe). Ferner bedrohte er am 4. November 2021 deren Mutter; am 18. Dezember 2021 beleidigte er diese (Fälle II. 11 und 12 der Urteilsgründe).
bb) Der Angeklagte hat bestritten, dass es jemals zu sexuellen Handlungen gegen den Willen der Nebenklägerin gekommen sei. Die vorgeworfenen Körperverletzungsdelikte hat er in eingeschränktem Umfang eingeräumt; lediglich die Körperverletzung im Fall II. 5 der Urteilsgründe hat er uneingeschränkt zugestanden.
cc) Das Landgericht hat seine Überzeugung in den Fällen II. 1-4 und II. 6-10 der Urteilsgründe maßgeblich auf die Angaben der Nebenklägerin gestützt, die es durch das Teilgeständnis des Angeklagten, teilweise durch unmittelbare Tatzeugen (II. 2 und 3 der Urteilsgründe), weitere Zeugen zum Rahmen- und Randgeschehen, ein rechtsmedizinisches Sachverständigengutachten und Lichtbilder bestätigt sieht. Den gegenläufigen Zeugenaussagen hat es keinen Glauben geschenkt.
b) aa) Die Verteidigung hat in der Hauptverhandlung **beantragt, die Zeugin R. zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, dass die Nebenklägerin 'in der Hauptverhandlung vom 27. Juni 2022 der Wahrheit zuwider behauptet hat', der Angeklagte 'habe seine Ex-Frau N. A. mit Aids anstecken wollen, habe hierzu der HIV-positiven Zeugin R. Blut abgenommen und sei damit in die Wohnung der N. A. gegangen, habe das aber letztlich nicht durchgezogen'. Die Zeugin R. werde bestätigen, 'dass der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt mit einem solchen Anliegen auf sie zugekommen (ist) und ihr insbesondere auch kein Blut abgenommen hat'**.
bb) Das Landgericht hat diesen Antrag zum einen als Beweisermittlungsantrag behandelt, da die aufgestellte Behauptung keinerlei Bezug zu den angeklagten Taten habe. Im Übrigen hat es den Antrag mit der Begründung abgelehnt, dass die mit ihm vorgebrachten Behauptungen für die Entscheidung ohne Bedeutung seien (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO). Sie seien für die Tat- und Schuldfrage unbeachtlich. 'Selbst wenn die von der Verteidigung aufgestellte Behauptung zutreffend wäre, würde die Strafkammer daraus keine für die infrage gestellte Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin bzw. für die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben relevanten Schlüsse ziehen.' Die Behauptung betreffe eine Frage 'der generellen Glaubwürdigkeit der Zeugin'. 'Eine allein an die Person anknüpfende Glaubwürdigkeit sei jedoch kein relevantes Kriterium im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung.' Maßgeblich sei 'vielmehr die methodische Gesamtbewertung des Inhalts und der Entstehungsgeschichte einer Aussage zu den konkreten Tatvorwürfen'. Die Nebenklägerin habe hierzu 'umfangreich bekundet und auch die Aussageentstehung' sei 'im Rahmen der Beweisaufnahme nachvollzogen' worden. 'Die Ergebnisse der Beweiserhebung' seien 'nach Abschluss der Beweisaufnahme in einer Gesamtschau mit objektiven Beweismitteln von der Kammer zu bewerten'.
cc) Die Gegenvorstellung der Verteidigung, die darauf hinwies, dass es sich bei der unter Beweis gestellten Behauptung zumindest um eine Hilfstatsache handele, die der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage der Nebenklägerin diene, wies die Strafkammer in einem weiteren Beschluss zurück und führte ergänzend aus, dass für viele angeklagte Taten keine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliege. Vielmehr seien weitere, unmittelbare tatbezogene Beweismittel vorhanden. Darüber hinaus habe der Angeklagte einige der angeklagten Fälle eingeräumt. 'Ledig-

lich für einzelne Taten' könne 'von einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation ausgegangen werden, welche von der Strafkammer im Rahmen der Beweiswürdigung entsprechend berücksichtigt' würde.
c) Die Rüge der rechtsfehlerhaften Ablehnung dieses Beweisantrags hat Erfolg.
aa) Die Zulässigkeit der Rüge begegnet keinen Bedenken (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Die Revision trägt sowohl die ursprüngliche Antragstellung wie auch die Gegenvorstellung der Verteidigung ebenso vollständig vor wie die beiden Ablehnungsbeschlüsse der Strafkammer (vgl. zum Vortragserfordernis BGH, Beschluss vom 9. April 2019 - 4 StR 38/19, juris; KK-StPO/Gericke, 9. Aufl., § 344 Rn. 54). Damit sind hier alle Umstände dargestellt, die für die Prüfung erforderlich sind, ob das Tatgericht den gestellten Antrag rechtlich richtig gewertet und verbeschieden hat.
Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts bedurfte es nicht der zusätzlichen Mitteilung durch die Verteidigung, auf welche Erkenntnisgrundlage die Nebenklägerin ihre Aussage in der Hauptverhandlung zu der durch den Angeklagten ins Auge gefassten Aids-Infektion gestützt hat. Die im Antrag dargestellte Aussage der Nebenklägerin, die mangels jedweder Einschränkung zunächst deren unmittelbare Wahrnehmung der von ihr geschilderten Geschehnisse nahelegt, wird durch die angegriffenen Gerichtsbeschlüsse nicht in Zweifel gezogen. Die Staatsanwaltschaft ist der Darstellung in der Antragsschrift nicht entgegengetreten. Für Ausführungen zu der von der Zeugin 'angegebene(n) Erkenntnisgrundlage' bestand vor diesem Hintergrund kein Anlass.
bb) Die Beschlussbegründungen des Landgerichts tragen die Ablehnung des Antrags nicht.
(1) Entgegen dessen Ansicht handelt es sich jedenfalls unter Berücksichtigung der Gegenerklärung - erst dort wurde die ladungsfähige Anschrift der Zeugin mitgeteilt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8. Dezember 1993 - 3 StR 446/93, BGHSt 40, 3, 7) - um einen Beweisantrag.
(a) Zwar war nach der Antragstellung der Umstand in das Wissen der Zeugin gestellt, dass die von der Nebenklägerin dargestellten Handlungen nicht stattgefunden haben. Die damit behauptete Negativtatsache war jedoch der unmittelbar eigenen Wahrnehmung der Zeugin zugänglich, so dass diese Beweisthema sein konnte (vgl. BGH, Beschluss vom 14. September 2004 - 4 StR 309/04, juris Rn. 11, Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 244 Rn. 20a).
(b) Entgegen der Ansicht des Landgerichts betraf die unter Beweis gestellte Tatsache auch den Schuldspruch. Sie war als Indiztatsache geeignet, sich auf die Bewertung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Nebenklägerin auszuwirken und damit die Verurteilung des Angeklagten zu beeinflussen (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2005 - 4 StR 198/05, juris Rn. 20 und 22).
(2) Die Ablehnung des Beweisantrags wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO) hält rechtlicher Prüfung nicht stand.
(a) Eine unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache ist aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung bedeutungslos, wenn sie in keinem Zusammenhang mit der Urteilsfindung steht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihrer Bestätigung keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt hätte, weil sie nur einen möglichen Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels ermöglicht und das Gericht der Überzeugung ist, dass dieser Schluss in Würdigung der gesamten Beweislage nicht gerechtfertigt wäre. Hierzu hat das Tatgericht die unter Beweis gestellte Tatsache so, als sei sie erwiesen, in das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis einzustellen und im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung - gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelssatzes - in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Dezember 2018 - 4 StR 484/18, NStZ 2019, 295; vom 19. Dezember 2018 - 3 StR 516/18, juris Rn. 7; Löwe-Rosenberg/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 220; KK-StPO/Krehl, 9.

Aufl., § 244 Rn. 152; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 244 Rn. 56a). Soll mit dem Beweisantrag die Glaubhaftigkeit der Aussage eines anderen Zeugen angegriffen werden, muss das Gericht die behauptete Tatsache bei der Aussagenanalyse unterstellen und in dem Ablehnungsbeschluss ausführen, warum es den Angaben des Zeugen dennoch folgt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - 5 StR 145/13, NStZ 2013, 478; BeckOK StPO/Bachler, 49. Ed., § 244 Rn. 68). Der Beschluss, mit dem die Erhebung eines Beweises wegen Unerheblichkeit der Beweistatsache abgelehnt wird, ist mit konkreten Erwägungen zu begründen, aus denen sich ergibt, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Dezember 2018 - 4 StR 484/18, aaO; vom 19. Dezember 2018 - 3 StR 516/18, aaO).
(b) Diesen Anforderungen genügen die ablehnenden Beschlüsse des Landgerichts in mehrfacher Hinsicht nicht.
(aa) Die Beschlussgründe lassen zunächst besorgen, dass die Strafkammer die ihr obliegende prognostische Prüfung einer möglichen Beeinflussung des Beweisergebnisses nur unzureichend vorgenommen hat. Zwar führt sie aus, sie würde, selbst wenn die von der Verteidigung aufgestellte Beweisbehauptung zuträfe, daraus keine für die in Frage gestellte Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin bzw. die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage relevanten Schlüsse ziehen. Auf der anderen Seite begründet sie die Zurückweisung des Antrags am Ende ihres ersten Ablehnungsbeschlusses mit dem Hinweis, dass 'die Ergebnisse der Beweiserhebung […] nach Abschluss der Beweisaufnahme in der Gesamtschau mit objektiven Beweismitteln von der Kammer zu bewerten sein'. Ähnlich führt sie in der Ablehnung der Gegenvorstellung aus, dass 'lediglich für einzelne Taten von einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation ausgegangen werden könne, welche von der Kammer im Rahmen der Beweiswürdigung entsprechend berücksichtigt' werde. Damit hat sie jedoch nicht die bereits erhobenen Beweise unter Berücksichtigung der als zutreffend einzustellende Beweistatsache gewürdigt, sondern - rechtsfehlerhaft - den Antragsteller auf die von ihr vorzunehmende Beweiswürdigung im Urteil verwiesen.
(bb) Die Ablehnung des Beweisantrags genügt auch den an eine Ablehnung zu stellenden inhaltlichen Begründungsanforderungen nicht.
Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf hinweist, die unter Beweis gestellte Tatsache betreffe nur die 'generelle Glaubwürdigkeit' der Nebenklägerin, verkennt es, dass bei der Prüfung der Glaubhaftigkeit einer Aussage nicht zwischen allgemeiner und spezieller Glaubwürdigkeit des Beweismittels unterschieden wird (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Januar 2005 - 1 StR 498/04, BGHR StPO § 244 Abs. 2 Zeugenvernehmung 17). Im Übrigen sollte mittels der beantragten Beweiserhebung belegt werden, dass die Nebenklägerin - aus Sicht der Verteidigung - Ereignisse erfand, um den Angeklagten zu Unrecht zu belasten. Damit war das Verhältnis der Nebenklägerin zum Angeklagten unmittelbar betroffen.
Soweit die Strafkammer des Weiteren die Ablehnung darauf stützt, die Nebenklägerin habe „zu den angeklagten Tatvorwürfen umfangreich bekundet und auch die Aussageentstehung wurde im Rahmen der Beweisaufnahme nachvollzogen“, fehlt es an einer näheren Erörterung der Inhalte sowie der Entstehung und Entwicklung der Aussage. Insbesondere ist den Beschlussgründen nicht zu entnehmen, weshalb die als zutreffend unterstellte Beweisbehauptung die in den Raum gestellte Frage des Belastungseifers der Nebenklägerin unberührt lässt oder ein gegebenenfalls vorhandener Belastungseifer die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage gleichwohl nicht in Zweifel zieht. Hierzu schweigen die Beschlussgründe.
d) Die verfahrensfehlerhafte Behandlung des Beweisantrags führt zur Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen II. 1-4 und II. 6-10 der Urteilsgründe. Im Fall II. 5 der Urteilsgründe kann der Senat ein Beruhen ausschließen, da der Angeklagte die ihm vorgeworfene Körperverletzung zum Nachteil der Nebenklägerin voll umfänglich eingeräumt hat. Die Verurteilungen in den Fällen II. 11 und 12 der Urteilsgründe sind eben-

falls nicht betroffen. Sie basieren nicht auf der Aussage der Nebenklägerin.[16]

Beweisantrag - ins Blaue hinein § 244 III 1 StPO

Es ist schon lange eine weit verbreitete Übung, Beweisanträge mit der Begründung zurückzuweisen, sie seien aufs Geratewohl ins Blaue hinein gestellt worden.[17] Solchen Beweisanträgen wird nun von Gesetzes wegen deren Qualität als solche abgesprochen mit Hinweis auf die gesetzliche Neuregelung des § 244 III 1 StPO:

> „ …. 1. Die Rüge einer Verletzung des Beweisantragsrechts wegen Zurückweisung eines auf Vernehmung des Zeugen G. gerichteten Antrags ist zulässig, aber unbegründet.
>
> a) Der Verteidiger des Angeklagten hat am 6. August 2020 (dem 19. von 22 Hauptverhandlungstagen der seit Dezember 2019 laufenden Hauptverhandlung) beantragt, **den Zeugen G. zum Beweis der Tatsache zu hören, dass der Angeklagte diesen am 23. Oktober 2018 gegen 22 Uhr in H. getroffen, sich kurz mit ihm unterhalten und ihm von einer Tankstelle eine Schachtel Zigaretten und Kekse bzw. Zwieback nebst Kassenbon mitgebracht habe. Der Zeuge G. führe eine Art Kassenbuch bzw. sammele Kassenbons, weshalb er diesen Einkauf nachvollziehen könne. Ziel des Antrags war, den Angeklagten wegen dieses Alibis als Mittäter zweier Überfälle am 23. Oktober 2018 gegen 22 Uhr in M. und gegen 23 Uhr in N. (Taten 2 und 3) auszuschließen** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).
>
> Das Landgericht hat den Antrag mit am nächsten Hauptverhandlungstag verkündeten Beschluss abgelehnt. Es handele sich lediglich um einen nach Amtsermittlungsgrundsätzen zu behandelnden Beweisermittlungsantrag, weil die Beweistatsache **'aufs Geratewohl'** und '**ins Blaue hinein**' behauptet werde. Der Einkauf an einer Tankstelle sei belanglos und kaum markant. Eine Zuordnung zu einem konkreten Datum aus der Erinnerung sei nach fast zwei Jahren weder dem Angeklagten noch dem Zeugen möglich. Hätte der seit eineinhalb Jahren in Untersuchungshaft befindliche Angeklagte eine nachvollziehbare Erinnerung an das nunmehr behauptete Alibi gehabt, wäre seine geständige Einlassung vom 7. Hauptverhandlungstag, die er am 10. Hauptverhandlungstag widerrufen habe, nicht erklärbar, weil er dort nicht nur die Fahrten zu den einzelnen Tatorten, sondern auch Einzelheiten der jeweiligen Tatabläufe geschildert habe. Gegen eine - im Beweisantrag behauptete - reale Erinnerung des Angeklagten an das unter Beweis gestellte Geschehen sprächen auch das späte Vorbringen und der bisherige Verlauf der Beweisaufnahme zu konkreten Alibibehauptungen bezüglich zweier anderer Tatzeitpunkte (Taten 1 und 4); die von ihm jeweils dazu benannten drei Zeugen hätten die Alibibehauptungen nicht bestätigen oder sich nicht erinnern können. Zur Erforschung der Wahrheit sei die Beweiserhebung von Amts wegen (§ 244 Abs. 2 StPO) nicht geboten.
>
> b) Die Begründung, mit der das Landgericht den auf Beweiserhebung gerichteten Antrag als Beweisermittlungsantrag und nicht als Beweisantrag behandelt hat, stellt sich im Ergebnis als zutreffend dar. Zwar ergibt sich - anders als der Generalbundesanwalt meint - schon aus dem Antrag selbst durch Schilderung der Wahrnehmungssituation, dass der Zeuge zu der unter Beweis gestellten Tatsache aufgrund eigenen Erlebens Angaben machen können soll (sogenannte 'Konnexität' zwischen Beweistatsache und Beweismittel; vgl. § 244 Abs. 3 Satz 1 a.E. StPO; hierzu näher BGH, Urteil vom 28. November 1997 - 3 StR 114/97, BGHSt 43, 321, 329 f.; Beschluss vom 3. November 2010 - 1 StR 497/10, NStZ 2011, 169, 170; Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Aufl., § 244 Rn. 21a ff. mwN). Die Wertung des Landgerichts, der Antrag sei nur '**ins Blaue hin-**

16 BGH, Beschluss vom 07.11.2023 - 2 StR 284/23

17 siehe Döhmer, Beweisantrag - Teil I, SVR 2009, 319 m.w.N.

ein' und 'aufs Geratewohl', also nicht ernsthaft gestellt und deshalb kein Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO, erweist sich aber als rechtsfehlerfrei.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt ein auf Beweiserhebung gerichteter Antrag keinen Beweisantrag im Rechtssinne dar, **wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne jede begründete Vermutung lediglich 'aufs Geratewohl' und 'ins Blaue hinein' aufgestellt wird, so dass es sich nur um einen nicht ernstlich gemeinten, zum Schein gestellten Beweisantrag handelt** (vgl. BGH, Beschlüsse vom 31. März 1989 - 3 StR 486/88, NStZ 1989, 334; vom 10. April 1992 - 3 StR 388/91, NStZ 1992, 397; vom 10. November 1992 - 5 StR 474/92, NStZ 1993, 143; vom 5. Februar 2002 - 3 StR 482/01, NStZ 2002, 383; vom 7. November 2002 - 3 StR 216/02, NStZ 2004, 51; vom 5. März 2003 - 2 StR 405/02, NStZ 2003, 497; vom 4. April 2006 - 4 StR 30/06, NStZ 2006, 405; vom 12. März 2008 - 2 StR 549/07, NStZ 2008, 474; vom 3. November 2010 - 1 StR 497/10, NStZ 2011, 169; vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476; vom 6. April 2018 - 1 StR 88/18, StraFo 2018, 433, 434; Urteile vom 6. Dezember 1983 - 5 StR 677/83, StV 1985, 311; vom 12. Juni 1997 - 5 StR 58/97, NJW 1997, 2762, 2764; vom 2. Februar 1999 - 1 StR 590/98, NStZ 1999, 312; vom 14. April 1999 - 3 StR 22/99, NJW 1999, 2683, 2684; vom 13. Juni 2007 - 4 StR 100/07, NStZ 2008, 52; vom 4. Dezember 2008 - 1 StR 327/08, NStZ 2009, 226; vom 11. April 2013 - 2 StR 504/12, NStZ 2013, 536, 537; vgl. auch KG, StV 2015, 103; NStZ 2015, 419; OLG Köln, NStZ 2008, 584; OLG Bamberg, NStZ 2018, 235; BVerwG, NVwZ 2017, 1388).

Trotz der von weiten Teilen der Literatur (vgl. nur Löwe/Rosenberg/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 109 ff.; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 73; MükoStPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 128 ff.; SK-StPO/Frister, StPO, 5. Aufl., § 244 Rn. 50; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, 3. Aufl., S. 84 f.; Schneider, NStZ 2012, 169, 170) und auch Teilen der Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 19. September 2007 - 3 StR 354/07, StV 2008, 9; vom 20. Juli 2010 - 3 StR 218/10, StraFo 2010, 466; vom 27. September 2011 - 3 StR 296/11; vgl. auch BGH, Beschluss vom 3. November 2010 - 1 StR 497/10, NStZ 2011, 169, 170) an dieser Rechtsfigur bereits zuvor geübten gewichtigen Kritik und ungeachtet der während des Gesetzgebungsverfahrens (vgl. Schneider, ZRP 2019, 126, 128 f.) und im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestages insoweit geäußerten Bedenken (vgl. Mosbacher, Stellungnahme S. 8, abrufbar unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoerungen/stellungnahmen-665734; vgl. dagegen BT-Drucks. 19/15161 S.11) hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Beweisantragsrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2121) ausdrücklich an der bisherigen Rechtsauffassung festhalten wollen. In der Gesetzesbegründung zur Neufassung von § 244 Abs. 3 StPO heißt es: „Ferner sollen Beweisbehauptungen ‚aufs Geratewohl' oder ‚ins Blaue hinein', denen es an der gebotenen Ernsthaftigkeit des Verlangens mangelt, von den Gerichten nach § 244 Absatz 3 Satz 1 StPO-E nicht als Beweisanträge behandelt werden müssen" (BT-Drucks. 19/14747 S. 34). Seinen objektiven Ausdruck hat dieser gesetzgeberische Wille in dem Definitionsmerkmal „ernsthaft" in § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO gefunden (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2020 - 3 StR 291/20, NStZ-RR 2021, 57; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 21d). Diese ausdrückliche gesetzgeberische Entscheidung (vgl. aber auch Claus, NStZ 2020, 57, 60; Schäuble, NStZ 2020, 377, 381) ist ungeachtet des Umstandes hinzunehmen, dass sich dadurch ein systematisch schwer auflösbarer Widerspruch zur Neuregelung in § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO ergibt (näher Güntge, StraFo 2021, 92, 98; Schäuble, NStZ 2020, 377, 381 f.; zur Problematik auch Börner, NStZ 2020, 460; Claus, aaO, S. 60; vgl. bereits BGH, Beschluss vom 19. September 2007 - 3 StR 354/07, StV 2008, 9).

Weil sich weder aus dem Gesetzestext noch aus der Gesetzesbegründung ergibt,

dass der Gesetzgeber die bisher von der Rechtsprechung gestellten strengen Anforderungen in diesen Fällen ändern wollte, gelten diese wie zuvor. Die Frage, ob ein 'aufs Geratewohl' gestellter Antrag vorliegt, beurteilt sich danach aus der Sicht eines verständigen Antragstellers auf der Grundlage der von ihm selbst nicht in Frage gestellten Tatsachen (BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476 mwN). Es kommt dagegen nicht darauf an, ob das Tatgericht eine beantragte Beweiserhebung für erforderlich hält (vgl. BGH, Urteil vom 11. April 2013 - 2 StR 504/12, NStZ 2013, 536, 537 mwN). Es ist dem Antragsteller grundsätzlich nicht verwehrt, auch solche Tatsachen zum Gegenstand eines Beweisantrags zu machen, deren Richtigkeit er lediglich vermutet oder für möglich hält (vgl. BGH, jeweils aaO, mwN). Nicht ausreichend für die Einordnung als Beweisermittlungsantrag ist zudem, dass die bisherige Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Beweisbehauptung ergeben hat oder dass die unter Beweis gestellte Tatsache objektiv ungewöhnlich oder unwahrscheinlich erscheint oder eine andere Möglichkeit nähergelegen hätte (BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, aaO, mwN). Weil die Herabstufung eines ansonsten formgerechten Beweisantrags zu einem bloß unter Aufklärungsgesichtspunkten beachtlichen Beweisermittlungsantrag (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 1992 - 5 StR 474/92, NStZ 1993, 143, 144 mwN) regelmäßig in ein Spannungsverhältnis zu den notwendig starken Beweisteilhaberechten der Verfahrensbeteiligten und dem das Beweisantragsrecht prägenden Verbot der Beweisantizipation gerät (näher Schäuble, NStZ 2020, 377, 381), ist bei der Ablehnung derartiger Anträge mangels Ernsthaftigkeit - wie die bisherige Rechtsprechung zeigt - äußerste Zurückhaltung geboten (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 244 Rn. 21e).

Die Ablehnung eines Beweisantrags als 'ins Blaue hinein' oder 'aufs Geratewohl' gestellt wird demnach nur ausnahmsweise in Betracht kommen und erfordert einen hohen argumentativen Aufwand des Tatrichters, der nicht durch die bloße Behauptung, er sei davon überzeugt, dass die Beweisbehauptung aus der Luft gegriffen worden sei, ersetzt werden kann (BGH, Beschluss vom 7. November 2002 - 3 StR 216/02, NStZ 2004, 51).

Ob es dem Antrag an der notwendigen Ernsthaftigkeit des Beweisbegehrens mangelt, lässt sich regelmäßig nur aus einer Gesamtschau aller insoweit relevanten Faktoren ableiten. Dabei können der Inhalt des Beweisbegehrens, die bisherige Beweissituation und das bisherige Prozessverhalten des Antragstellers berücksichtigt werden. **Ein tragfähiges Indiz für den Mangel an Ernsthaftigkeit kann etwa sein, dass eine Mehrzahl neutraler Zeugen eine Tatsache übereinstimmend bekundet hat und ohne Beleg für entsprechende tatsächliche Anhaltspunkte das Gegenteil in das Wissen eines weiteren, völlig neu benannten Zeugen gestellt wird, dessen Zuverlässigkeit offensichtlichen Zweifeln begegnet** (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 1997 - 5 StR 58/97, NJW 1997, 2762, 2764; Beschluss vom 5. Februar 2002 - 3 StR 482/01, NStZ 2002, 383). Erforderlich ist, dass sich die Bestätigung der Beweisbehauptung nach dem Verlauf der bereits durchgeführten Beweisaufnahme als offensichtlich unwahrscheinlich darstellt (BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476, 478).

Eine solche Ablehnung mangels Ernsthaftigkeit des Beweisbegehrens bedarf einer begründeten Entscheidung durch den Vorsitzenden oder das Gericht, aus der sich die hierfür wesentlichen Gründe in einer für das Revisionsgericht nachprüfbaren Form ergeben. Zudem kann es erforderlich sein, den Antragsteller zuvor zu seinen Wissensquellen oder den Gründen seiner Vermutung zu befragen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1983 - 5 StR 677/83, StV 1985, 311; KG, NStZ 2015, 419, 421; OLG Köln, NStZ 2008, 584; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 244 Rn. 21g); eine Rüge mit dieser Angriffsrichtung ist vorliegend nicht erhoben.

bb) Nach diesen Maßstäben ist die Ablehnung des auf Vernehmung des Zeugen G.

gerichteten Antrags revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat in seinem ablehnenden Beschluss mit mehreren Argumenten seine Einschätzung belegt, der Antrag sei nicht ernstlich gemeint, sondern lediglich „ins Blaue hinein“ und „aufs Geratewohl“ gestellt. Dabei durfte es namentlich auf die Ergebnisse der bisherigen Beweisaufnahme (glaubhaftes, allerdings widerrufenes Teilgeständnis des Angeklagten zu seiner Anwesenheit an den Tatorten; Scheitern anderweitiger Alibibehauptungen bei drei von ihm benannten Zeugen), sein Prozessverhalten (erst Teilgeständnis, dann Widerruf; trotz eineinhalb Jahren Untersuchungshaft und mehrfacher vorheriger Einlassung Präsentation eines Alibizeugen erst am 19. Hauptverhandlungstag) und die auf der Hand liegenden Zweifel an einer Erinnerung des fast zwei Jahre zurückliegenden Alltagsvorgangs verweisen. Dass sich das Landgericht in seinem Ablehnungsbeschluss nicht ausdrücklich auch noch mit der für sich gesehen bereits unwahrscheinlichen Behauptung der Aufbewahrung eines diesbezüglichen Kassenbons durch den Zeugen über fast zwei Jahre beschäftigt hat, bleibt demgegenüber ohne Belang. Weder die Begründung des Landgerichts noch das nur eingeschränkt überprüfbare Ergebnis seiner Bewertung lassen Rechtsfehler erkennen.

2. Die Rüge einer Verletzung von § 244 Abs. 3 StPO durch Zurückweisung des auf Vernehmung der Zeugin B. gerichteten Antrags ist bereits unzulässig. Die Revision teilt entgegen § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht mit, dass der Vorsitzende Rückfragen zu dem Antrag hatte und der Verteidiger des Angeklagten sich anschließend dazu erklärt hat. Zudem wird aus dem Antrag - wie im Ablehnungsbeschluss zutreffend ausgeführt - nicht ersichtlich, weshalb die Zeugin die behauptete Tatsache (ihr sei bekannt geworden, dass die geraubten Mobiltelefone nicht einer bestimmten Marke zugehörten) bezeugen können soll (vgl. § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO). Unabhängig von der Frage, ob die Beweisbehauptung überhaupt bestimmt genug ist (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Juli 2010 - 3 StR 218/10, StraFo 2010, 466), lässt die pauschale Darstellung, die Zeugin könne dies im Nachgang zu ihrer polizeilichen Vernehmung erfahren haben, konkreten Vortrag zu der Wahrnehmungssituation der Zeugin vermissen. Es mangelt dem Antrag mithin an der erforderlichen Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache. ...“[18]

Ob diese Ausführungen geeignet sind, die im Regelfall laxe Handhabung in solchen Fällen durch die Tatgerichte zu rechtfertigen, darf bezweifelt werden.

Konnexität

Das Thema der Konnexität ist schon im Teil I dieser Arbeitshilfe behandelt worden. Die „Modernisierung“ machte nun das Erfordernis der Konnexität zum Gegenstand des Gesetzes (§ 244 III 1 StPO). Es wird die Ansicht vertreten, dass nach der „Modernisierung“ nun deutlich erhöhte inhaltliche Ausführungen nötig seien, um die Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache zu belegen.[19] Zu befürchten ist, dass das inzwischen gesetzliche Erfordernis der Konnexität durch von der Rechtsprechung aufgestellte hohe Anforderungen dazu missbraucht wird, das einzig verlässliche Verteidigungsmittel des Entlastungsbeweisantrages weiter auszuhöhlen und zu entschärfen.

Dazu gibt es neue Erkenntnisse, die diese Befürchtung noch nicht ohne weiteres bestätigen:

18 BGH, Beschluss vom 16.03.2021 - 5 StR 35/21; dem folgend BGH, Beschluss vom 13.03.2024 - 5 StR 393/23; siehe auch BGH, Urteil vom 25.02.2021 - 3 StR 204/20 und BGH, Beschluss vom 11.11.2020 - 3 StR 291/20, dazu ergänzend: Trüg, Zum aufs Geratewohl gestellten Antrag auf Zeugenvernehmung, NStZ 2022, 59 ff

19 Schork, a.a.O., 3

„ … Entgegen der Auffassung der Schwurgerichtskammer handelt es sich bei dem Antrag um einen Beweisantrag.

Ein solcher liegt nach § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO 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. Diese Voraussetzungen sind gegeben.

(1) In dem Antrag wird sowohl eine für den Schuldspruch relevante konkrete Beweistatsache bestimmt behauptet (zwei Telefonate des Nebenklägers mit dem Zeugen R. im November 2019) als auch ein bestimmtes Beweismittel bezeichnet (Zeuge R.). Dem Antrag mangelt es weder an der 'Konnexität' zwischen Beweismittel und Beweistatsache (2) noch an der gebotenen Ernsthaftigkeit (3).

(2) Aus dem Beweisantrag ergibt sich ohne weiteres, weshalb das Beweismittel (Zeuge R.) die behauptete Beweistatsache bekunden können soll (Telefonate mit dem Nebenkläger). Damit wird er den bislang ganz überwiegend an die „Konnexität“ zwischen Beweistatsache und Beweismittel gestellten Anforderungen gerecht.

Danach muss aus dem Beweisantrag selbst klar werden, weshalb das Beweismittel die Beweistatsache belegen können soll. Dies betrifft in aller Regel den Zeugenbeweis. Das Merkmal der 'Konnexität' (im bislang überwiegend verstandenen Sinne) fordert, dass der Antrag erkennen lassen muss, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können soll, etwa weil er am Tatort war, in der Nachbarschaft wohnt oder eine Akte gelesen hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21; vom 8. Juli 2014 - 3 StR 240/14, NStZ 2015, 295; vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476; vom 3. November 2010 - 1 StR 497/10, NStZ 2011, 169 f.; vom 17. November 2009 - 4 StR 375/09, StraFo 2010, 152; Urteile vom 14. August 2008 - 3 StR 181/08, NStZ 2009, 171; vom 15. Dezember 2005 - 3 StR 201/05, NStZ 2006, 585; vom 28. November 1997 - 3 StR 114/97, BGHSt 43, 321, 329 ff.; vom 8. Dezember 1993 - 3 StR 446/93, BGHSt 40, 3, 6; hierzu näher auch Widmaier, NStZ 1993, 602, 603; Senge, NStZ 2002, 225, 230 f.; Schneider in FS Eisenberg, 2009, 609, 618 ff.; Knauer, StraFo 2012, 475; Hadamitzky, StraFo 2012, 297, 302 ff.; Rose, NStZ 2014, 128; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 113 f.; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 134 ff.; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 82 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 21a ff.; SSW-StPO/Sättele, 4. Aufl., § 244 Rn. 99; Dallmeyer in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 7. Aufl., Rn. 121 ff. jeweils mwN).

Keiner näheren Darlegung bedarf es, wenn sich der erforderliche Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Beweismittel - wie in vielen Fällen - von selbst versteht (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Januar 2014 - 1 StR 379/13, NStZ 2014, 282), etwa wenn - wie hier - ein Telefongespräch bewiesen werden soll, das der Zeuge selbst geführt hat, oder ein Treffen mit dem Zeugen unter Beweis gestellt wird, das dieser aus eigenem Erleben schildern kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. November 2009 - 4 StR 375/09, BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 47; vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21). Nur dann, wenn ein solcher Zusammenhang nicht auf der Hand liegt, sind weitere Ausführungen im Beweisantrag notwendig. Erforderlich, aber auch ausreichend ist die Darlegung der Umstände, aus denen sich ergibt, warum es dem Zeugen möglich sein kann, die Beweistatsache zu bekunden (vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2014 - 5 StR 2/14, NStZ 2014, 351). Je nach Sachlage kann es dabei erforderlich sein, die Wahrnehmungssituation des Zeugen vor Ort ganz konkret zu benennen, etwa wenn es um länger andauernde Geschehensabläufe geht (vgl. BGH, Beschluss vom 10. März 2020 - 4 StR 640/19). Ausführungen zur inhaltlichen Plausibilität der Beweisbe-

hauptung können dagegen vom Antragsteller in diesem Zusammenhang nicht verlangt werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476; vom 17. November 2009 - 4 StR 375/09, BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 47; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 21c).

Soweit das Landgericht davon ausgegangen ist, dass sich der Beweisantrag darüber hinaus auch zu solchen Umständen verhalten muss, die ihn bei fortgeschrittener Beweisaufnahme mit gegenläufigen Beweisergebnissen dennoch plausibel erscheinen lassen - was sich insbesondere aus der Ablehnungsbegründung ergibt: es sei nicht dargelegt, warum der Zeuge 'etwas ganz anderes als in der bisherigen Beweisaufnahme festgestellt, aussagen' werde -, trifft dies nicht zu. Denn solche weitergehenden Anforderungen an die Konnexität, die die vom Landgericht vorgenommene Einstufung als bloßen Beweisermittlungsantrag rechtfertigen könnten, werden von Gesetzes wegen nach der umfassenden Neuregelung des Beweisantragsrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2121) nicht gestellt.

(a) Der Gesetzestext des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO ('weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll') legt nach seinem Wortlaut nicht nahe, dass der Antragsteller über die Darlegung der Konnexität im bezeichneten Sinne hinaus weitergehende Umstände vortragen müsse, die seinen Antrag - etwa bei fortgeschrittener Beweisaufnahme mit bislang gegenteiligen Beweisergebnissen - 'plausibel' erscheinen lassen (vgl. demgegenüber aber - sogenannte „qualifizierte Konnexität“ - BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - 5 StR 38/08, BGHSt 52, 284; Beschluss vom 24. Juni 2008 - 5 StR 238/08; vom 3. November 2010 - 1 StR 497/10, NStZ 2011, 169 f.; kritisch gegenüber dieser Erweiterung des Konnexitätserfordernisses BGH, Urteil vom 14. August 2008 - 3 StR 181/08, NStZ 2009, 171; Beschluss vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 113; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 136; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 21c; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 82; SK-StPO/Frister, 5. Aufl., § 244 Rn. 57; Ventzke, NStZ 2011, 301; ders. StV 2009, 655, 657 f.; Schneider, NStZ 2012, 169; ders. FS Eisenberg, 2009, 609, 628 f.; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58; Fezer, HRRS 2008, 457, 458 f.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 420 f.; Trüg StV 2013, 66; ders., StraFo 2010, 139; Jahn StV 2009, 663, 664 f.; Sturm, StraFo 2009, 410; Eidam, JR 2008, 520).

(b) Diese Auslegung des Konnexitätsmerkmals entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Ausweislich der Gesetzgebungsgeschichte und der Gesetzesmaterialen hat er bei der Normierung des Merkmals 'weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll' lediglich die 'Konnexität' im zuerst genannten, nicht aber diejenige im 'qualifizierten' Sinne im Blick gehabt (ausführlich Schäuble, NStZ 2020, 377, 379; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 21c; Güntge, StraFo 2021, 92, 97 f.). Dies wird durch seine lediglich auf solche Konstellationen abstellenden Formulierungen in den Gesetzesmaterialien deutlich. Darin heißt es (BT-Drucks. 19/14747 S. 33 f.): 'Um solchen Beweisbehauptungen zu begegnen, die überhaupt nicht erkennen lassen, in welcher Weise das benannte Beweismittel zur Klärung der Beweisbehauptung beitragen kann, soll auch die Rechtsprechung zur sogenannten ‚Konnexität‘ eines Beweisantrags ins Gesetz übernommen werden (vergleiche BGH, Beschluss vom 19. September 2007 - 3 StR 354/07, StV 2008, 9 f.; Beschluss vom 20. Juli 2010 - 3 StR 218/10, StraFo 2010, 466). Der Beweisantrag muss danach den erforderlichen Zusammenhang (‚Konnexität‘) zwischen Beweismittel und Beweistatsache erkennen lassen. In der Begründung des Beweisantrags soll ein nachvollziehbarer Grund dafür anzugeben sein, weshalb mit dem bezeichneten Beweismittel die Beweisbehauptung nachgewiesen werden kann (vergleiche BGH, Beschluss vom 3. November 2010 - 1 StR 497/10, NStZ 2011, 169 f. mit weiteren Nachweisen), wenn sich dies nicht ohnehin von selbst versteht. Dem Bewei-

santrag soll beispielsweise zu entnehmen sein, weshalb ein Zeuge die Beweisbehauptung aus eigener Wahrnehmung bestätigen können soll. Dadurch soll den Gerichten schon von Gesetzes wegen insbesondere der Umgang mit solchen Beweisersuchen erleichtert werden, die die unter Beweis gestellte Tatsache so ungenau bezeichnen, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder die keinen konkreten Zusammenhang des bezeichneten Beweismittels mit der Beweistatsache aufweisen.'

(c) Eine derartige Auslegung wird auch der Systematik und den Prinzipien des Beweisantragsrechts gerecht. Das Beweisantragsrecht garantiert den Verfahrensbeteiligten als Ausgleich für die dominierende Stellung des die Beweisaufnahme bestimmenden Gerichts ein starkes Teilhaberecht am Prozess der Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung (vgl. Mosbacher, GS Widmaier, 2013, 79). Es sichert die Subjektstellung des Angeklagten in der Hauptverhandlung sowie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. November 1983 - 1 BvR 1313/82, BVerfGE 65, 305, 307 mwN) und ist eines der zentralen Rechte des Angeklagten und der Verteidigung (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 13). Den Verfahrensbeteiligten muss es auch möglich sein, solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, deren Bestätigung durch das Beweismittel lediglich vermutet oder für möglich gehalten wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21; vom 11. April 2013 - 2 StR 504/12, NStZ 2013, 536, 537; vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476; Urteil vom 15. Dezember 2005 - 3 StR 201/05, NStZ 2006, 585). Zudem ist das Beweisantragsrecht vom Verbot der Beweisantizipation geprägt (vgl. BGH, Beschluss vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21; näher MüKo-StPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 2; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 183 ff.). Der Antragsteller muss auch eine Tatsache unter Beweis stellen können, für deren Richtigkeit die bisherige Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte ergeben hat und die ungewöhnlich oder unwahrscheinlich erscheint (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2012 - 4 StR 372/12, NStZ 2013, 476 mwN). Für das Vorliegen eines Beweisantrages kann es mithin nicht konstituierend sein, dass der Antragsteller plausibel macht, weshalb das von ihm benannte Beweismittel trotz gegebenenfalls entgegenstehender bisheriger Beweisergebnisse die unter Beweis gestellte Tatsache belegen können soll (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 21c). Die Grenzen werden insoweit lediglich durch das Merkmal der Ernsthaftigkeit (vgl. dazu näher BGH, Beschluss vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21) und eine Antragstellung in Verschleppungsabsicht (vgl. § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO) gezogen.

An insoweit etwa entgegenstehender eigener Rechtsprechung hält der Senat nicht fest, an solche anderer Senate des Bundesgerichtshofs ist er angesichts der umfassenden gesetzlichen Neuregelung des Beweisantragsrechts nicht im Sinne von § 132 Abs. 2 GVG gebunden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. Juli 1998 - 4 StR 273/98, BGHSt 44, 121, 124; vom 24. Oktober 2001 - 1 StR 163/01, NStZ 2002, 160). Die Entscheidung des 4. Strafsenats vom 10. März 2020 (4 StR 640/19) betraf einen Fall, bei dem im Beweisantrag die Wahrnehmungssituation des Zeugen nicht konkret genug geschildert wurde; sie steht der hiesigen Auslegung deshalb nicht tragend entgegen (vgl. aber auch Güntge, StraFo 2021, 92, 97).

(3) Dass es dem Antrag an der gebotenen Ernsthaftigkeit gemangelt hätte, ist nicht ersichtlich.

Mangels Ernsthaftigkeit ist einem auf Beweiserhebung gerichteten Antrag die Qualität eines Beweisantrags im Rechtssinne abzusprechen, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne jede begründete Vermutung lediglich 'aufs Geratewohl' und 'ins Blaue hinein' aufgestellt wird (vgl. näher BGH, Beschluss vom 16. März 2021 - 5 StR 35/21). Die Ablehnung eines Beweisantrags als nicht ernsthaft gemeint, kommt nur ausnahmsweise in Betracht und erfordert einen hohen

argumentativen Aufwand des Tatgerichts. Erforderlich ist eine ausführlich begründete Gesamtwürdigung von Beweisbegehren, Prozessverhalten und Beweislage. Weil die Herabstufung eines ansonsten formgerechten Beweisantrags zu einem bloß unter Aufklärungsgesichtspunkten beachtlichen Beweisermittlungsantrag regelmäßig in ein Spannungsverhältnis zu den Beweisteilhaberechten der Verfahrensbeteiligten und dem das Beweisantragsrecht prägenden Verbot der Beweisantizipation gerät, ist bei der Ablehnung derartiger Anträge mangels Ernsthaftigkeit äußerste Zurückhaltung geboten (BGH, aaO).

Im vorliegenden Fall gab es ausreichende Anhaltspunkte für die Vermutung der Verteidigung, der Zeuge werde trotz des bis dahin erzielten Beweisergebnisses die Beweistatsache bekunden. Die Verteidigung hat nach Antragsablehnung nochmals auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen: der Vorname des Anrufers, seine Stellung als M. -Berater, die Lokalisierung des Anrufers in B. , die Verbindung mit Immobiliengeschäften und zu einem Mann von persischer Abstammung, von dem eine Bedrohung ausgehe, und der kurze Zeitraum vor der Tat. Hinzu kommt, dass die Verantwortlichen von M. selbst eine Benachrichtigung der Polizei wegen eines mutmaßlichen Zusammenhangs der Anrufe mit der Tat für erforderlich gehalten und die anschließenden Aufklärungsbemühungen kein klares Ergebnis erbracht hatten. ...“[20]

Klarstellend und bestätigend:

Schließlich hat die Strafkammer im Ergebnis zu Recht verneint, dass es sich bei dem Begehren um einen Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO gehandelt hat. Ihm war jedenfalls nicht zu entnehmen, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können sollte.

Dieses durch die Schaffung der Legaldefinition mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2121) in den Gesetzestext von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO übernommene Erfordernis der sogenannten Konnexität verlangt, dass einem Beweisantrag beispielsweise zu entnehmen sein muss, weshalb ein Zeuge die Beweisbehauptung aus eigener Wahrnehmung bestätigen können soll, sofern sich dies nicht von selbst versteht. Dies soll gewährleisten, dass das Tatgericht die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache oder der Ungeeignetheit des Beweismittels prüfen kann (vgl. BT-Drucks. 19/14747, 34; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO Rn. 134; Meyer-Goßner/Schmitt aaO Rn. 21a).

Diese Voraussetzung war hier nicht gegeben. Denn die vagen Angaben in dem Antrag konkretisierten die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen weder in örtlicher ('in einem öffentlichen Raum“), zeitlicher ('am vergangenen Wochenende'), personeller ('mit einer anderen männlichen Person') oder situativer Hinsicht (der Zeuge soll das Gespräch 'mitbekommen' haben; unklar bleibt, ob er dies unmittelbar selbst hörte oder ob ihm darüber mittelbar berichtet wurde). Die Rüge einer Verletzung des § 244 Abs. 6 StPO war mithin auch deshalb unbegründet, weil die Vorschrift auf Beweisermittlungsanträge nicht anwendbar ist (vgl. MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO Rn. 173 mwN). ...“[21]

Kritischer zu sehen ist die nachfolgende Entscheidung:

" … 2. a) Die Verfahrensrügen greifen aus den zutreffenden Gründen der Antrags-

20 BGH, Beschl. v. 01.09.2021 - 5 StR 188/21; siehe auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.09.2020 - 1 Rb 37 Ss 473/20; siehe auch Schneider, Bezeichnung konkreter Beweistatsachen bei Beweisanträgen auf Einholung eines Sachverständigengutachtens, NStZ 2023, 65 ff

21 BGH, Beschluss vom 26.03.2024 - 2 StR 211/23

schrift des Generalbundesanwalts nicht durch. Der näheren Erörterung bedarf lediglich die Rüge einer Verletzung des Beweisantragsrechts nach § 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO wegen Zurückweisung des in der Hauptverhandlung am 23. Januar 2024 gestellten Hilfsbeweisantrags. Der Angeklagte macht geltend, dass das Landgericht diesen nicht in der Sache beschieden habe, sondern rechtsfehlerhaft von einem Beweisermittlungsantrag ausgegangen sei.

aa) Der Rüge liegt folgender Sachverhalt zugrunde: In der Hauptverhandlung am 23. Januar 2024 beantragte die Verteidigung des Angeklagten für den Fall, dass das Gericht beabsichtige, den Angeklagten wegen eines Tötungsdelikts zu verurteilen, die Vernehmung der Zeugin Mü. zum Beweis der Tatsache, dass der Angeklagte am 20. Februar 2023 ab 11.00 Uhr bis 14.00 Uhr die Heizung seiner Ehefrau in deren Wohnung in K. reparierte. Zur Begründung gab die Verteidigung an, dass die Zeugin entsprechende Angaben bei der Polizei gemacht habe. Die Aussage werde belegen, dass der Angeklagte in der obengenannten Zeit nicht etwa die Leiche des Tatopfers entsorgt haben könne. Nach dem zu den Verfahrensakten genommenen und mit der Revisionsbegründung vorgelegten Vernehmungsprotokoll des Polizeipräsidiums Ko. vom 31. März 2023 hatte die Zeugin gegenüber den vernehmenden Polizeibeamten bekundet, dass sie eine gute Freundin der Ehefrau des Angeklagten sei und diese ihr wenige Tage vor dessen Festnahme am Telefon erzählt habe, dass der Angeklagte ihre Heizung repariert habe und diese nunmehr wieder funktionstüchtig sei.

Die Strafkammer behandelte den Hilfsbeweisantrag in den Urteilsgründen mangels Vortrags zur sogenannten Konnexität als Beweisermittlungsantrag und wies ihn zurück. Die Verteidigung habe nicht dargelegt, warum die Zeugin Mü. überhaupt etwas zur Tätigkeit des Angeklagten im benannten Zeitraum sagen könne; insbesondere sei unklar, ob sie während der behaupteten Heizungsreparatur vor Ort gewesen sei.

bb) Die Verfahrensrüge ist unbegründet. Die Strafkammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Antrag vom 23. Januar 2024 um einen Beweisermittlungsantrag handelt. Der zugleich geltend gemachte Verstoß gegen die Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO liegt gleichfalls nicht vor.

(a) Nach der Legaldefinition des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO, welche mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2121) in das Gesetz eingefügt wurde, ist von einem förmlichen Beweisantrag auszugehen, 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. Die letztgenannte Angabe betrifft das von der Rechtsprechung entwickelte und ausgeformte Erfordernis der sogenannten Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache, welches der Gesetzgeber ausdrücklich in das Gesetz aufnehmen wollte (vgl. BT-Drucks. 19/14747, S. 33 f.; BGH, Beschluss vom 13. März 2024 - 5 StR 393/23 Rn. 19).

Das Merkmal der Konnexität nach bisherigem wie nach neuem Recht fordert, dass der Antrag erkennen lassen muss, **weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können soll, etwa weil er am Tatort war, in der Nachbarschaft wohnt oder eine Akte gelesen hat**. Keiner näheren Darlegung bedarf es, wenn sich der erforderliche Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Beweismittel von selbst versteht, etwa wenn ein Telefongespräch bewiesen werden soll, das der Zeuge selbst geführt hat, oder ein Treffen mit dem Zeugen unter Beweis gestellt wird, das dieser aus eigenem Erleben schildern kann. Nur dann, wenn ein solcher Zusammenhang nicht auf der Hand liegt, sind weitere Ausführungen im Beweisantrag notwen-

dig. Erforderlich, aber auch ausreichend ist die Darlegung der Umstände, aus denen sich ergibt, warum es dem Zeugen möglich sein kann, die Beweistatsache zu bekunden. Je nach Sachlage kann es dabei erforderlich sein, die Wahrnehmungssituation des Zeugen vor Ort ganz konkret zu benennen, etwa wenn es um länger andauernde Geschehensabläufe geht. Ausführungen zur inhaltlichen Plausibilität der Beweisbehauptung sind dagegen nicht erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 1. September 2021 - 5 StR 188/21, BGHSt 66, 250 Rn. 20 ff. mwN).

(b) Nach diesen Maßstäben hat das Landgericht mangels Darlegung der Konnexität zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Angeklagte keinen förmlichen Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO gestellt hat. Der Antrag lässt erforderliche Ausführungen dazu vermissen, weshalb die Zeugin Mü. überhaupt bekunden können solle, dass der Angeklagte zur benannten Zeit an der Wohnanschrift seiner Ehefrau mit Reparaturarbeiten beschäftigt gewesen sei. Es bleibt offen, in welcher Beziehung die Zeugin zur Ehefrau des Angeklagten steht und ob sie am besagten Tag in der Wohnung der Ehefrau des Angeklagten - gar durchgehend - persönlich anwesend war, während dieser die Heizung reparierte, oder lediglich Zeugin vom Hörensagen ist.

(c) Etwas anderes folgt entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus der Senatsentscheidung vom 15. Januar 2014 - 1 StR 379/13 (Rn. 17) betreffend den Tatvorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt sowie der Steuerhinterziehung (Lohnsteuer) im Zusammenhang mit der Beschäftigung von nicht gemeldeten Arbeitnehmern im Baugewerbe unter Verschleierung von Schwarzlohnzahlungen durch sogenannte Abdeckrechnungen diverser Firmen über angebliche Subunternehmerleistungen. Der Senat hielt dort zu einem Antrag auf Vernehmung von Zeugen zum Beweis der tatsächlichen Erbringung der fakturierten Subunternehmerleistungen weitergehenden Vortrag zur Eigenschaft der benannten Zeugen als Geschäftsführer oder Gesellschafter der betreffenden Subunternehmergesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Konnexität allein deshalb für entbehrlich, weil sich der erforderliche Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Beweismittel nach dem Revisionsvorbringen „von selbst verstanden“ hatte. Denn die Revision machte im dortigen Verfahren geltend, aus den „vorgelegten Ermittlungen der Staatsanwaltschaft“ ergebe sich, dass es sich bei den benannten Zeugen um die Geschäftsführer oder Gesellschafter der Subunternehmer handele. Dies sei 'nach Aktenlage offenkundig und damit den Verfahrensbeteiligten bekannt gewesen'. Diesem Vorbringen war die Staatsanwaltschaft in ihrer Revisionsgegenerklärung nicht entgegengetreten. Angesichts dessen bestand aus Sicht der Verfahrensbeteiligten auch ohne weitere Erörterung ein nachvollziehbarer Grund für die Annahme, dass die benannten Geschäftsführer und Gesellschafter zu den Subunternehmertätigkeiten der von ihnen verantworteten Unternehmen Angaben würden machen können.

Der Entscheidung kann damit nicht entnommen werden, dass der Vortrag zur Wahrnehmungskompetenz eines in einem Beweisantrag benannten Zeugen stets dann entbehrlich sei, wenn sich diese aus den Strafakten ergebe. Die obigen Ausführungen betrafen vielmehr lediglich einen Einzelfall, in dem weiterer Vortrag zur Konnexität ausnahmsweise entbehrlich war. Einen vergleichbaren Fall der „Offenkundigkeit“ der Wahrnehmungskompetenz der benannten Zeugin Mü. für alle Verfahrensbeteiligten legt die Revision hier schon nicht dar. Der bloße Umstand, dass sich in den Strafakten ein polizeiliches Protokoll ihrer Vernehmung befindet - welches obendrein zum Zeitrahmen der behaupteten Reparaturarbeiten des Angeklagten schweigt –, genügt hierfür nicht. Anderenfalls liefe das Konnexitätserfordernis weitgehend leer. Es behielte lediglich für diejenigen Fälle Bedeutung, in denen die Verteidigung oder die Staatsanwaltschaft einen Zeugen benennt, der im Ermittlungsverfahren noch nicht bekannt war und dessen Person daher nicht aktenkundig ist. § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO

> verlangt jedoch übergreifend ausdrücklich, dass 'dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll'. In der Begründung des Beweisantrags soll ein nachvollziehbarer Grund dafür anzugeben sein, weshalb mit dem bezeichneten Beweismittel die Beweisbehauptung nachgewiesen werden kann. Hiervon soll der Antragsteller nur dann befreit sein, 'wenn sich dies [...] von selbst versteht' (BT-Drucks. 19/14747, S. 33 f.). Auch dies spricht dafür, das nunmehr gesetzlich geregelte Konnexitätserfordernis nicht durch eine extensive Annahme von Ausnahmetatbeständen faktisch leerlaufen zu lassen.
>
> (d) Aus den genannten Gründen scheidet auch eine Aufklärungspflichtverletzung aus (§ 244 Abs. 2 StPO). Bei der Zeugin handelt es sich um eine Zeugin vom Hörensagen, die keine näheren Angaben zur Dauer der Heizungsreparatur durch den Angeklagten gemacht hat, sodass sich ihre Vernehmung der Strafkammer angesichts des im Übrigen gesicherten Beweisergebnisses nicht aufdrängen musste. …"[22]

Die Versuche des Landgerichts Berlin[23], die "Modernisierung" in die seiner Ansicht nach richtige Richtung zu lenken und das Beweisantragsrecht weiter einzuschränken, hatten danach vorerst keinen Erfolg. Ob das so Bestand haben wird, lässt sich nicht abschätzen.

Mumaßlich leichter sollen es da aus der Sicht des BGH die Staatsanwaltschaften haben:

> " … 1. Die Rüge der Staatsanwaltschaft, das Landgericht habe das Beweisantragsrecht (§ 244 Abs. 3 StPO) verletzt, indem es den in der Hauptverhandlung angebrachten (Hilfs-)beweisantrag der Beschwerdeführerin auf Vernehmung des Zeugen I. im Urteil mit rechtsfehlerhafter Begründung abgelehnt habe, dringt durch.
>
> a) Dem liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: In der Hauptverhandlung am 31. Januar 2023 stellte die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft hilfsweise den Antrag auf Vernehmung des Zeugen I. zum Beweis der Tatsache, dass der Zeuge am 1. Januar 2021 eine Tüte mit Kokain in der von dem mit ihm verwandten Angeklagten bewohnten Wohnung gesehen habe. Der Angeklagte habe ihm gegenüber angegeben, es handele sich um 100 g Kokain, und weiter mitgeteilt, er erhalte alle zwei bis drei Tage je eine Lieferung von 100 g Kokain. Seine Kunden zahlten teils mit Bargeld, teils mit Gegenständen. In der Wohnung hätten sich auch Gegenstände wie z.B. Rasierklingen befunden, die der Angeklagte von seinen Drogenkunden als Zahlung akzeptiert habe. Das Landgericht hat diesen Antrag in den Urteilsgründen wegen fehlender Konnexität zwischen der behaupteten Beweistatsache und dem angegebenen Beweismittel nicht als Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO gewertet. Hierzu hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Zeuge I. könne allenfalls allgemeine Angaben dazu machen, dass der Angeklagte in der Vergangenheit mit Kokain Handel getrieben habe, nicht aber zu den vorgefundenen Betäubungsmitteln und damit nicht zu der konkret angeklagten Tat. Aus dem Antrag ergebe sich nicht, woher der Zeuge Kenntnisse zum Verwendungszweck der am 2. Januar 2021 vorgefundenen Betäubungsmittel haben solle. Dies sei indes zur Feststellung des Handeltreibens mit dem aufgefundenen Kokain erforderlich gewesen.
>
> b) Mit zulässig erhobener Verfahrensrüge bestandet die Beschwerdeführerin zu Recht eine Verletzung des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO. Die Zurückweisung des Hilfsbeweisantrags hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des

22 BGH, Beschluss vom 01.10.2024 - 1 StR 299/24
23 LG Berlin, Urteil vom 17.11.2020 - 540 Ks 3/20

Landgerichts konnte dem Antrag nicht unter Hinweis auf fehlende Konnexität die Eigenschaft als Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO abgesprochen werden. Der Antrag bezeichnet nicht nur hinreichend bestimmte, dem Zeugenbeweis zugängliche Beweistatsachen, sondern wahrt auch die Konnexität zwischen Beweistatsachen und Beweismittel und genügt damit den nach dem Gesetz an einen Beweisantrag zu stellenden Anforderungen.

aa) Ein solcher liegt nach § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO 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.

bb) Diese Voraussetzungen sind gegeben. In dem Antrag der Staatsanwaltschaft wird sowohl eine für den Schuldspruch relevante konkrete Tatsache bestimmt behauptet als auch ein bestimmtes Beweismittel bezeichnet. Aus dem Beweisantrag ergibt sich auch ohne Weiteres, weshalb der Zeuge I. die behauptete Beweistatsache bekunden können soll. Die in das Wissen des Zeugen gestellte Behauptung soll auf dessen eigenen Wahrnehmungen beruhen, da er sich am genannten Tag in der Wohnung des Angeklagten aufgehalten und dieser ihm gegenüber die unter Beweis gestellten Angaben gemacht habe. Einer weiteren Konkretisierung der Beweisanträge unter dem Gesichtspunkt der Konnexität bedurfte es nicht.

cc) Damit lagen die Voraussetzungen für einen förmlichen Beweisantrag im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO vor (vgl. BGH, Urteil vom 29. August 1990 - 3 StR 184/90, BGHSt 37, 162, 164 f.), über den nicht nach Maßgabe der gerichtlichen Aufklärungspflicht zu entscheiden war, sondern der nur aus einem der in § 244 Abs. 3 Satz 3 StPO genannten Gründe abgelehnt werden durfte. Einen solchen Ablehnungsgrund hat das Landgericht in den Gründen des Urteils nicht dargetan.

c) Das Urteil beruht auch auf diesem Verfahrensfehler. Zwar kann es unschädlich sein, dass ein im Urteil zu bescheidender Hilfsbeweisantrag übergangen worden ist, wenn er mit rechtsfehlerfreier Begründung hätte abgelehnt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 28. August 1996 - 3 StR 180/96, juris Rn. 11; Beschluss vom 19. Dezember 2023 - 3 StR 160/22, NJW 2024, 1122, 1126). Eine derartige Möglichkeit ist hier durch die Urteilsgründe nicht eröffnet. Insbesondere kann danach nicht ohne Weiteres von einer tatsächlichen Bedeutungslosigkeit der in das Wissen des Zeugen I. gestellten Tatsachen nach § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO ausgegangen werden (vgl. allgemein zu den Anforderungen zu diesem Ablehnungsgrund: BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2018 - 4 StR 484/18, NStZ 2019, 295, 296; KK-StPO/Krehl, 9. Aufl., § 244 Rn. 152 mwN). Nach den Urteilsgründen sind die unter Beweis gestellten Tatsachen, denen zufolge der Zeuge I. am 1. Januar 2021 - mithin jedenfalls kurz vor der Sicherstellung - in der Wohnung eine größere Tüte mit Kokain gesehen und der Angeklagte ihm gegenüber geäußert habe, dass in der Tüte 100 g Kokain seien, er alle 2 - 3 Tage eine Lieferung von 100 g Kokain bekomme und dass er beim Verkauf Bargeld sowie noch in der Wohnung befindliche Gegenstände, wie z.B. Rasierklingen, als Zahlungsmittel akzeptieren würde, für die Schuld- und Straffrage erkennbar von Belang. Nach alledem kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Strafkammer bei rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung zumindest zu einer Verurteilung des Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gekommen wäre (§ 337 Abs. 1 StPO). …"[24]

Strengere und neue Anforderungen postuliert das OLG Stuttgart im Sinnes eines ge-

24 BGH, Urteil vom 22.05.2024 - 2 StR 348/23

setzlichen Optimierungsgebots, wenn es um einen Antrag auf Anhörung eine Sachverständigen geht:

> " ... Die Verfahrensrüge ist nicht zulässig erhoben, da sie den Vortragserfordernissen im Sinne von § 344 Abs. 2 StPO Satz 2 nicht genügt.
>
> a.) Die Verteidigung hat in der Hauptverhandlung in Bezug auf die Abbildungen, die den Taten 4 und 5 des Urteils zugrunde liegen, **beantragt, 'zum Beweis der Tatsache, dass bei durchschnittlichen Betrachtern (…) andere als sexuelle Empfindungen entstehen' sowie 'zu der Tatsache, dass der durchschnittliche Betrachter bei den Bildern (…) den weiblichen Anus erst auf den zweiten Blick wahrnimmt' ein Sachverständigengutachten einzuholen** (Anmerkung des Verf.: erfolglos). In der Begründung des Antrags wird weiter ausgeführt, dass die Bilder 'unsittlich, anstößig oder Ekelerregend für die einen, lustig für die anderen sein mögen' und dass in erster Linie zunächst das in der Abbildung zu sehende Wort bzw. Emoji wahrgenommen werde, die jeweils in die Abbildung hineinmontiert seien, sodass der Anus als Teil des Wortes oder des Emojis erscheine.
>
> Das Landgericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, dass mit dem Beweisantrag Rechtsanwendung begehrt werde. Der Begriff der Pornographie sei ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Klassifizierung dem Tatrichter überlassen bleibe. Das angebotene Beweismittel sei daher ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 StPO.
>
> b.) Das Landgericht hat hierdurch nicht gegen § 244 Abs. 3 Satz 3 StPO verstoßen. Denn es liegt bereits kein Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO vor. Danach hat der Antragsteller eine bestimmte Tatsache konkret zu behaupten und ein bestimmtes Beweismittel zu bezeichnen, wobei dem Antrag zu entnehmen sein muss, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Beweistatsache belegen können soll. Hier fehlt es teilweise schon an der konkreten Bezeichnung eines bestimmten Beweismittels (aa.). Im Übrigen ist die Konnexität zwischen der behaupteten Tatsache und dem Beweismittel nicht dargetan (bb.).
>
> aa.) Der Wortlaut des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO, wonach ein Beweisantrag voraussetzt, dass der Antragsteller eine bestimmte Tatsache konkret behaupten muss, belegt, dass der Gesetzgeber der präzisen Formulierung der Beweistatsache besonders hohes Gewicht beimisst. Die Tatsache muss generell geeignet sein, in ihrem im Beweisantrag enthaltenen Wortlaut zur Urteilsgrundlage zu werden, also als Teil der Feststellungen in den Urteilssachverhalt einzugehen oder zumindest als Indiztatsache Grundlage einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung zu werden (Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 167).
>
> Der Gesetzgeber normiert damit hinsichtlich der Konkretisierung der Beweisbehauptung ein Optimierungsgebot. Es hält im Fall des Sachverständigenbeweises den um den Nachweis wissenschaftlicher Erfahrungssätze bemühten Antragsteller dazu an, möglichst genau zu beschreiben, welche Umstände in Kombination mit bestimmten Erfahrungssätzen darauf fußende Schlussfolgerungen nahelegen oder ausschließen. Die Mahnung, dass gerade bei Anträgen auf Anhörung eines Sachverständigen keine überspannten Anforderungen an die Formulierung einer Beweisbehauptung gestellt dürfen, da der Antragsteller vielfach nicht in der Lage sei, die seinem Beweisziel zugrundeliegenden Vorgänge und Zustände exakt zu bezeichnen (BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - 3 StR 516/14 –, NStZ 2016, 116 sowie Beschluss vom 10. April 2019 - 4 StR 25/19 –, NStZ 2019, 628), befreit den Antragsteller nicht davon, Aufwand für Recherche und Überlegung zu betreiben. Sie ist kein 'Freibrief für liederliche Antragsabfas-

sung' (Ventzke in NStZ 2019, 629 (630)).

Danach gilt vorliegend Folgendes: In der Antragsbegründung wird präzisiert, welche Wahrnehmung ein durchschnittlicher Betrachter dieser Bilder auf den ersten Blick machen soll. Damit kann dem Antrag im Wege der Auslegung die Behauptung einer konkreten Tatsache, in diesem Fall innerpsychische Vorgänge oder Gegebenheiten (vgl. Krehl in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 69) mit potentieller Bedeutung für die Schuldfrage, entnommen werden. Denn ein pornographischer Inhalt zeichnet sich wesentlich dadurch aus, in seiner Gesamttendenz ausschließlich oder überwiegend auf sexuelle Stimulation angelegt zu sein (Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184 Rn. 8 m. w. N.). Hingegen fehlt es dem Antrag, soweit er auf den Nachweis „anderer als sexueller Empfindungen" gerichtet ist, an der bestimmten Behauptung einer konkreten Tatsache. Denn diese Wendung umschreibt - auch unter Berücksichtigung der Antragsbegründung - nur das mit der Beweiserhebung verfolgte Ziel. Welche Empfindungen hier genau entstehen, ist nicht bestimmt mitgeteilt. Stattdessen werden nur Mutmaßungen in verschiedenste Richtungen („unsittlich, anstößig, Ekel erregend, lustig") angestellt, die ihrerseits zumindest in Teilen Wertungscharakter tragen.

bb.) Die Angabe eines bestimmten Beweismittels verlangt beim Antrag auf Anhörung eines Sachverständigen schon mit Blick auf die Auswahlbefugnis des Gerichts gemäß § 73 Abs. 1 StPO nicht die Angabe eines ganz bestimmten Sachverständigen (allgemeine Ansicht, vgl. Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. (2022), § 244 Rn. 21). Grundsätzlich ist auch die ausdrückliche Angabe des Fachgebietes nicht erforderlich, da sich dieses ohne weiteres aus der Angabe der Beweistatsache oder des Beweisziels ergibt (KK/Krehl, a.a.O, Rn. 80; abweichend Hamm/Pauly, Rn. 153). Hieran schließt das Konnexitätserfordernis in § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO an. Dieses verlangt, dass dem Antrag nachvollziehbar zu entnehmen sein muss, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll. Einer ausdrücklichen Darlegung hierzu bedarf es indes nicht, wenn sich - wie dies bei Anträgen auf Anhörung eines Sachverständigen häufig der Fall ist - der erforderliche Zusammenhang von selbst versteht (BGH, Beschluss vom 15. Januar 2014 - 1 StR 379/13 –, NStZ 2014, 282 (283); KK/Krehl, a.a.O., Rn. 83; Schmitt, a.a.O., Rn. 21b).

Die hier zu entscheidende Konstellation liegt jedoch anders. Denn die vom Antragsteller behaupteten Empfindungen und Wahrnehmungen können die Expertise ganz unterschiedlicher Fachgebiete betreffen. Dies zeigt schon der Stand von Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung des Pornographiebegriffs. So wurden in dem dem „Opus Pistorum"-Urteil des BGH vom 21. Juni 1990 (1 StR 477/89 - BGHSt 37, 55) zugrundeliegenden Fall gleich mehrere Literatursachverständige angehört. Frommel bezieht sich auf die Erkenntnisse von Lernforschern sowie Medien- und Kommunikationswissenschaftlern (NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 184e Rn. 8). Laue (in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 184 StGB Rn. 5) sieht ein Erfordernis, den schädigenden Einfluss auf Kinder und Jugendliche zu klären, was einer gutachtlichen Prüfung bedürfe. Unschwer ist somit denkbar, dass hier fachspezifische Kenntnisse aus dem Bereich der Psychologie, anderer Kulturwissenschaften (vgl. etwa LK/Laufhütte/Roggenbuck, 12. Aufl. (2009), § 184 Rn. 11: „Künstlerisch vorgebildete Menschen"; ebenso Hörnle in: Münchner Kommentar zum StGB, 4. Aufl. (2021), § 184 Rn. 26) oder medizinischer Disziplinen (Sexualmedizin, Neurologie, Psychiatrie) von Belang sein können.

Spricht also die dem Beweisantrag zugrundeliegende Thematik somit eine Fülle unterschiedlicher Fachgebiete an, von denen nicht eines von vorne herein klar im Vordergrund steht, so gebietet es das Konnexitätserfordernis, im Beweisantrag Darlegungen zum Fachgebiet des Sachverständigen anzubringen, dessen Anhörung der An-

tragsteller wünscht. Denn anderenfalls ist dem Gericht die sinnvolle Prüfung des Ablehnungsgrundes der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels nicht möglich (BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - 5 StR 38/08 - BGHSt 52, 284 (288); Schmitt, a.a.O., Rn. 21; Bachler in: BeckOK-StPO, 46. Edition (Stand 1. Januar 2023), § 244 Rn. 25). An solchen Ausführungen fehlt es in dem Antrag.

c.) Daher war das Begehren als Beweisermittlungsantrag zu behandeln. Dessen Ablehnung ist vom Revisionsgericht unter dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu prüfen. Hiernach erweist sich die Rüge als unzulässig, da die Revisionsbegründung weder vorträgt, welche konkreten Ergebnisse das Gutachten des Sachverständigen erbracht hätte, noch, aufgrund welcher Umstände und Vorgänge sich die Strafkammer zu dieser Beweiserhebung gedrängt sehen musste (BGH, Urteil vom 15. September 1998 - 5 StR 145/98 –, NStZ 1999, 45 (46); vgl. KK/Krehl, a.a.O., Rn. 216 m. w. N.). Dies gilt umso mehr, als die in der Revisionsbegründung angeführte Kommentierung (Hörnle, a.a.O.) zur Anhörung eines Sachverständigen in derartigen Fällen ausdrücklich hervorhebt: 'Notwendig ist dies jedoch regelmäßig nicht.' ..."[25]

System der gesetzlichen Ablehnungsgründe

Im Zusammenhang mit den nachfolgend zu behandelnden Ablehnungsgründen hat sich durch die am 13.12.2019 in Kraft getretene Neuregelung im Kern nichts geändert. Den eigentlichen Ablehnungsgrund der „Prozessverschleppung" gibt es in der bisher bekannten Art und Weise nicht mehr, weil es auf eine objektive Verfahrensverzögerung nicht ankommen soll. Stattdessen werden den in diese Richtung gehenden Beweisanträge nicht mehr als solche behandelt. Diesen wird die Antragsqualität nach Maßgabe des § 244 VI gänzlich abgesprochen.[26]

Offenkundige Überflüssigkeit - § 244 III 3 Nr. 1 StPO

Über offenkundige Tatsachen müssen keine Beweise erhoben werden. Das gilt für Tatsachen, die behauptet werden, um eine angeklagte Person zu entlasten. über eine entlastende Tatsache muss ebenso kein Beweis erhoben werden, wenn das Gegenteil der behaupteten Tatsache wegen Offenkundigkeit[27] feststeht.

„... Offenkundige Tatsachen - in der Form allgemeinkundiger oder gerichtskundiger Tatsachen - können strafprozessual bei der Urteilsfindung wie auch bei Erlass eines Strafbefehls als Entscheidungsgrundlage grundsätzlich herangezogen werden (vgl. BGHSt 6, 292 f.; Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2001, § 244 Rn. 227 ff.). Die Gerichts- bzw. Allgemeinkundigkeit einer bestimmten Tatsache hat verfahrensrechtlich zur Folge, dass deren Beweisbedürftigkeit mittels des Kanons der strafprozessualen Beweismittel entfällt. Nicht entbehrlich bleibt indes die erkennbare Einbeziehung der allgemein- bzw. gerichtskundigen Tatsache in das Strafverfahren (vgl. BGHSt 6, 292, 295 f.; Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2001, § 244 Rn. 234; Graul, Systematische Untersuchungen zur Offenkundigkeit im Strafprozess, 1996, S. 291 ff. m.w.N.). Diese gebietet verfassungsrechtlich bereits die Garantie rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 10, 177 <183>; 12, 110 <112 f.>; 48, 206 <209>). Der Beschuldigte eines Strafverfahrens muss jedenfalls die Möglichkeit besitzen, sich zu der für allgemein- bzw. gerichtskundig erachteten Tatsache zu äußern und die Annahme ihrer Offenkundigkeit gegebenenfalls zu entkräften. Reicht in der mündlichen Verhandlung für die Einführung einer allgemein- bzw. gerichtskundigen Tatsache ein entsprechender Hinweis des Vorsitzenden grundsätzlich aus, be-

25 OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.01.2023 - 1 Rv 24 Ss 919/22
26 Schork, a.a.O., 3, 4
27 BGH, Urteil vom 14. 07.1954 - 6 StR 180/54 –, BGHSt 6, 292-297 zum Begriff der Offenkundigkeit: siehe auch Leeb, Richterliches „Googeln" nur mit Hinweis, jurisPR-ITR 8/2022 Anm. 4

> darf es im Strafbefehlsverfahren jedenfalls eines Anhaltspunktes im Strafbefehl selbst, dass eine bestimmte allgemeinkundige Tatsache zum Gegenstand der Entscheidungsfindung bei seinem Erlass gemacht worden ist.[28] ...“

Der Rechtsprechung und der darauf beruhenden Literatur kann entnommen werden, dass es zwei verschiedene Arten offenkundiger Tatsachen gibt. Unterschieden wird zwischen

- allgemeinkundigen und
- gerichtskundigen

Tatsachen.

Um die Brisanz der Begrifflichkeit zum Ausdruck zu bringen, ist darauf aufmerksam zu machen, dass beispielhaft im Bereich des Maßregelvollzugsrecht nichts allgemein- und/oder gerichtskundig ist, was gegen einen weiteren Freiheitsentzug von nach § 63 StGB Untergebrachten oder Sicherungsverwahrten sprechen könnte. Namentlich sind das folgende Tatsachen:

- Unzureichende personelle Ausstattung von forensischen Psychiatrien,
- unzureichende personelle Ausstattung der SV-Abteilungen der JVAs,
- Gefährlichkeit der Behandlung mit Neuroleptika für Leib und Leben, vor allem wenn eine solche über mehr als zwei bis vier Wochen erfolgt,
- Unzulänglichkeit der Gefährlichkeitsprognosen,
- das Fehlen unabhängiger Sachverständiger usw.

Diese Umstände werden trotz der bestehenden Amtsaufklärungspflicht nicht - besser niemals - von Amts wegen aufgeklärt.

Im Gegensatz dazu ist die Tatsache, dass die PKK eine terroristische Vereinigung ist, eine zumindest gerichtskundige Tatsache, die in Verfahren gegen Kurdinnen und Kurden als solche behandelt wird. Dass europäische Gerichte[29] nach umfangreichen Beweisaufnahmen dazu gegenteilige tatsächliche Feststellungen getroffen haben, spielt im Geltungsbereich der StPO dagegen keine Rolle.

Allgemeinkundigkeit

Tatsachen und Erfahrungssätze, von denen verständige und erfahrene Menschen regelmäßig ohne weiteres Kenntnis haben oder über die sie sich - ohne besondere Fachkenntnisse - aus allgemein zugänglichen zuverlässigen Quellen unterrichten können.

> „... Zu den offenkundigen Tatsachen, die keines Beweises bedürfen, gehören neben den gerichtskundigen auch die allgemeinkundigen Tatsachen. Hierunter werden Tatsachen verstanden, von denen verständige und erfahrene Menschen regelmäßig ohne weiteres Kenntnis haben oder von denen sie sich durch Benutzung allgemein zugänglicher, zuverlässiger Quellen unschwer überzeugen können. Darüber, wie weit solche Tatsachen ausdrücklich zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden

28 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 14.09.2006 - 2 BvR 123/06

29 Berufungsgerichtshof Brüssel, Urteil vom 08.03.2019 - 2019/939 - bestätigt vom belgischen Revisionsgericht 28.01.2020

müssen, gehen die Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum auseinander. ...“[30]

Die Quellen müssen allgemein zugänglich sein:

„... Offenkundig im Sinne von § 203 StGB sind solche Tatsachen, von denen verständige und erfahrene Menschen ohne weiteres Kenntnis haben oder von denen sie sich jederzeit durch Benutzung allgemein zugänglicher, zuverlässiger Quellen unschwer überzeugen können (Regierungsentwurf EGStGB BTDrucks. 7/550 S. 242). Für die hier vorliegende Fallgestaltung kommt es entscheidend darauf an, ob die Fahrzeugregister als "allgemein zugängliche Quellen" einzustufen sind. Das ist zu verneinen. Allgemein zugänglich sind Zeitschriften, Bibliotheken, Adreß- und Telefonbücher etc.. Öffentliche Register gehören dann nicht zu den allgemein zugänglichen Quellen, wenn die Einsichtnahme von einem berechtigten Interesse abhängig ist (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 7. Aufl., 2002, § 28 Rdn. 45; Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., 1993, § 28 Rdn. 24 m.Nachw. dort Fn. 51; Däubler/Klebe/Wedde, BDSG, 1996, § 29 Rdn. 22). Das belegt auch § 10 Abs. 5 Satz 2 BDSG in der Fassung aufgrund der Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vom 18. Mai 2001 (BGBl. I 2001, S. 904). Danach sind solche Daten allgemein zugänglich, die jedermann, sei es ohne oder nach vorheriger Anmeldung, Zulassung oder Entrichtung eines Entgelts nutzen kann. Dabei ging der Gesetzgeber davon aus, daß Bedeutungsunterschiede zwischen den Begriffen "Offenkundigkeit", "allgemein zugänglichen Daten" und "Daten aus allgemein zugänglichen Quellen" nicht bestehen. Insoweit sollte eine Vereinheitlichung des Sprachgebrauches erreicht werden (vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Innenausschusses zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung BTDrucks. 14/5793 S.64). Voraussetzung für allgemeine Zugänglichkeit eines öffentlichen Registers ist das Fehlen von Einschränkungen der Benutzbarkeit desselben (vgl. Ambs in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Dezember 2001, BDSG, § 10 Rdn. 5). Mit dem Sprachgebrauch wäre es nicht vereinbar, solche öffentlichen Register als "allgemein zugänglich" einzuordnen, auf die der Informationsbedürftige - von Öffnungszeiten, Gebühren, Anmeldung usw. abgesehen - nicht uneingeschränkt zugreifen kann. Eine solche Einschränkung liegt aber vor, wenn - wie im Falle der Fahrzeugregister - die Benutzung von der Darlegung eines besonderen Interesses abhängt. Bei den Fahrzeugregistern kommt hinzu, daß es - die Darlegung der Anforderungen des § 39 Abs. 1 StVG durch den Informationsbedürftigen vorausgesetzt - diesem nicht in seiner Gesamtheit zur Verfügung steht, sondern nur einzelne Informationen hieraus mitgeteilt werden. Im übrigen unterliegt die Übermittlung von Daten aus dem Fahrzeugregister weitergehenden Beschränkungen bis hin zur Übermittlungssperre. Die darin zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers spricht ebenfalls dagegen, die Fahrzeugregister als allgemein zugängliche Quellen anzusehen. …“[31]

Als solche jederzeit nutzbare Quellen werden angesehen:

- Zeitungen,
- Hör- und Fernsehfunk,
- Geschichtsbücher,
- Naturvorgänge,
- Daten,
- geographische Verhältnisse,
- geschichtlich erwiesene Tatsachen u.a.[32]

30 BVerfG, Beschluss vom 03.11.1959 - 1 BvR 13/59 -, BVerfGE 10, 177-185, 183
31 BGH, Urteil vom 08.10.2002 - 1 StR 150/02 - , BGHSt 48, 28-33
32 BGH, Urteil vom 08.10.2002 - 1 StR 150/02 - , BGHSt 48, 28-33; BGH, Urteil vom 15.03.1994 - 1 StR

"... Die Strafkammer hat entgegen der Auffassung der Revision den Begriff der Offenkundigkeit nicht verkannt. Zu Recht hat sie angenommen, der Massenmord an den Juden, begangen vor allem in den Gaskammern von Konzentrationslagern während des 2. Weltkrieges, sei als geschichtliche Tatsache offenkundig; eine Beweiserhebung darüber sei deshalb überflüssig (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO). Das Landgericht befindet sich damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1993, 916, 917), des Bundesgerichtshofes (BGHZ 75, 160, 162 = NJW 1980, 45; NStZ 1981, 258; BGHSt 31, 226, 231 f.; Urt. vom 11. November 1976 - 2 StR 508/76) und der Oberlandesgerichte (vgl. OLG Schleswig MDR 1978, 333; OLG Köln NJW 1981, 1280, 1281; OLG Celle NJW 1982, 1545). Der Senat hat keinen Anlaß, von dieser gefestigten Rechtsprechung, die er zuletzt mit Beschluß vom 16. November 1993 - 1 StR 193/93 (NStZ 1994, 140) bestätigt hat, abzuweichen. Der Beweisantrag vom 13. November 1992 zielte letztlich auf die Widerlegung dieser offenkundigen Tatsache ab. Die in der Revisionsverhandlung geäußerte Auffassung des Verteidigers, Gegenstand der beantragten Beweiserhebung sei nur die Beschaffenheit einzelner Gebäude gewesen, die Tatsache der massenhaften Ermordung von Juden sollte dagegen nicht in Zweifel gezogen werden, trifft nach dem erkennbaren Sinn des Beweisantrages nicht zu; denn sowohl dem Referenten Fred Leuchter als auch dem Angeklagten selbst ging und geht es darum, eben diesen, von ihnen als 'Gaskammerlüge', 'Auschwitzmythos' u.ä. bezeichneten Massenmord zu leugnen. Die Strafkammer hat daher die Ablehnung zutreffend auf die Vorschrift des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützt. ..."[33]

Zum Internet:

„... Bei der schon vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorhandenen Tatsache der staatlichen Anerkennung der privaten Universität Witten/Herdecke handelt es sich um eine offenkundige Tatsache in Form einer allgemeinkundigen Tatsache, dh. einer solchen, die in einem größeren oder kleineren Bezirk einer beliebig großen Menge von Personen bekannt ist oder wahrnehmbar war und über die man sich aus zuverlässigen Quellen ohne besondere Fachkunde unterrichten kann, wie etwa die in den Medien berichteten Ereignisse der Zeitgeschichte oder Inhalte des allgemein zugänglichen Internets (vgl. BGH 7. Mai 2020 - IX ZB 84/19 - Rn. 15; Musielak/Voit/Huber ZPO 18. Aufl. § 291 Rn. 1). In der Bevölkerung ist die staatliche Anerkennung der privaten Universität Witten/Herdecke allgemein bekannt, Medizinstudenten legen dort Examen ab, die sie zum Praktizieren als Arzt in Deutschland berechtigen. Die Universität selbst weist auf ihrer Homepage auf die unbefristete staatliche Anerkennung durch das Wissenschaftsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen hin. Zur staatlichen Anerkennung hat die Beklagte in der Revisionsinstanz vorgetragen, womit die offenkundige Tatsache in den Prozess eingeführt worden ist (zur Erforderlichkeit dessen vgl. Zöller/Greger ZPO 34. Aufl. § 291 Rn. 3). Daher kann der Senat die Offenkundigkeit selbst bejahen; er ist nicht verpflichtet, zur Feststellung dieser Tatsache die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. ..."[34]

Instruktiv und teilweise umstritten dazu noch:

„... Zutreffend gibt die Rechtsbeschwerde den Zeitpunkt des Sonnenaufgangs für den TT.MM.2019 mit 8:44 Uhr an. Der Senat hat diese Angabe durch eine Recherche

179/93 –, BGHSt 40, 97, 99

33 BGH, Urteil vom 15.03.1994 - 1 StR 179/93 –, BGHSt 40, 97, 99

34 BAG, Urteil vom 19.01.2022 - 5 AZR 217/21

> auf der Internetseite "sunrisesunset" nachvollzogen. Hierzu war er berechtigt, weil allgemeinkundige Tatsachen der Kenntnisnahme durch das Rechtsbeschwerdegericht offenstehen, ohne dass es ihrer Darlegung im tatrichterlichen Urteil bedarf (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.01.2021, IV-2 RBs 191/20, juris, dort zu bei Google Maps oder Google Earth abrufbaren Luftbildaufnahmen). Allgemeinkundig können u.a. Naturvorgänge sein (Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO 63. Aufl. § 244 RN 51). Auf der vorgenannten Internetseite lässt sich durch Eingabe der Örtlichkeit (der Senat hat das in der unmittelbaren Nähe zum Tatort gelegene (…) gewählt) und des Datums ermitteln, zu welchen Zeiten die Dämmerung eingesetzt hat. Bezogen auf den Tattag dauerte die astronomische Morgendämmerung von 6:32 bis 7:15 Uhr und die nautische Morgendämmerung von 7:15 bis 8:01 Uhr. Ab 8:01 Uhr setzte dann die bürgerliche Morgendämmerung ein. D. h. die Tatzeit (7:50 Uhr) lag zeitnah zum Ende der nautischen Morgendämmerung. Das bedeutet, dass es keineswegs vollständig dunkel war, so dass die Angabe der Zeugin plausibel ist und das darauf gestützte Urteil des Amtsgerichtes nicht gegen gesicherte Erfahrungssätze verstößt. ..."[35]

Zum Lehrbuchwissen:

> „... Diese möglichen Nebenwirkungen des Medikaments Diazepam hätte die Strafkammer erörtern müssen. Daß sie dies nicht getan hat, stellt einen im übrigen bereits auf die Sachrüge hin zu beachtenden Verstoß gegen § 261 StPO dar. § 261 StPO verpflichtet nämlich den Tatrichter, den relevanten Beweisstoff vollständig und zutreffend darzulegen und in seine Würdigung einzubeziehen (vgl. Herdegen, StV 1992, 590, 592, 595; Senat, Beschluß vom 10.09.1998 - 3 Ss 820/98 OLG Hamm). Das Gebot, bei der Beweiswürdigung nur aus dem Inbegriff der Verhandlung zu schöpfen (§ 261 StPO), verlangt von dem Tatrichter, den gesamten indiziellen und kontraindiziellen, Beweisgründe liefernden Beweisstoff zu berücksichtigen, der Gegenstand der Verhandlung war und verwertet werden darf (Herdegen, a.a.O.; Senat, a.a.O.). Insoweit ergibt sich aus § 261 StPO, daß der Tatrichter den festgestellten Sachverhalt, soweit er bestimmte Schlüsse zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten nahelegt, erschöpfend zu würdigen hat. Diese erschöpfende Würdigung hat er in den Urteilsgründen darzulegen (Herdegen, a.a.O.; BGH, NJW 1980, 2423; Senat, a.a.O.). Zu dem so zu verwertenden Beweisstoff gehören auch allgemeinkundige naturwissenschaftliche Erfahrungssätze und Erkenntnisse (Senat, a.a.O.; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rdnr. 914). Solche allgemeinkundige naturwissenschaftliche Erfahrungssätze und Erkenntnisse sind insbesondere aber wiederum die Nebenwirkungen des Wirkstoffes Diazepam, über die die Strafkammer sich aus allgemein zugänglichen und zuverlässigen Quellen - etwa den oben zitierten pharmakologischen Schriften - ohne besondere Fachkunde sicher unterrichten konnte. ..."[36]

Die zitierten Entscheidungen werfen viele weitere Fragen auf. U.a. geht es darum, Grenzen zu ziehen. Zu erörtern ist, ob die Allgemeinkundigkeit umstrittene Tatsachen umfasst.[37] In Betracht käme, nur unstreitige Tatsachen als allgemeinkundig zu behandeln. Diese Diskussionen werden nicht geführt. Handhabbare gesetzliche Vorgaben fehlen. So steht wie so oft im Strafprozessrecht die Gefahr im Raum, dass all dies nahe an der Grenze zur Willkür und stets sowie im Zweifel zum Nachteil von Angeklagten behandelt wird.

35 OLG Oldenburg, Beschluss vom 20.04.2021 - 2 Ss (OWi) 88/21; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.01.2021 - IV-2 RBs 191/20 zu Google Maps oder Google Earth

36 OLG Hamm, Beschluss vom 26.11.1998 - 3 Ss 1117/98 zu pharmakologischen Schriften

37 Zumeist umstritten sind historische Tatsachen, tagesaktuelle Tatsachen u.a. im Zusammenhang mit kriegerischen Tatsachen, durch Propaganda lancierte Tatsachen, medizinische, pharmakologische und wissenschaftliche Tatsachen, an deren Verbreitung oder Verdunkelung große Konzerne interessiert sind u.v.a.

Gänzlich offen gelassen wird, was „zuverlässige Quellen“ sein sollen und wer dies schließlich bewertet.[38]

Gerichtskundigkeit

Nicht ungefährlicher als die Allgemeinkundigkeit ist die Zurückweisung von Beweisanträgen mit der Begründung, Gegenstand eines Beweisantrages seien gerichtskundige Tatsachen und Erfahrungssätze. Flankiert wird die Konstruktion eines solchen Zurückweisungsgrundes mit der unterstellten Annahme, der Tatrichter habe solche Tatsachen im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit „zuverlässig“ in Erfahrung gebracht.

Dazu gilt, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs Gerichte dazu verpflichtet, gerichtskundige Tatsachen zum Gegenstand der Verhandlung zu machen:[39]

> „... An dieser Anhörungspflicht ändert es nichts, daß das Oberlandesgericht die Tatsache der Durchsetzung aller größeren Behörden mit Verbindungsleuten der NSDAP als 'gerichtskundig' bezeichnet. Gerichtskundig sind Tatsachen, die dem Richter kraft seines Amtes, z. B. aus früheren Prozessen, bekannt geworden sind. Die Gerichtskundigkeit ist ein Unterfall der Offenkundigkeit. Nach § 291 ZPO, der für das Wiedergutmachungsverfahren sinngemäß anzuwenden ist <§ 209 Abs. 1 BEG>, bedürfen offenkundige Tatsachen keines Beweises. Die Frage, ob Beweis erhoben werden muß, hat aber mit der Frage, ob eine Tatsache verwertet werden darf, nichts zu tun; daß eine Tatsache gerichtskundig ist, enthebt das Gericht nicht der Pflicht, die ihm bekannte Tatsache, wenn es sie verwerten will, in den Prozeß einzuführen. ...“[40]

Das gilt nach wie vor.[41] Das Tatgericht muss, wenn es seiner Überzeugungsbildung „offenkundige“ bzw. „gerichtskundige“ Tatsachen zugrunde legen will, zu denen es in der Hauptverhandlung keinen Beweis erhebt, in der Hauptverhandlung darauf hinweisen und erörtern, welche Tatsachen es aus welchem Grund als offenkundig zu behandeln gedenkt.[42]

Die Behandlung von Tatsachen als gerichtskundig ist stets einer kritischen Bewertung zu unterziehen. Bedenken können sich erneut u.a. wegen der anzulegenden Maßstäbe ergeben:

> „... Durch die Annahme einer Tatsache als offenkundig darf der Grundsatz, dass der Inbegriff der Hauptverhandlung die Grundlage der Feststellungen zu bilden hat, in seinem wesentlichen Inhalt nicht angetastet werden; an seine Stelle darf kein mit den Vorschriften der StPO unvereinbares schriftliches Verfahren treten (BGH, Urteile vom 14. Juli 1954 - 6 StR 180/54, BGHSt 6, 292, 294 f.; vom 9. Dezember 1999 - 5 StR 312/99, BGHSt 45, 354, 358). Grenzen ergeben sich insoweit vor allem aus der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO (BGH, Urteil vom 14. Juli 1954 - 6 StR 180/54, BGHSt 6, 292, 294 f.; Beschluss vom 29. Januar 1975 - KRB 4/74, BGHSt 26, 56, 61; MüKoStPO/Miebach, § 261 Rn. 27; Buschhorn aaO, S. 129 ff.). Gegen die Behandlung

38 Zeitungen: BILD-Zeitung; Fernsehen: staatliche Sender ARD und ZDF, private Sender: die zum Bertelsmann-Konzern gehörende RTL Group; sollen das etwa zuverlässige Quellen sein?
39 BVerfG, Beschluss vom 03.11.1959 - 1 BvR 13/59 –, BVerfGE 10, 177-185
40 BVerfG, Beschluss vom 03.11.1959 - 1 BvR 13/59 –, BVerfGE 10, 177-185
41 BGH, Urteil vom 17.05.2018 - 3 StR 508/17
42 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.01.2021 - 2 Rb 34 Ss 566/20 zur Aushebelung der Anhörungspflicht im Bußgeldverfahren unter Missachtung des Inbegriffsgrundsatzes nach § 261 StPO

> der Tatsachen, die die Merkmale einer terroristischen Vereinigung ausfüllen können, als gerichtskundig spricht über die genannten Bedenken gegen die Behandlung als allgemeinkundig hinaus, dass allein gerichtskundigen Tatsachen die für die Bestimmung des Wahrheitsgehalts bedeutsame Indizwirkung der von einer unbestimmten Vielzahl von Menschen geteilten Allgemeinkundigkeit fehlt; dies legt bei der Behandlung einer unmittelbar beweiserheblichen Tatsache unter Verzicht auf eine förmliche Beweiserhebung als gerichtskundig eine Verletzung der Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO nahe (vgl. Buschhorn aaO, S. 148 f.; ablehnend zur Behandlung von Tatbestandsmerkmalen als gerichtskundig auch LR/Becker aaO, § 244 Rn. 210; insgesamt kritisch zur Gleichbehandlung von allgemeinkundigen und nur gerichtskundigen Tatsachen MüKoStPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 222 ff. mwN). ..."[43]

Die Versuche, Tatsachen als gerichtskundig zu behandeln, reichen weit. Diesen muss entschieden entgegen getreten werden. Besonders gilt das für Aussageinhalte der in einer früheren Hauptverhandlung vernommenen Prozessbeteiligten. Solchen Verlockungen trat der BGH - zum Glück - entgegen:

> Soweit das Landgericht sein Verhalten am Leitsatz der Entscheidung BGHSt 39, 239 ausgerichtet hat, verkennt es, daß diesem Urteil ein vom vorliegenden Fall deutlich abweichender Sachverhalt zugrundelag. Die vom 3. Strafsenat seinerzeit zu beurteilende dienstliche Erklärung des Vorsitzenden betraf eine kurze Information, die ihm außerhalb der laufenden Hauptverhandlung "aufgedrängt" worden war, bevor er das Gespräch abbrechen und den Informanten auf eine Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung verweisen konnte. Es kann dahinstehen, ob eine solche leicht überschaubare Information, wie vom 3. Strafsenat in einer die Entscheidung nicht tragenden Erwägung ausgeführt, im Wege einer dienstlichen Erklärung in das Verfahren eingeführt und der Beweiswürdigung zugrundegelegt werden darf, etwa weil insoweit eine "besondere Form der Gerichtskundigkeit" (vgl. dazu BGHSt 44, 4, 10 m.w.N.) angenommen werden kann. Aussageinhalte der in einer früheren Hauptverhandlung vernommenen Prozeßbeteiligten können jedenfalls nicht als gerichtskundig behandelt werden (Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 550 f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO 3. Aufl. Rdn. 28; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 244 Rdn. 230; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 244 Rdn. 52), da es sich insoweit um Beweisergebnisse handelt, die auf komplexen, ausschließlich auf den Einzelfall bezogenen Wahrnehmungen des Richters beruhen (vgl. BGHSt 45, 354, 359).[44]

Gerichtskundige Tatsachen müssen „zuverlässig" in Erfahrung gebracht worden sein. Wann das der Fall sein soll, ist unbestimmt. Dazu:

> „ … Gerichtskundig sind Tatsachen und Erfahrungssätze, die der Richter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat (zum Ganzen: Meyer-Goßner / Schmitt, StPO-Komm., 60. Aufl., 2017, § 244 Rz. 50-52 u. § 245 Rz. 24 mwN). ... Es können dabei nur solche Erkenntnisse zugrunde gelegt werden, die durch zuverlässige Urkunden oder andere zuverlässige sachliche Beweismittel, wie etwa Lichtbilder von eindeutigen Einbruchsspuren im Falle eines Einbruchsdiebstahls, belegt sind oder für die sich auf andere Art eine vergleichbar gesicherte Beweislage den Akten entnehmen lässt. Etwa wenn ein schriftliches Geständnis vorliegt oder unabhängig voneinander übereinstimmende Bekundungen von zwei oder mehr Zeugen über die maßgeblichen Geschehnisse dokumentiert sind und kein Grund zur der Annahme besteht, dass die Zeugen falsche Angaben gemacht ha-

43 BGH, Urteil vom 17.05.2018 - 3 StR 508/17
44 BGH, Urteil vom 22.03.2002 - 4 StR 485/01 -, BGHSt 47, 270-275

> ben könnten. ...“[45]

Ähnlich unkonkret zur Quellenzuverlässigkeit:

> „ … Gerichtskundigkeit erfasst, sowohl auf Tatsachen als auch auf Erfahrungssätze beziehen. Bei letzteren handelt es sich insbesondere um allgemeine Regeln, die für alle vergleichbaren Fälle Gültigkeit beanspruchen und deren Anwendung es erst ermöglichen soll, bestimmte Tatsachen zu erschließen (vgl. Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl., 1983, S. 552). Solche Erfahrungssätze sind gerichtsbekannt, wenn sie der Richter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit - auch in anderen Verfahren - zuverlässig in Erfahrung gebracht hat (BVerfGE 10, 177, 183; BGHSt 6, 292, 293). ...“[46]

Der Begriff der Gerichtskundigkeit wird verkannt, wenn etwa privates Wissen berücksichtigt wird.[47]

Bedeutungslosigkeit - § 244 III 3 Nr. 2 StPO[48]

Die Bedeutungslosigkeit einer unter Beweis gestellten Entlastungstatsache wird gerne von Tatgerichten angeführt, um eine ohnehin als unfähig eingestufte Verteidigung zu desavouieren. Laxe Beschlüsse wie der nachfolgend zitierte kommen in der Praxis nicht selten, sondern leider viel zu oft vor:

> „Im Übrigen ist die behauptete Beweistatsache für das vorliegende Verfahren bedeutungslos gemäß § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO. Bedeutungslos ist eine Indiztatsache für die Entscheidung, wenn sie in keinerlei Zusammenhang zum Gegenstand der Urteilsfindung steht. Dies ist vorliegend der Fall.“[49]

Warum dem abgelehnten Beweisantrag der Sachzusammenhang mit dem Gegenstand der Urteilsfindung fehlte, wird wie so oft in vergleichbaren ablehnenden Beschlüssen nicht dargelegt (§§ 244 VI 1, 34 StPO - Ablehnung aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen - welche Gründe überhaupt?[50]).

Grundsätze:

> „ … Für die zu treffende Entscheidung ohne Bedeutung ist eine Tatsache nur dann, wenn ein Zusammenhang zwischen ihr und der abzuurteilenden Tat nicht besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs nicht geeignet ist, die Entscheidung irgendwie zu beeinflussen (BGHR StPO § 244 III S. 2 Bedeutungslosigkeit 22).[51] …

45 LG Rostock, Beschluss vom 09.04.2018 - Qs 32/18 (3)

46 BVerwG, Urteil vom 28.08.2001 - 1 D 57/00 - zu Beweisantrag in einem disziplinargerichtlichen Verfahren

47 LG Rostock, Beschluss vom 09.04.2018 - Qs 32/18 (3), StV 1983, 451-452; vertiefend zur Gerichtskundigkeit: Hiegert, Die Sphäre der Offenkundigkeit in der Strafprozeßordnung - Die Offenkundigkeit als Beweisablehnungsgrund, als von Amts wegen zu beachtender Umstand und als Prüfungskriterium bei der Überzeugungsbildung - Europäische Hochschulschriften Reihe 2 Rechtswissenschaft, Bd 771, Dissertation, 1989

48 Neue Entscheidungen des BGH nach Inkrafttreten der Neureglung des § 244 StPO am 19.12.2019 gibt es, soweit dies ersichtlich ist, noch nicht.

49 AG Kirchheim, Beschluss vom 15.12.2021 - 13 Cs 501 Js 31212/20 - Ablehnung von sechs Beweisanträgen wegen Bedeutungslosigkeit ohne nähere Darlegungen in einem politischen Verfahren

50 BGH, Urteil vom 02.12.2009 - 2 StR 363/09 zu den Begründungsanforderungen - Standardfehler nach Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 85 zu § 244

51 BGH, Beschluss vom 30.07.1999 - 3 StR 272/99

Bedeutungslos im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist allerdings eine Beweistatsache schon dann, wenn selbst ihre Bestätigung keinen Einfluß auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt haben könnte (BGH NJW 1953, 35, 36; BGH GA 1964, 77; BGH, Urteil vom 26. März 1981 - 4 StR 110/81; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 23. Aufl. § 244 Rdn. 192). ..."[52]

Ein weiteres Beispiel:

„ … Der Verteidiger des Angeklagten stellte in der Hauptverhandlung vom 27. September 2022 einen **Antrag auf Einvernahme des rechtskräftig verurteilten - potenziellen - Mittäters Ü. zum Beweis der Tatsache, 'dass er [Ü.] ausschließlich an den gesondert verfolgten J. Drogen verkauft und ausschließlich mit ihm Absprachen gehalten und ausschließlich mit J. eine geschäftliche Beziehung hatte'** (Anm.: einstweilen erfolgreich). Der Antrag war damit begründet, dass dem Angeklagten bandenmäßiges Handeltreiben mit den gesondert verfolgten J. und Ü. vorgeworfen werde und dem inzwischen rechtskräftig verurteilten Ü. in dieser Sache kein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zustehe. Das Landgericht hat den Beweisantrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass es ohne Bedeutung sei, ob der rechtskräftig verurteilte Ü. ausschließlich an den gesondert verfolgten J. Drogen verkauft habe. Es gehe vorliegend darum, ob Ü. , J. und der Angeklagte einen Tatbeitrag zum Beschaffen und Herstellen des Amphetamins und Marihuanas geleistet, diese Drogen sodann an Dritte verkauft hätten und diese Handlungen auf einer Bandenabrede beruhten. Soweit Ü. zu der Frage, ob er ausschließlich mit J. Absprachen getroffen habe, vernommen werden solle, sei schon unklar, was Gegenstand der Absprache gewesen sein solle. Selbst wenn man den Antrag dahingehend auslege, dass Ü. im Hinblick auf den in der Anklageschrift vorgeworfenen Sachverhalt ausschließlich mit J. kommuniziert habe, wäre diese Beweistatsache bedeutungslos. Denn diese würde das Vorliegen einer Bandenabrede nicht ausschließen, da eine Bandenabrede nicht voraussetze, dass sich die Beteiligten persönlich absprechen oder untereinander kennen. Soweit Beweis darüber erhoben werden solle, dass Ü. ausschließlich mit J. geschäftliche Beziehungen unterhalten habe, sei ebenfalls unklar, was damit gemeint sei. Es liege keine konkrete Tatsachenbehauptung vor. …

Ferner muss nach der ständigen Rechtsprechung der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsache abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen das Tatgericht der unter Beweis gestellten Tatsache aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch beimisst. Für die zu treffende Entscheidung ohne Bedeutung ist eine Tatsache nur dann, wenn ein Zusammentreffen zwischen ihr und der abzuurteilenden Tat nicht besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs nicht geeignet ist, die Entscheidung irgendwie zu beeinflussen, wobei sich das Gericht im Urteil nicht in Widerspruch zu der Ablehnungsbegründung setzen darf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20. August 1996 - 4 StR 373/96, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 22; und vom 7. November 2023 - 2 StR 284/23, NStZ 2024, 177, 178; jew. MwN).
b) Hieran gemessen erweist sich die Ablehnung des Beweisantrags als rechtsfehlerhaft.

aa) Die Strafkammer hat das dem Beweisantrag bei verständiger Würdigung zugrundeliegende Beweisthema nur verkürzt behandelt und so den Antrag schon nicht in einem zur Beweiserhebung führenden Sinne ausgelegt.

Der notwendigen Behandlung als Beweisantrag steht zunächst nicht entgegen, dass

52 zuvor BGH, Urteil vom 02.12.1981 - 2 StR 492/81

der Antrag seinem Wortlaut nach zwar positiv formuliert, jedoch inhaltlich auf eine **Negativtatsache** gerichtet war. Denn der Antrag ist bei verständiger Auslegung - naheliegend − dahingehend zu verstehen, dass unter Beweis gestellt war, es habe zwischen dem Angeklagten und Ü. Keine betäubungsmittelbezogenen Kontakte gegeben. Eine dahingehende Auslegung drängte sich auch deshalb auf, weil die Verteidigung des Angeklagten zuvor einen - von der Strafkammer mangels bestimmter Tatsachenbehauptung rechtsfehlerfrei abgelehnten - „Beweisantrag" auf Einvernahme des Ü. mit derselben Stoßrichtung gestellt hatte. Darin hatte sie beantragt, Ü. als Zeugen zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, dass dieser ausschließlich mit J. Betäubungsmittelhandel betrieben habe. Mit dem der Verfahrensrüge zugrunde liegenden − in enger zeitlicher Abfolge gestellten − Beweisantrag wollte die Verteidigung bei gleichem Beweisziel ihr Beweisthema konkretisieren, was sie im Beweisantrag durch die beispielhafte Aufzählung verschiedener Handlungssequenzen, die ausschließlich zwischen Ü. und J. stattgefunden haben sollten − „Drogen verkauft", „Absprachen gehalten" und „geschäftlichen Beziehung" − zum Ausdruck brachte. Soweit die Strafkammer ausführt, dass schon unklar sei, was Gegenstand der „Absprache" oder was mit „geschäftlichen Beziehung" gemeint sei, und insoweit eine konkrete Tatsachenbehauptung vermisst, hat sie bei der gebotenen Auslegung des Beweisantrags dessen Beweisthema und Zielrichtung unzulässig verkürzt.

bb) Infolgedessen hat die Strafkammer den Beweisantrag rechtsfehlerhaft allein am Maßstab der rechtlichen Bedeutungslosigkeit gemessen und dabei den tatsächlichen Gehalt der unter Beweis gestellten Tatsachen außer Betracht gelassen. Sie hat deshalb bei ihrem Ablehnungsbeschluss verkannt, dass der Beweisantrag nicht darauf abzielte, aus dem Umstand der ausschließlichen betäubungsmittelbezogenen Kommunikation zwischen Ü. und J. die Annahme einer bandenmäßigen Tatbegehung unter Beteiligung des Angeklagten zu widerlegen. Insofern hat sie zwar - für sich genommen rechtsfehlerfrei - angenommen, dass die unter Beweis gestellte Tatsache der Absprachen ausschließlich zwischen Ü. und J. eine Bandenabrede nicht ausschloss (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2009 - 3 StR 83/09, juris Rn. 9). Sie hat jedoch nicht in den Blick genommen, dass bei sachgerechter Auslegung des Antrags nachgewiesen werden sollte, dass - unabhängig von der rechtlichen Einordnung als Bande - zwischen dem Angeklagten und Ü. zu keiner Zeit betäubungsmittelbezogene Kontakte bestanden und damit insbesondere Rückschlüssen in tatsächlicher Hinsicht entgegengetreten werden sollte, der Angeklagte und Ü. hätten über den Kryptodienst A. unter Pseudonymen miteinander kommuniziert. Mit diesem Gesichtspunkt befassen sich die Ablehnungsgründe nicht.

cc) Die Ablehnung des Beweisantrags erweist sich zudem aus einem weiteren Grund als rechtsfehlerhaft. Denn das Gericht muss sich an der dem Ablehnungsbeschluss zugrundeliegenden Annahme der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache festhalten lassen. Es darf sich im Urteil nicht zu der Ablehnungsbegründung in Widerspruch setzen oder seine Überzeugung auf das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache stützen (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 2007 - 2 StR 248/07, StraFo 2008, 29; Beschlüsse vom 20. August 1996 - 4 StR 373/96, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 22; vom 29. April 2014 - 3 StR 436/13, juris Rn. 3).

Hiergegen hat die Strafkammer verstoßen, indem sie - allein orientiert an der defizitären Auslegung des Beweisantrags − feststellte, dass Ü. dem Angeklagten Anweisungen gab, an wen die Betäubungsmittel auszuliefern seien und wie - nach der Festnahme des J. - im Hinblick auf die im Bunker vorrätig gehaltenen Drogen der Gruppierung zu verfahren sei. Damit hat sie entgegen dem vorgenannten Verständnis des Beweisantrags der behaupteten Beweistatsache nicht nur eine die Entscheidung tragende Bedeutung beigemessen, sondern sogar das Gegenteil davon festgestellt.

> 3. Die aufgezeigten Rechtsfehler führen zur Aufhebung des Schuldspruchs mit den Feststellungen (§ 353 Abs. 2 StPO). Es ist nicht auszuschließen, dass die beantragte Beweisaufnahme ergeben hätte, dass zwischen dem Angeklagten und Ü. keine betäubungsmittelbezogene Kommunikation stattfand, und der Angeklagte lediglich wegen des von ihm eingestandenen Handels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt worden wäre."[53]

Beweistatsachen müssen zunächst als erwiesen betrachtet und im Zusammenhang mit dem bisherigen Beweisergebnis ohne sinnwidrige Verkürzungen beurteilt werden. Dazu neu:

> „Der Rüge, mit welcher der Angeklagte die rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags beanstandet (§ 244 Abs. 6 Satz 1, Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO), liegt folgendes prozessuales Geschehen zugrunde:
>
> a) **Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung beantragt, das Gutachten eines Sachverständigen zum Beweis der Tatsache einzuholen, auch Scheinerinnerungen könnten - generell - zu ‚Trauma im Sinne einer posttraumatischen Belastungsstörung' bzw. zu Nacherinnerungen ('Flashbacks') führen** (Anm. des Verf.: in der Revision erfolgreich). Das Landgericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, die Beweistatsache sei aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung ohne Bedeutung: Wenn die Nebenklägerin die Missbrauchsvorwürfe nur aus Einbildungen heraus 'erinnere', also nicht von tatsächlich Erlebtem berichtet habe, folge bereits daraus, dass der Angeklagte die Taten nicht begangen habe und freizusprechen sei; dann komme es auf den Zusammenhang zwischen Scheinerinnerung und posttraumatischer Belastungsstörung bzw. Nacherinnerung nicht mehr an.
>
> b) Diese Erwägung enthält tatsächlich keine Begründung.
>
> aa) Das Tatgericht darf Indiz- oder Hilfstatsachen als für die Entscheidung tatsächlich bedeutungslos erachten (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO), wenn es aus diesen eine mögliche Schlussfolgerung, die der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will. **Das Tatgericht hat die unter Beweis gestellte Tatsache so, als sei sie erwiesen, in das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis einzustellen und im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung - gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelsatzes - in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde.**
>
> Diese antizipierende Würdigung ist in dem den Antrag ablehnenden Beschluss (§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO) näher darzulegen. Denn dieser hat insbesondere den Antragsteller, aber auch die anderen Verfahrensbeteiligten, über die Auffassung des Tatgerichts zu unterrichten, sodass er sich auf die neue Verfahrenslage einstellen und das Gericht doch noch von der Erheblichkeit der Beweistatsache überzeugen oder aber neue Anträge mit demselben Beweisziel stellen kann („formalisierter Dialog"). Zudem muss der Ablehnungsbeschluss dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, ob der Beweisantrag rechtsfehlerfrei zurückgewiesen worden ist sowie ob seine Feststellungen und Schlussfolgerungen mit denjenigen des Urteils übereinstimmen. Faktisch hat das Tatgericht damit den betreffenden Ausschnitt aus der Beweiswürdigung, die es an sich erst im Urteil darzulegen hat, bereits in der Hauptverhandlung offenzulegen; freilich kann und muss die Beschlussbegründung in laufender Hauptverhandlung angesichts der Vorläufigkeit der Einschätzung in der Regel weder die Ausführlichkeit noch die Tiefe der Beweiswürdigung der späteren Urteilsgründe aufweisen; die wesentlichen Hilfstatsachen sind jedenfalls in Grundzügen mitzuteilen (zum

53 BGH, Beschluss vom 26.03.2024 - 2 StR 211/23

Ganzen BGH, Beschlüsse vom 7. November 2023 - 2 StR 284/23 Rn. 19; vom 7. August 2023 - 5 StR 550/22 Rn. 11 und vom 19. Dezember 2018 - 3 StR 516/18 Rn. 7; Urteil vom 25. August 2022 - 3 StR 359/21 Rn. 75; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 220 f.; jeweils mwN).

bb) Der Angeklagte wollte erkennbar den Beweiswert des Umstandes, dass die Nebenklägerin unter einer posttraumatischen Belastungsstörung bzw. Nacherinnerungen leide, was für die Missbrauchstaten spreche, abschwächen; er wollte bewiesen haben, dass aus diesem aktuellen psychischen Zustand der Nebenklägerin nicht zwingend auf den Wahrheitsgehalt ihrer belastenden Zeugenaussage zu schließen sei. Damit wollte der Angeklagte zugleich für den Fall, dass das Landgericht kein Sachverständigengutachten einholt, wissen, aufgrund welcher anderen Hilfstatsachen es die Aussage der Nebenklägerin dennoch für glaubhaft und die Zeugin insgesamt für glaubwürdig hielt, mit anderen Worten, warum es von Erinnerungen von tatsächlich Erlebtem und nicht von 'Scheinerinnerungen' ausging. Diese Antwort hat das Tatgericht nicht gegeben. Es hat vielmehr den vom Angeklagten begehrten - wissenschaftlich zu begründenden - Erfahrungssatz, posttraumatische Belastungsstörungen und Nacherinnerungen können auch auf Einbildungen zurückzuführen sein, nicht in seine Beweiswürdigung eingestellt, **sondern den Beweisantrag sinnwidrig verkürzt**.

cc) Das Urteil beruht auf dem Verfahrensfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Es ist nicht auszuschließen, dass der Angeklagte auf eine den Anforderungen des § 244 Abs. 6 Satz 1, Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO genügende Begründung des Ablehnungsbeschlusses in einer für den Schuldspruch erheblichen Weise hätte reagieren können, naheliegend mit weiteren Beweisanträgen, um die anderen Begründungsansätze des Landgerichts 'angreifen' zu können. In seiner - für sich genommen rechtsfehlerfreien - Beweiswürdigung hat das Landgericht die „Langzeittherapie“, der sich die Nebenklägerin zur Behandlung ihrer Traumata unterzieht, miteinbezogen und dabei Scheinerinnerungen als Ursache ausgeschlossen (insbesondere UA S. 84 f.); damit hat es seine Überzeugungsbildung u.a. genau auf die Hilfstatsache (traumatische Belastungsstörung, die durch Erinnerungen an tatsächlich Erlebtes ausgelöst sei) gestützt, die der Angeklagte durch seinen Beweisantrag entkräftet wissen wollte. ...“[54]

Unerheblichkeit aus Rechtsgründen

Unerheblich aus rechtlichen Gründen ist eine Tatsache, wenn die Beweistatsache keines der gesetzlichen Merkmale der Angeklagten zur Last gelegten Straftaten berührt.[55] Dazu zuletzt instruktiv:

„Eine Tatsache ist für die Entscheidung aus Rechtsgründen insbesondere dann ohne Bedeutung, wenn sie weder allein noch in Verbindung mit weiteren Tatsachen geeignet ist, unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal des dem Angeklagten vorgeworfenen Delikts auszufüllen oder für den Rechtsfolgenausspruch direkt Relevanz zu gewinnen (siehe z.B. BGH, Urteil vom 29.04.2010, Az. 3 StR 63/10, Rn. 10 bei juris; LR/Becker a.a.O. Rn. 217).

c) Hinsichtlich des **Schuldspruchs** nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG hat das Landgericht die im Antrag benannte Beweistatsache, nämlich, dass dem Angeklagten S. B. zu keinem Zeitpunkt wegen Passlosigkeit eine Duldung erteilt wurde, konsequent als rechtlich bedeutungslos angesehen.

aa) Für den objektiven Tatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist sie schon im An-

54 BGH, Beschluss vom 13.12.2023 - 1 StR 340/23

55 so schon BGH, Urteil vom 21.10.1952 - 1 StR 287/52 = NJW 1953, 35-36

satz ohne Belang. Das Landgericht hat hierzu zutreffend auf den Charakter des Tatbestands des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG als abstraktes Gefährdungsdelikt abgestellt, das rechtsmissbräuchliches Verhalten bereits im Vorfeld der behördlichen Entscheidung pönalisiert. Nach dieser Norm macht sich u.a. strafbar, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen. Dass ein solcher Verwaltungsakt tatsächlich herbeigeführt wird, ist nicht erforderlich; der Tatbestand setzt keinen entsprechenden Erfolg voraus (vgl. z.B. Erbs/Kohlhaas/Senge, 226. EL August 2019, § 95 AufenthG Rn. 55). Vielmehr sind die objektiven Voraussetzungen des Delikts schon dann erfüllt, wenn der Täter entsprechende Angaben in einem Verfahren nach dem Aufenthaltsgesetz macht, das auf die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung gerichtet ist. Dort müssen sie nicht entscheidungserheblich oder auch nur konkret geeignet sein, die Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Duldung zu bewirken (vgl. z.B. BGH NJW 2016, 419, Rn. 42 bei juris; MüKo-StGB/Gericke, 3. Aufl. 2018, § 95 AufenthG Rn. 105 f.).

bb) Auch für die subjektiven Voraussetzungen des Tatbestands nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ermöglichte die unter Beweis gestellte Tatsache keine Rückschlüsse. Auf entsprechende, der Antragsbegründung offenbar zugrunde liegenden Folgerungen für die subjektive Zwecksetzung des Angeklagten musste das Landgericht in der Ablehnungsentscheidung nicht zusätzlich eingehen.

Dabei kann dahinstehen, ob § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG in subjektiver Hinsicht lediglich bedingten Vorsatz hinsichtlich der objektiven Merkmale voraussetzt (Senatsbeschluss vom 22.01.2020, Az. 205 StRR 1735/19; im Schrifttum z.B. MüKo-StGB/Gericke a.a.O. Rn. 116; Erbs/Kohlhaas/Senge a.a.O. Rn. 60; Huber AufenthG/Hörich, 2. Aufl. 2016, § 95 AufenthG Rn. 256 f.; BeckOK AuslR/Hohoff, 24. Ed. 01.11.2019, § 95 AufenthG Rn. 99) oder aber als Delikt mit überschießender Innentendenz zu interpretieren ist, welches eine auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels gerichtete Absicht erfordert (Mosbacher in Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 31; derselbe NStZ 2015, 605; auf eine „Absicht“ des Täters abgestellt wird - nicht tragend - auch bei BGH, Urteil vom 24.10.2007, Az. 1 StR 189/07, Rn. 50 bei juris; BGH NJW 2016, 419, Rn. 42 bei juris).

Denn selbst wenn man die Tatbestandsumschreibung mit den Worten „um … zu“ dahingehend auslegt (vgl. zur Auslegung von Absichtsmerkmalen allgemein LK/Vogel, 12. Aufl. 2007, § 15 StGB Rn. 87 ff.), dass der Täter final die Erteilung eines Aufenthaltstitels anstreben muss, so drängt sich ein Indizwert der unter Beweis gestellten Tatsache hierfür nicht auf. In der Antragsbegründung wurde ein solcher ebenso wenig aufgezeigt wie in der Revisionsbegründung. Vielmehr bleibt offen, inwiefern aus dem (vorherigen) Ausbleiben einer Duldung wegen Passverlusts erschließbar sein soll, dass dem Angeklagten bei seinen Falschangaben „mit absoluter Sicherheit klar war, dass ihm - behaupteter Passverlust hin oder her - keine Duldung erteilt würde“ (vgl. Revisionsbegründung S. 14). Nahegelegt wurde eine derartige Vorstellung eher durch den im Urteil festgestellten (vgl. UA S. 17) Umstand, dass dem Angeklagten zum Tatzeitpunkt bereits aus anderen Gründen eine Duldung erteilt worden war, was für die Dauer ihres Bestands kaum die Erteilung einer weiteren Duldung erwarten ließ. Nicht erkennbar ist daher, warum der Angeklagte wegen der gegenwärtigen Situation keine Erwartungen für das zukünftige aufenthaltsrechtliche Potential seiner Angaben hätte hegen sollen. Genau solche liegen aber dem Urteil zugrunde, denn dort wurde festgestellt, dass der Angeklagte erreichen wollte, auch nach Ende des noch laufenden Asylverfahrens nicht abgeschoben werden zu können, und für diesen Zeitpunkt eine entsprechende Duldung anstrebte (UA S. 5, 17). Für diesen - den subjektiven Tatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG unstreitig erfüllenden - Befund war die Beweistatsache somit ebenfalls bedeutungslos.

Dies lässt sich dem - grundsätzlich auslegungsfähigen (siehe z.B. LR/Becker a.a.O. Rn. 275 m.w.N.) - Ablehnungsbeschluss des Landgerichts auch noch hinreichend entnehmen. Dort wurde zutreffend ausgeführt, warum die Beweistatsache der unterbliebenen Erteilung einer Duldung für die Strafbarkeit rechtlich ohne Belang ist. Zugleich wird aus dem Beschluss über die rechtliche Bedeutung hinausgehend aber deutlich, dass die Strafkammer auch die in der Antragsbegründung anklingenden tatsächlichen Schlussfolgerungen nicht ziehen wird. Für den Antragsteller war dies erkennbar, der sich mithin darauf einstellen konnte (vgl. BGH, Beschluss vom 15.04.2003, Az. 1 StR 64/03, BGHSt 48, 268, Rn. 11 bei juris).

d) Mit Blick auf den **Strafausspruch** hätte der Beweisantrag dagegen nicht wegen Bedeutungslosigkeit abgelehnt werden dürfen.

Zurecht weist die Revision darauf hin, dass das Ausbleiben einer auf den angeblichen Passverlust gestützten Duldung für die Strafzumessung relevant war. Denn auch wenn der Schuldspruch wegen des abstrakten Gefährdungsdelikts des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bereits aufgrund der Falschangaben im aufenthaltsrechtlichen Verfahren veranlasst war, so reduzierte es die verschuldeten Auswirkungen der Tat (§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB), dass die Täuschung der Ausländerbehörde nicht in einen unrichtigen Verwaltungsakt mündete. Zumindest die durch den Tatbestand mittelbar geschützten materiellen Interessen des Aufenthaltsgesetzes, etwa die Zuzugskontrolle, die Identitätskontrolle, die Arbeitsmarktkontrolle und die politische Kontrolle (vgl. z.B. MüKo-StGB/Gericke a.a.O. Rn. 1), wurden durch die Tat nicht verletzt.

Das Landgericht hat diese der Beweistatsache für die Strafzumessung zukommende Bedeutung offenbar verkannt und in seiner Ablehnungsentscheidung nicht erörtert, was beides eine Verletzung von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO darstellt (vgl. BGH NStZ 2011, 283, Rn. 12 f., 16 bei juris; BGH NStZ 2012, 511, Rn. 21 bei juris). Ist eine Beweistatsache allein für den Strafausspruch relevant, so kann sie zwar schon dann als bedeutungslos angesehen werden, wenn sie die Strafzumessung zwar beeinflussen kann, jedoch nicht notwendig bestimmend ist i.S.d. § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO und ihr das Gericht auch ansonsten kein derartiges Gewicht zumisst, dass sie die Strafhöhe schärfend oder mildernd beeinflussen würde (vgl. LR/Becker a.a.O. Rn. 219 m.w.N.). Dies hätte durch das Landgericht aber zumindest entsprechend dargelegt werden müssen, was nicht geschehen ist; vielmehr wurde der Strafausspruch in der Ablehnungsentscheidung überhaupt nicht thematisiert. Im Übrigen wäre eine derartige Irrelevanz des Ausbleibens einer auf den Passverlust gestützten Duldung kaum begründbar gewesen. Für den Fall, dass der Täter aus anderem Grund einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel besaß, ist anerkannt, dass hierin ein wesentlicher strafmildernder Umstand liegt (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.04.2005, Az. 2 Ss 78/05, Rn. 5 bei juris; NK-AuslR/Fahlbusch, 2. Aufl. 2016, § 95 AufenthG Rn. 221). Für die vorliegende Konstellation, in der sogar ein Aufenthaltstitel erteilt war und es zur täuschungsbedingten Zubilligung einer Duldung gar nicht kam, muss dies erst recht gelten.

e) Der Senat vermag ein Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nur hinsichtlich des Schuldspruchs auszuschließen, für den die Beweistatsache wie dargelegt aus Rechtsgründen bedeutungslos gewesen ist. Für den Strafausspruch ist dies dagegen nicht möglich. Zwar soll das Beruhen im Einzelfall auch dann auszuschließen sein, wenn das Gericht im Urteil ohnehin uneingeschränkt von der unter Beweis gestellten Tatsache ausgegangen ist (vgl. die Nachweise bei LR/Becker a.a.O. Rn. 376). Schon das ist hier aber nicht der Fall, da das Urteil lediglich Feststellungen zu der zur Tatzeit aus einem anderen Rechtsgrund erteilten Duldung enthält (vgl. UA S. 17), nicht aber zum Ausbleiben einer Duldung wegen Passverlusts. Die für derartige Fälle formulierte zusätzliche Voraussetzung, dass die fragliche Beweistatsache im Urteil wie im Ableh-

> nungsbeschluss weiterhin als bedeutungslos behandelt wurde (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 279, Rn. 9 bei juris; BGH NStZ 2015, 355, Rn. 14 bei juris), begründet vorliegend zudem einen eigenständigen Rechtsfehler des Urteils (siehe auch nachfolgend Ziff. 3), auf dem es beruht."[56]

Die zitierten Ausführungen können durchaus als schulmäßig angesehen werden. Ergänzend dazu:

> „... Rechtsfehlerhaft ist bereits die Annahme des Landgerichts, ein Beweisverwertungsverbot führe dazu, dass die begehrte Beweiserhebung aus rechtlichen Gründen ohne Bedeutung und deshalb der Ablehnungsgrund nach § 244 Abs. 3 Satz 2 2. Alt. StPO gegeben sei. Eine Tatsache ist aus Rechtsgründen zunächst dann ohne Bedeutung, wenn sie weder allein noch in Verbindung mit weiteren Tatsachen geeignet ist, unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal des dem Angeklagten vorgeworfenen Delikts auszufüllen oder für den Rechtsfolgenausspruch direkt Relevanz zu gewinnen (Fischer in KK 6. Aufl. § 244 Rdn. 142), oder darüber hinaus eine Verurteilung schon aus anderen - bereits erwiesenen - Gründen nicht möglich ist, etwa wegen Vorliegens von Prozesshindernissen, Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen (Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 244 Rdn. 55). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Ein Beweisverwertungsverbot führt vielmehr zur Unzulässigkeit der beantragten Beweiserhebung und damit zu dem zwingenden Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO. ..."[57]

Für die Verteidigung bedeutet all dies, dass die rechtliche Bedeutung der unter Beweis zu stellenden Entlastungstatsachen sorgfältig erwogen werden sollte. Dies setzt gewissenhafte Prüfungen und Vorbereitungen entlang der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale voraus. Dabei dabei darf nicht nur die Schuldfrage im Blick sein. Die oben zitierte OLG-Entscheidung fordert die Berücksichtigung der für die Straffrage maßgeblichen Tatsachen geradezu heraus.

Unerheblichkeit aus tatsächlichen Gründen

Die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Gründen liegt vor, wenn eine Bestätigung der Beweistatsache keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom Sachverhalt auszuüben vermag.[58] Dazu ein vorab ein neueres Votum des BVerwG:

> „ … Diese Erwägung trägt die unterstellte Unerheblichkeit der Beweistatsache nicht. Denn nach der Begründung des Berufungsgerichts ist es nicht ausgeschlossen, dass die unter Beweis gestellte Tatsache, wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts beeinflussen könnte. Die Ablehnung des Beweisantrags darf aber nicht dazu führen, dass aufklärbare, zugunsten eines Beteiligten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweiswürdigung entzogen werden (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2004 - 2 StR 156/04 - NJW 2005, 1132 <1133> zu § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO). ..."[59]

Sachzusammenhang fehlt:

> „ … Tatsächlich bedeutungslos sind - allein - Indiz- bzw. Hilfstatsachen, wenn zwi-

56 BayOLG, Beschluss vom 09.04.2020 - 205 StRR 1779/19 - nach dem Inkrafttreten der „Modernisierung"

57 BGH, Urteil vom 29.04.2010 - 3 StR 63/10

58 BGH, Urteil vom 21.10.1952 - 1 StR 287/52 = NJW 1953, 35-36 wie vor; siehe auch BVerwG, Urteil vom 28.03.2023 - 2 C 6/21; zuletzt OVG Lüneburg, Beschluss vom 08.082023 - 4 LA 219/21

59 BVerwG, Urteil vom 28. 03.2023 - 2 C 6/21

schen ihnen und dem Gegenstand der Urteilsfindung kein Sachzusammenhang besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen könnten, weil sie nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüsse zulassen und das Gericht den möglichen Schluss nicht ziehen will (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 2007 - 2 StR 248/07, StraFo 2008, 29, 30; Meyer-Goßner/Schmitt aaO, § 244 Rn. 56 mwN). ...[60]

… Dies ist vom Tatrichter in freier Beweiswürdigung auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu beurteilen. Allerdings darf das Gericht dabei die unter Beweis gestellte Tatsache nicht in Zweifel ziehen oder Abstriche an ihr vornehmen; es hat diese vielmehr so, als sei sie voll erwiesen, seiner antizipierenden Würdigung zu Grunde zu legen (BGH StV 2008, 288 m. w. N.). Danach hätte das Landgericht der in das Wissen der Zeugen gestellten Tatsache den Charakter eines den Angeklagten entlastenden Indizes nicht schlechthin absprechen dürfen, sondern darlegen müssen, aus welchen Gründen es in Ansehung des bisherigen Beweisergebnisses der Tatsache keine Bedeutung für die Erschütterung seiner bisherigen Überzeugung (von der Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin) beizumessen vermochte. Auch hieran fehlt es. ...“[61]

Was sich hinter diesen wenigen Vorgaben verbergen kann, belegen die nachfolgenden Ausführungen des BGH:

„ … Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung unter anderem beantragt, **zwei Personen als Zeugen zu der Behauptung zu vernehmen, seine Ehefrau habe kurz vor ihrer Trennung im Jahr 2011 ihnen gegenüber erklärt, dass sie alles daran setzen werde, den Angeklagten in den Knast zu bekommen. Dieser Umstand sei für die Bewertung der Glaubwürdigkeit der Zeugin von erheblicher Bedeutung** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich[62]).

Das Landgericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, die Beweistatsache sei aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung ohne Bedeutung. Es handele sich um eine bloße Indiztatsache, die zwar in einem Sachzusammenhang zum Gegenstand der Urteilsfindung stehe, aus der zwingende Folgerungen aber nicht zu ziehen seien und die Kammer "die möglichen Schlüsse" nicht ziehen wolle.

2. Diese Begründung trägt die Zurückweisung des Antrags nicht. Zwar ist es dem Tatgericht grundsätzlich nicht verwehrt, Indiz- oder Hilfstatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten, wenn es aus diesen eine mögliche Schlussfolgerung, die der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Tatsache so, als sei sie erwiesen, in das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis einzustellen und im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung - gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelssatzes - in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 220).

Diese antizipierende Würdigung ist in dem den Antrag ablehnenden Beschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) näher darzulegen. Denn dieser hat zum einen den Antragsteller sowie die weiteren Prozessbeteiligten so weit über die Auffassung des Gerichts zu unterrich-

60 BGH, Urteil vom 10.08.2017 - 3 StR 549/16; BGH, Beschluss vom 04.10.2006 - 2 StR 297/06; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.08.2021 - 6 StS 5/20

61 BGH, Beschluss vom 12.01.2010 - 3 StR 519/09; BGH, Beschluss vom 06.03.2008 - 3 StR 9/08

62 Damit ist gemeint, dass das Beweisbegehren im Revisionsverfahren einen vorläufigen Erfolg verzeichnen konnte. Das besagt nichts über einen späteren abschließenden Erfolg der Strafsache.

> ten, dass diese sich auf die neue Verfahrenslage einstellen und gegebenenfalls noch in der Hauptverhandlung das Gericht von der Erheblichkeit der Beweistatsache überzeugen oder aber neue Anträge mit demselben Beweisziel stellen können; zum anderen muss er dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, ob der Beweisantrag rechtsfehlerfrei zurückgewiesen worden ist und ob die Feststellungen und Erwägungen des Ablehnungsbeschlusses mit denjenigen des Urteils übereinstimmen. Deshalb ist mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 26. Januar 2000 - 3 StR 410/99, NStZ 2000, 267, 268; vom 7. April 2011 - 3 StR 497/10, NStZ 2011, 713, 714; Beschluss vom 1. Oktober 2013 - 3 StR 135/13, NStZ 2014, 110). Nach diesen Maßstäben erweist es sich in aller Regel als rechtsfehlerhaft, wenn die Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit allein auf die inhaltsleere Aussage gestützt wird, die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache lasse keinen zwingenden, sondern lediglich einen möglichen Schluss zu, den das Gericht nicht ziehen wolle (vgl. LR/Becker aaO, § 244 Rn. 225).
>
> So verhält es sich hier. Die Strafkammer hat keine konkreten Erwägungen mitgeteilt, aufgrund derer sie das von ihr bisher gefundene Beweisergebnis, das allein auf der Aussage der Nebenklägerin gründet, durch die unter Beweis gestellten Tatsachen nicht als erschüttert angesehen hat. Die Bedeutungslosigkeit lag auch nicht auf der Hand (vgl. BGH, Urteile vom 15. Mai 1990 - 5 StR 594/89, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 12; 23. September 1999 - 4 StR 700/98, StraFo 2000, 53, 54).
>
> Das Landgericht selbst hat einen Sachzusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Gegenstand der Urteilsfindung gesehen. Die unter Beweis gestellte Tatsache betraf tatsächlich einen die Glaubwürdigkeit der Zeugin in der vorliegenden Sache berührenden Umstand (vgl. Urteil vom 23. September 1999 - 4 StR 700/98, StraFo 2000, 53, 54 mwN). In der pauschalen Begründung, die vom Angeklagten behauptete Äußerung der Nebenklägerin, sie wolle den Angeklagten 'in den Knast bringen', ließe keinen zwingenden Schluss zu, liegt daher ein Rechtsfehler. ..."[63]

Hervorzuheben sind nochmals die nachfolgenden Darlegungen:

> „ … Hierbei darf das Gericht die unter Beweis gestellte Tatsache nicht in Zweifel ziehen oder Abstriche an ihr vornehmen; es hat diese vielmehr so, als sei sie voll erwiesen, seiner Würdigung zu Grunde zu legen (BGH, Beschlüsse vom 10. November 2011 - 5 StR 397/11, NStZ-RR 2012, 82; vom 12. Januar 2010 - 3 StR 519/09, NStZ-RR 2010, 211; vom 6. März 2008 - 3 StR 9/08, NStZ-RR 2008, 205; vom 5. Dezember 2007 - 5 StR 451/07, StV 2008, 121, jew. mwN). ..."[64]

Diese Sichtweise zeigt Parallelen in den Fällen auf, in denen das Tatgericht Beweisanträge mit der Begründung zurückweist, die Beweiserhebung sei überflüssig, weil die Beweistatsache so behandelt werden könne, als sei sie wahr (§ 244 III 3 Nr. 6 StPO). In solchen Fällen dürfen die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung der Wahrunterstellung nicht widersprechen. Grundsätzlich ist es notwendig, dass die Urteilsgründe erkennen lassen, was das Gericht als wahr unterstellt hat. Die Wahrheit der angeblich bedeutungslosen Beweistatsache und der Wert des angebotenen

63 BGH, Beschluss vom 10.11.2015 - 3 StR 322/15
64 BGH, Beschluss vom 15.01.2014 - 1 StR 379/13; wie BGH, Beschluss vom 12.01.2010 - 3 StR 519/09

Beweismittels darf vom Tatgericht nicht in Frage gestellt werden.[65] Die Beweisbehauptung ist in die Würdigung einzustellen. Dabei muss deren uneingeschränkte Bestätigung durch das angegebene Beweismittel unterstellt werden, „ohne dass dies etwa durch das bisherige Beweisergebnis relativiert werden dürfte".[66] „An der dem Ablehnungsbeschluss zugrunde liegenden Annahme tatsächlicher Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache muss sich das Gericht festhalten lassen; es darf sich nicht im Urteil zu der Ablehnungsbegründung in Widerspruch setzen, insbesondere die Urteilsgründe nicht auf das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache stützen."[67]

Indiztatsachen, auf die es generell nicht ankommt:
Es gibt Indiztatsachen, auf die es generell nicht ankommen kann. Wenn aus der Luft gegriffene Beweistatsachen behauptet werden, muss denen aufgrund eines Beweisantrages nicht nachgegangen werden. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn Beweisbehauptungen lediglich Indiztatsachen betreffen, die die generelle Glaubwürdigkeit eines Mitangeklagten berühren, das eigentliche Tatgeschehen aber nicht betreffen.[68]

Was sind Indiztatsachen? Indiztatsachen sind von den Haupttatsachen zu unterscheiden. Indiztatsachen sind solche, die für sich genommen oder im Zusammenspiel mit anderen Indiztatsachen den Schluss auf das Vorliegen einer Haupttatsache zulassen. Dazu beispielhaft:

> „ … Es hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht auszuschließen vermocht, dass Atta, Alshehhi, Bi. und Jarrah vor ihrer Reise nach Afghanistan kurzzeitig den Plan gefasst hatten, sich in Tschetschenien am Kampf gegen Russland zu beteiligen. Ausgehend von der Unwiderlegbarkeit dieser Indiztatsache hat es gemeint, diese zugunsten des Angeklagten als erwiesen in die Beweiswürdigung einstellen zu müssen, und sie daher in verschiedenen Beweiszusammenhängen als feststehend behandelt.
>
> Damit hat das Oberlandesgericht Funktion und Bedeutung des Zweifelssatzes verkannt. Dieser ist eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung ist er grundsätzlich nicht anzuwenden. Er gilt jedenfalls nicht für entlastende Indiztatsachen, aus denen lediglich ein Schluss auf eine unmittelbar entscheidungsrelevante Tatsache gezogen werden kann. Kommt das Gericht bezüglich einer derartigen Indiztatsache zu einem non liquet, hat dies daher nicht zur Folge, dass sie zugunsten des Angeklagten als bewiesen anzusehen wäre. Vielmehr ist sie mit der ihr zukommenden Ungewissheit in die Gesamtwürdigung des für die unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache gewonnenen Beweisergebnisses einzustellen (BGH NStZ 2001, 609 m. w. N.). ..."[69]

So werden Wertungsspielräume zu Lasten von Angeklagten eröffnet, weil für entlastende Indiztatsachen der Zweifelssatz nicht gilt und die Unschuldsvermutung umgangen werden kann. Es handelt sich zugleich um eine Falle für die Verteidigung und eine Anleitung zum Dichtschreiben umstrittener tatrichterlicher Entscheidun-

65 BGH, Beschluss vom 06.03.2008 - 3 StR 9/08;
66 BGH, Urteil vom 12.06.1997 - 5 StR 58/97
67 BGH, Beschluss vom 14.05.2013 - 5 StR 143/13
68 BGH, Beschluss vom 05.11.1991 - 5 StR 435/91
69 BGH, Urteil vom 09. 06.2005 - 3 StR 269/04

gen.

Dagegen ein Beispiel für **Indiztatsachen**, die Bedeutung haben:

> " … 1. Zu Recht macht der Beschwerdeführer geltend, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft die beantragte Einvernahme zweier Zeugen abgelehnt.
> a) Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde:
>
> Der Beschwerdeführer hat in der Hauptverhandlung die erneute Vernehmung des Zeugen T. zum Beweis der Tatsache (**Anm: erfolgreich**) beantragt, **dass der Nebenkläger im Anschluss an die erste Vernehmung des Zeugen im Hauptverhandlungstermin vom 2. November 2023 diesen noch im Gerichtsgebäude im Foyer angesprochen und massiv damit bedroht habe, ihm und seiner Familie etwas anzutun.** Aus der Antragsbegründung geht hervor, dass der Zeuge in seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung die Einlassung des Angeklagten gestützt hatte, wonach dieser die ihm vorgeworfene Tat nur zum Zweck der Abwehr eines Angriffs des Nebenklägers verübt haben will, zu dem es gekommen sei, nachdem er ein Angebot des Nebenklägers zum Erwerb von Drogen abgelehnt habe. Die erneute Einvernahme des Zeugen T. sei erforderlich, um das erhebliche und sich plötzlich und unvermittelt entfaltende Aggressionspotential des Nebenklägers zu dokumentieren, welcher nicht einmal in einem öffentlichen Gerichtsgebäude davor zurückschrecke, ihm zuvor vollkommen unbekannte Personen derart zu bedrohen, dass diese nachhaltig verängstigt seien und um ihre Gesundheit und Leben fürchteten. Zum Nachweis desselben Geschehens hat die Verteidigung zugleich beantragt, auch den zum Zeitpunkt des Vorfalls im Gerichtsgebäude diensthabenden Pförtner als Zeuge zu vernehmen.
>
> Das Landgericht hat den Beweisantrag wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit gemäß § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO abgelehnt. Zur Begründung hat es insbesondere ausgeführt, dass die unter Beweis gestellten Tatsachen selbst im Falle ihres Erwiesenseins nur mögliche, aber keine zwingenden Rückschlüsse auf das angeklagte Tatgeschehen zuließen. Es fehle schon an einem Bezug zum Tatvorwurf; das unter Beweis gestellte Geschehen habe sich gut acht Monate später im Gerichtsgebäude abgespielt. Es möge so sein, dass der Nebenkläger und der Zeuge am 2. November 2023 in der beschriebenen Art und Weise im Gerichtsgebäude aufeinander getroffen seien. Aber zu der Frage, ob der Angeklagte am 1. März 2023 in einer Notwehrsituation dem Nebenkläger einen Messerstich in den Rücken versetzt habe und ob er von weiteren möglichen Stichen freiwillig Abstand genommen habe, gebe der Vorfall - unterstellt, er habe so stattgefunden - keine zwingenden Antworten und lasse keine zwingenden, sich selbsterklärenden Rückschlüsse zu.
>
> b) Die zulässig erhobene Rüge ist begründet, da die Ablehnungsentschei-dung des Landgerichts den Anforderungen des § 244 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO nicht genügt.
>
> Tatsächlich bedeutungslos sind **Indiz- beziehungsweise Hilfstatsachen**, wenn zwischen ihnen und dem Gegenstand der Urteilsfindung kein Sachzusammenhang besteht oder sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen könnten, weil sie nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüsse zulassen und das Gericht den möglichen Schluss nicht ziehen will (BGH, Urteile vom 25. August 2022 - 3 StR 359/21 Rn. 63 mwN, StV 2023, 293; vom 10. August 2017 - 3 StR 549/16, NStZ 2018, 111; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 220). Der angegriffene Ablehnungsbeschluss lässt jedoch schon nicht klar erkennen, auf welchen dieser denkbaren Gründe einer Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Gründen er gestützt sein soll.

Sofern die Strafkammer schon jeglichen Zusammenhang zwischen der mit dem Antrag unter Beweis gestellten Tatsache und dem Gegenstand der Urteilsfindung verneinen wollte, weil ein 'Bezug zum Tatvorwurf' fehle, stünde dies im Gegensatz zu den Urteilsgründen. Dort wurde ausgeschlossen, dass der Nebenkläger den Angeklagten - wie von letzterem behauptet - plötzlich und nur wegen des abgelehnten Drogenangebots mit Faustschlägen angegriffen hatte. Begründet wurde dies damit, dass sich ein derartiges Agieren für den erst 22 Jahre alten, unbewaffneten, nicht vorbestraften und aus Afghanistan geflüchteten Nebenkläger in keiner Weise erschließe und der Strafkammer lebensfremd erscheine. Mit der Beweistatsache zielt der abgelehnte Antrag aber ausdrücklich darauf ab, gerade ein sich 'plötzlich und unvermittelt entfaltendes Aggressionspotential' des Nebenklägers zu dokumentieren, als dieser eine ihm zuvor vollkommen unbekannte Person bedrohte, und damit ein der Sachverhaltsschilderung des Angeklagten potentiell vergleichbares Geschehen unter Beweis zu stellen. Angesichts dessen hätte näherer Begründung bedurft, wie ein Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Untersuchungsgegenstand gleichwohl schon dem Grunde nach auszuschließen sein könnte. Dabei erlaubt § 244 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO es dem Tatgericht nicht, **die Bedeutungslosigkeit lediglich aus dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme abzuleiten** (BGH, Urteil vom 25. August 2022 - 3 StR 359/21 Rn. 63 mwN, StV 2023, 293).

Sollte die Strafkammer dagegen einen solchen Zusammenhang für möglich erachtet und lediglich entschieden haben, die mit dem Antrag intendierte Folgerung nicht vorzunehmen, hat sie dabei einen falschen Maßstab zugrunde gelegt. Eine Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache konnte auf diesem Weg nicht bereits damit begründet werden, dass diese „keine zwingenden Rückschlüsse“ auf das Tatgeschehen gebot. Denn tatsächliche Schlüsse müssen nicht zwingend sein. Es genügt vielmehr, dass sie möglich sind und das Tatgericht von ihrer Richtigkeit überzeugt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2020 - 5 StR 14/20, NJW 2020, 2741; Urteile vom 16. Februar 2022 - 5 StR 320/21, NStZ 2023, 568; vom 3. Juli 2024 - 5 StR 535/23). Entsprechend hätte es im Ablehnungsbeschluss konkreter fallbezogener Erwägungen dazu bedurft, warum - obwohl dies grundsätzlich in Betracht kam - aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen gezogen werden sollen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - 3 StR 308/17; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 220). Das Tatgericht hat die unter Beweis gestellte Tatsache dabei so, als sei sie erwiesen, in das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis einzustellen. Sodann hat es im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung - gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelsatzes - in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2023 - 1 StR 340/23, NStZ 2024, 379). Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben ist (BGH, Beschluss vom 7. August 2023 - 5 StR 550/22 mwN). Entsprechende Ausführungen finden sich in dem Ablehnungsbeschluss des Landgerichts nicht. ...“[70]

Indiztatsachen ohne Einfluss auf die Entscheidung:

Indiztatsachen können bedeutungslos sein, wenn feststeht, dass diese Tatsachen ohne Einfluss auf die Bildung der zu treffenden Entscheidung sind. Dabei geht es um Tatsachen, die zwar in einem Sachzusammenhang mit der Urteilsfindung stehen, aber selbst im Fall des Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen könnten. Maßgeblich soll hier ein gefährliches voluntatives Element sein. Ohne Einfluss auf die

70 BGH, Beschluss vom 16.07.2024 - 5 StR 255/24

Entscheidung sollen solche Tatsachen sein, wenn sie nur mögliche, nicht zwingende Schlüsse zulassen und das Tatgericht die möglichen Schlüsse nicht ziehen will. Es muss klar sein, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen wollte bzw. will.[71]

> „ … Eine unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache ist aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung bedeutungslos, wenn sie in keinem Zusammenhang mit der Urteilsfindung steht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Falle ihrer Bestätigung keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt hätte, da sie nur einen möglichen Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels ermöglicht und das Gericht der Überzeugung ist, dass dieser Schluss in Würdigung der gesamten Beweis- lage nicht gerechtfertigt wäre. Ob der Schluss gerechtfertigt wäre, hat das Tatgericht nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache so, als sei sie erwiesen, in das bisherige Beweisergebnis einzustellen und prognostisch zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung zu der von der potentiell berührten Haupttatsache bzw. zum Beweiswert des anderen Beweismittels in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 3. Februar 2015 - 3 StR 544/14, NStZ 2015, 296 m. Anm. Venn; Senat, Urteil vom 21. August 2014 - 1 StR 13/14, NStZ-RR 2014, 316). Die Anforderungen an die Begründung entsprechen grundsätzlich den Darlegungserfordernissen bei der Würdigung von durch die Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. März 2012 - 3 StR 47/12). ...“[72]

Allerdings gilt für bloß mögliche Schlüsse:

> „... Nach diesen Maßstäben erweist es sich in aller Regel als rechtsfehlerhaft, wenn die Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit allein auf die Aussage gestützt wird, die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache ließe keinen zwingenden, sondern lediglich einen möglichen Schluss zu, den das Gericht nicht ziehen wolle (BGH, Beschlüsse vom 10. November 2015 - 3 StR 322/15, NStZ-RR 2016, 117 f.; vom 9. Juli 2015 - 1 StR 141/15, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 29; LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 225). ...“[73]

Diese Entscheidung betrifft zwar eher das Begründungserfordernis (§ 244 VI 1 StPO). Sie könnte aber einen eher laschen Hinweis darauf enthalten, dass es für eine Ablehnung der Beweiserhebung nicht ausreicht, wenn es nur um mögliche Schlüsse geht, die das Tatgericht nicht ziehen will. Damit wäre die Willkürgefahr zumindest geringfügig eingeschränkt. Weiter:

> „... Will das Tatgericht einen Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit zurückweisen, muss es darlegen, warum es aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Gericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Entscheidungsbil-

71 BGH, Beschluss vom 14.05.2013 - 5 StR 143/13

72 BGH, Beschluss vom 05.08.2015 - 1 StR 300/15; BGH, Beschluss vom 03.02.2015 - 3 StR 544/14; BGH, Urteil vom 21.08.2014 - 1 StR 13/14; BGH, Beschluss vom 18.03.2014 - 2 StR 448/13; BGH, Beschluss vom 15.10.2013 - 3 StR 154/13; BGH, Beschluss vom 01.10.2013 - 3 StR 135/13

73 BGH, Beschluss vom 19.12.2018 - 3 StR 516/18

> dung ohne Einfluss geblieben ist. Dies nötigt zu einer Einfügung der behaupteten Beweistatsache in das bis dahin gewonnene Beweisergebnis (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2013 - 5 StR 143/13, NStZ 2013, 611). Hieran fehlt es. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Verurteilung im Fall II.3. der Urteilsgründe auf diesem Verfahrensfehler beruht. ..."[74]

Der Verweis auf die Substanz der schriftlichen Urteilsgründe zeigt die Anforderungen, unter denen ein solcher Beweisantrag abgelehnt werden kann, ziemlich deutlich auf. Die tatrichterliche Praxis ist dagegen eher nicht geneigt, die Bedeutungslosigkeit von Indiztatsachen in einem Ablehnungsbeschluss näher zu begründen. Oft verbleibt es bei der bloßen formelhaften Wiederholung des Wortlautes des § 244 III Nr. 2 StPO. Auf diese Art und Weise wird der Verteidigung die Möglichkeit entzogen, ihre prozessuale Marschroute zu überdenken und neu einzurichten:

> „ … Zwar ist es dem Tatgericht grundsätzlich nicht verwehrt, Indiz- oder Hilfstatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten, wenn es aus diesen eine mögliche Schlussfolgerung, die der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will. Jedoch hat der Beschluss, mit dem das Tatgericht die Erhebung eines Beweises wegen Unerheblichkeit der Beweistatsache ablehnt, zum einen den Antragsteller sowie die weiteren Prozessbeteiligten so weit über die Auffassung des Gerichts zu unterrichten, dass diese sich auf die neue Verfahrenslage einstellen und gegebenenfalls noch in der Hauptverhandlung das Gericht von der Erheblichkeit der Beweistatsache überzeugen oder aber neue Anträge mit demselben Beweisziel stellen können; zum anderen muss er dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, ob der Beweisantrag rechtsfehlerfrei zurückgewiesen worden ist und ob die Feststellungen und Erwägungen des Ablehnungsbeschlusses mit denjenigen des Urteils übereinstimmen. Deshalb ist u.a. mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss blieb (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 26. Januar 2000 - 3 StR 410/99, NStZ 2000, 267, 268; vom 3. Dezember 2004 - 2 StR 156/04, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 26). ..."[75]

Das sind so klare, eindeutige und immer wiederholte Hinweise des BGH, dass es schon verwundert, warum diese von den Tatgerichten nicht vernommen werden konnten. Die entgegenstehende tatrichterliche Praxis könnte nach dem Eindruck des Verfassers durchaus Sachfremdes bezwecken. Die Verteidigung sieht nämlich in spektakulären und politischen Verfahren mit Beteiligung der interessierten Öffentlichkeit nicht gut aus, wenn sie in der traditionellen Sarstedt-Manier durch das pauschale Abschmieren mühselig vorbereiteter Beweisanträge wegen „Bedeutungslosigkeit" der Lächerlichkeit preis gegeben wird. Korrigiert werden das lediglich im Revisionsverfahren regelmäßig unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Merke:

> „ … Nach diesen Maßstäben erweist es sich in aller Regel als rechtsfehlerhaft, wenn die Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit allein auf die inhaltsleere Aussage gestützt wird, die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache lasse keinen

74 BGH, Beschluss vom 29.12.2014 - 2 StR 211/14; BGH, Beschluss vom 18.03.2014 - 2 StR 448/13; BGH, Beschluss vom 14.05.2013 - 5 StR 143/13; BGH, Beschluss vom 27.11.2012 - 5 StR 426/12

75 BGH, Urteil vom 07.04.2011 - 3 StR 497/10

> zwingenden sondern lediglich einen möglichen Schluss zu, den das Gericht nicht ziehen wolle (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2006 - 4 StR 251/06, NStZ-RR 2007, 84, 85; LR/Becker, aaO, § 244 Rn. 225). ..."[76]

Die zitierte Entscheidung behandelt eine Standardphrase der Tatrichterschaft, die nur geringfügig über den Gesetzeswortlaut hinausgeht, aber eben so wenig statthaft ist.

Begründung des ablehnenden Beschlusses:

An die Begründung eines ablehnenden Beschlusses wegen Bedeutungslosigkeit werden ziemlich hohe Anforderungen gestellt[77]:
Neu ist folgendes Votum:

> 1. Zu Recht machen die Beschwerdeführer geltend, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft die Einvernahme des Zeugen B. abgelehnt.
> a) Folgendes Verfahrensgeschehen liegt zu Grunde:
> Die Beschwerdeführer haben in der Hauptverhandlung die Vernehmung des Zeugen zum Beweis der Tatsache beantragt, dass er bei seiner Titelübertragung im Bürgeramt R. persönlich vorstellig gewesen sei und den angeblichen 'Zusatzservice' nicht in Anspruch genommen habe (Anmerkung des Verf.: letzlich erfolgreich). Das Landgericht hat das Verfahren daraufhin hinsichtlich des den Zeugen B. betreffenden Anklagevorwurfs nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt und die Beweisanträge wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit gemäß § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, Rückschlüsse dergestalt, dass 'Kunden' auch in weiteren von der Anklage umfassten Fällen persönlich im Bürgeramt anwesend waren, seien zwar möglich, die Strafkammer beabsichtige aber nicht, sie zu ziehen, weil bei vorläufiger Würdigung der bisherigen Beweisaufnahme ausschließlich Beweismittel vorlägen, nach denen kein weiterer 'Kunde' persönlich im Bürgeramt anwesend gewesen sei.
> b) Die Rüge ist zulässig erhoben. Insbesondere war es gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht geboten, die Vernehmungsprotokolle des Mitangeklagten S. und des Zeugen Bo. vorzulegen. Deren Aussage, der 'Zusatzservice' einer Titelübertragung ohne persönliche Anwesenheit der 'Kunden' sei in allen den Anklagevorwurf bildenden Fällen unter Mitwirkung der Angeklagten erfolgreich durchgeführt worden, ergibt sich bereits aus den dem Senat auf die Sachrüge hin zugänglichen Urteilsgründen. Zur Prüfung der mit der Angriffsrichtung einer unzulänglichen Begründung der Ablehnungsentscheidung erhobenen Rüge bedarf es der Kenntnis des Inhalts der Angaben der gesondert Verfolgten mithin nicht.
> c) Die Rüge ist auch begründet.
> aa) Die Ablehnungsentscheidung des Landgerichts genügt nicht den Begründungsanforderungen an einen Beschluss nach § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO.
> Insoweit gilt: Der Ablehnungsbeschluss muss einerseits den Antragsteller über den Standpunkt des Gerichts informieren und ihm dadurch ermöglichen, sein weiteres Prozessverhalten auf die durch die Ablehnung seines Antrags entstandene Verfahrenslage einzustellen, und andererseits das Revisionsgericht in die Lage versetzen, die Ablehnungsentscheidung zu überprüfen (vgl. nur BGH, Urteil vom 26. Januar 2000 - 3 StR 410/99, NStZ 2000, 267, 268). Im Falle der Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit hat das Tatgericht deshalb mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum es aus der unter Beweis gestellten Tatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Be-

76 BGH, Beschluss vom 01.10.2013 - 3 StR 135/13

77 Zumindest zum Teil kann schon auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, weil sich die Ablehnungsgründe und die Begründungsanforderungen überschneiden.

gründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben ist (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2013 - 3 StR 135/13, NStZ 2014, 110, 111; Urteil vom 7. April 2011 - 3 StR 497/10, NStZ 2011, 713, 714 jeweils mwN).
Diesen Anforderungen wird der angegriffene Ablehnungsbeschluss nicht gerecht. Das Landgericht begnügt sich zur Begründung der tatsächlichen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache letztlich mit dem pauschalen Hinweis, dass nach der bisherigen Beweisaufnahme ausschließlich Beweismittel vorlägen, nach denen kein weiterer „Kunde" persönlich im Bürgeramt anwesend gewesen sei. Weder macht es die maßgeblichen Beweismittel namhaft noch legt es auch nur ansatzweise dar, weshalb die Beweistatsache nicht geeignet sei, seine auf diese Beweismittel gestützte Überzeugung zu erschüttern. Damit bleiben die genauen Beweiserwägungen des Landgerichts intransparent.
bb) Das Urteil beruht auf dem Verfahrensfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Der Senat kann nicht ausschließen, dass sich die Angeklagten bei rechtsfehlerfreier Entscheidung über den Beweisantrag erfolgreicher als geschehen hätten verteidigen können und das Landgericht zu einer anderen, den die Tatvorwürfe bestreitenden Angeklagten günstigeren Überzeugung vom tatsächlichen Geschehen gelangt wäre. ..."[78]

Eben so streng in Bezug auf die Begründungsanforderungen:

„ … Zwar ist es dem Tatgericht grundsätzlich nicht verwehrt, Indiz- oder Hilfstatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten, wenn es aus diesen eine mögliche Schlussfolgerung, die der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Tatsache so, als sei sie erwiesen, in das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis einzustellen und im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung - gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelssatzes - in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 220).

Diese antizipierende Würdigung ist in dem den Antrag ablehnenden Beschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) näher darzulegen. Denn dieser hat zum einen den Antragsteller sowie die weiteren Prozessbeteiligten so weit über die Auffassung des Gerichts zu unterrichten, dass diese sich auf die neue Verfahrenslage einstellen und gegebenenfalls noch in der Hauptverhandlung das Gericht von der Erheblichkeit der Beweistatsache überzeugen oder aber neue Anträge mit demselben Beweisziel stellen können; zum anderen muss er dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, ob der Beweisantrag rechtsfehlerfrei zurückgewiesen worden ist und ob die Feststellungen und Erwägungen des Ablehnungsbeschlusses mit denjenigen des Urteils übereinstimmen. Deshalb ist mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 26. Januar 2000 - 3 StR 410/99, NStZ 2000, 267, 268; vom 7. April 2011 - 3 StR 497/10, NStZ 2011, 713, 714; Beschluss vom 1. Oktober 2013 - 3 StR

78 BGH, Beschluss vom 07.08.2023 - 5 StR 550/22; siehe ab er auch bei eindeutiger Bedeutungslosigkeit: BGH, Beschluss vom 04.07.2024 - 5 StR 24/24 „Begründung kann umso knapper ausfallen, je augenfälliger - wie hier angesichts der Ausführungen der Strafkammer - die Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung ist."

135/13, NStZ 2014, 110).

Nach diesen Maßstäben erweist es sich in aller Regel als rechtsfehlerhaft, wenn die Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit allein auf die inhaltsleere Aussage gestützt wird, die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache lasse keinen zwingenden, sondern lediglich einen möglichen Schluss zu, den das Gericht nicht ziehen wolle (vgl. LR/Becker aaO, § 244 Rn. 225).

So verhält es sich hier. Die Strafkammer hat keine konkreten Erwägungen mitgeteilt, aufgrund derer sie das von ihr bisher gefundene Beweisergebnis, das allein auf der Aussage der Nebenklägerin gründet, durch die unter Beweis gestellten Tatsachen nicht als erschüttert angesehen hat. Die Bedeutungslosigkeit lag auch nicht auf der Hand (vgl. BGH, Urteile vom 15. Mai 1990 - 5 StR 594/89, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 12; 23. September 1999 - 4 StR 700/98, StraFo 2000, 53, 54). Das Landgericht selbst hat einen Sachzusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Gegenstand der Urteilsfindung gesehen. Die unter Beweis gestellte Tatsache betraf tatsächlich einen die Glaubwürdigkeit der Zeugin in der vorliegenden Sache berührenden Umstand (vgl. Urteil vom 23. September 1999 - 4 StR 700/98, StraFo 2000, 53, 54 mwN). In der pauschalen Begründung, die vom Angeklagten behauptete Äußerung der Nebenklägerin, sie wolle den Angeklagten 'in den Knast bringen', ließe keinen zwingenden Schluss zu, liegt daher ein Rechtsfehler. ...“[79]

Zuvor schon:

„ … Will das Tatgericht einen Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit zurückweisen, muss es darlegen, warum es aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Gericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Entscheidungsbildung ohne Einfluss geblieben ist. Dies nötigt zu einer Einfügung der behaupteten Beweistatsache in das bis dahin gewonnene Beweisergebnis (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2013 - 5 StR 143/13, NStZ 2013, 611). Hieran fehlt es. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Verurteilung im Fall II.3. der Urteilsgründe auf diesem Verfahrensfehler beruht. ...“[80]

Die Unterrichtungsfunktion des Ablehnungsbeschlusses;

„ … Der Beschluss, mit dem das Tatgericht die Erhebung eines Beweises wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache ablehnt, hat zum einen den Antragsteller sowie die weiteren Prozessbeteiligten so weit über die Auffassung des Gerichts zu unterrichten, dass diese sich auf die neue Verfahrenslage einstellen und gegebenenfalls noch in der Hauptverhandlung das Gericht von der Erheblichkeit der Beweistatsache überzeugen oder aber neue Anträge mit demselben Beweisziel stellen können; zum anderen muss er dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, ob der Beweisantrag rechtsfehlerfrei zurückgewiesen worden ist und ob die Feststellungen und Erwägungen des Ablehnungsbeschlusses mit denjenigen des Urteils übereinstimmen. Deshalb ist mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Bewei-

79 BGH, Beschluss vom 10.11.2015 - 3 StR 322/15; vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 30.10.2018 - 5 RVs 143/18

80 BGH, Beschluss vom 29.12.2014 - 2 StR 211/14

> serhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 26. Januar 2000 - 3 StR 410/99, NStZ 2000, 267, 268; vom 7. April 2011 - 3 StR 497/10, NStZ 2011, 713, 714). Nach diesen Maßstäben erweist es sich in aller Regel als rechtsfehlerhaft, wenn die Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit allein auf die inhaltsleere Aussage gestützt wird, die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache lasse keinen zwingenden sondern lediglich einen möglichen Schluss zu, den das Gericht nicht ziehen wolle (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2006 - 4 StR 251/06, NStZ-RR 2007, 84, 85; LR/Becker, aaO, § 244 Rn. 225). ...“[81]

Die isolierte Abhandlung von Beweisanträgen und das Unterlassen der notwendigen Gesamtschau kommen in der Praxis zu häufig vor:

> „ … Die von der Revision gerügte Verfahrensweise, dass die Kammer 16 Beweisanträge isoliert abgehandelt und wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit abgelehnt habe, ohne die einzelnen Beweisbehauptungen jeweils in einer Gesamtschau zu würdigen, könnte entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts grundsätzlich einen Rechtsfehler darstellen. Die unterschiedlichen Anträge hatten das gemeinsame Ziel, die Glaubhaftigkeit der Angaben des Mittäters K. und dessen Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. In einem solchen Fall, in dem eine Mehrzahl unter Beweis gestellter Tatsachen gegen die Glaubwürdigkeit sprechen könnte, bedarf es in dem ablehnenden Beschluss einer über die einzelne Beweistatsache hinausgehenden Gesamtwürdigung, warum die zu beweisende Tatsache das Gericht auch im Falle des Nachweises unbeeinflusst gelassen hätte (BGH, Beschluss vom 21. Juni 2006 - 2 StR 57/06, wistra 2006, 385, 386); denn die Ablehnung von Beweisanträgen wegen Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung darf nicht dazu führen, zugunsten des Angeklagten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweiswürdigung zu entziehen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 1989 - 2 StR 735/88, StV 1990, 292, 293; Beschluss vom 27. März 1990 - 1 StR 13/90, StV 1990, 340; Urteil vom 14. Juli 1992 - 5 StR 231/92, NStZ 1992, 551; LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 225; KK/Fischer, StPO, 6. Aufl., § 244 Rn. 145). ...“[82]

Zum Zweck der Begründungspflicht:

> „ … Es kommt hinzu, daß der Begründung des Tatrichters, der von einer unrichtigen Auslegung des Ablehnungsgrundes der Bedeutungslosigkeit ausgegangen ist, eine vollständige Abwägung der maßgeblichen Elemente für eine im Sinne der Erwägung des Senats erweiterte Anwendung des Ablehnungsgrundes der völligen Ungeeignetheit nicht zu entnehmen ist. Durch das Begründungserfordernis des § 244 Abs. 6 StPO soll dem Angeklagten gerade die Möglichkeit eröffnet werden, der Tragfähigkeit der Ablehnungsbegründung des Tatrichters gegebenenfalls entgegenzutreten. Fehlt eine derartige Begründung, kommt eine Verwerfung der Revision, die auf die unrichtig begründete Ablehnung eines Beweisantrages gestützt ist, nach § 337 StPO allenfalls dann in Betracht, wenn ein anderer tragfähiger Ablehnungsgrund vorliegt und zugleich auszuschließen ist, daß der Antragsteller diesen hätte entkräften können, wenn er ihm bereits im Beschluß nach § 244 Abs. 6 StPO mitgeteilt worden wäre (vgl. BGH NStZ 1997, 286). Auch das ließe sich hier nicht ohne weiteres bejahen. ...“[83]

Erwiesensein - § 244 III 3 Nr. 3 StPO

Der Ablehnungsgrund des Erwiesenseins betrifft schon erwiesene Tatsachen, die mithilfe eines Beweisantrages bewiesen werden sollen. Konkret sind das Tatsachen, von deren Richtigkeit das Tatgericht aufgrund des bisherigen Ergebnisses der Be-

81 BGH, Beschluss vom 01.10.2013 - 3 StR 135/13; siehe auch BGH, Beschluss vom 14.05.2013 - 5 StR 143/13, BGH, Beschluss vom 27.11.2012 - 5 StR 426/12, BGH, Urteil vom 07.04.2011 - 3 StR 497/10

82 BGH, Beschluss vom 21.07.2011 - 3 StR 44/11

83 BGH, Urteil vom 12. 06.1997 - 5 StR 58/97

weisaufnahme bereits überzeugt ist und die bereits erwiesene Tatsache ohne weitere Beweisaufnahme seinem Urteil zugrunde legen will.

Ablehnungsgrund, Bindungswirkung, Urteilsfeststellungen

Die im Ablehnungsbeschluss als erwiesen behandelte Tatsache muss als solche in den schriftlichen Urteilsgründen behandelt werden:

> „ … Erachtet das Gericht durch Beschluß eine unter Beweis gestellte Tatsache als erwiesen, so ist diese damit auch für das Urteil bindend. Das Gericht darf sich im Urteil zu ihr nicht in Widerspruch setzen. Dazu gehört auch, daß diese Tatsache in ihrer vollen, aus Sinn und Zweck sich ergebenden Bedeutung unverändert als erwiesen behandelt und nicht in unzulässiger Weise eingeengt wird. Das ist für die Wahrunterstellung einer Beweisbehauptung entschieden (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 6; Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 91; Kleinknecht/Meyer, StPO 38. Aufl. § 244 Rdn. 71 m. zahlr. Nachw.). Um so mehr gilt das für die Wissenserklärung, die behauptete Tatsache sei erwiesen. Maßgebend ist dabei nicht der Wortlaut des Antrages (wenngleich zur Vermeidung von Fehlern zweckmäßigerweise zugrunde zu legen), sondern dessen Sinn und Zweck, wie er sich aus dem gesamten Vorbringen des Angeklagten sowie aus dem Gang der Hauptverhandlung ergibt (BGH bei Holtz MDR 1984, 92; vgl. Herdegen aaO Rdn. 46 m. zahlr. Nachw.). ...“[84]

Ablehnungsgrund, Beweiswürdigung

Im Rahmen der Beweiswürdigung muss dem Ablehnungsgrund ebenfalls Rechnung getragen werden. Andernfalls ist die Beweiswürdigung lückenhaft:

> „ … 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 (Sachakten Bl. 1172 f.). 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 (UA S. 10; siehe auch UA S. 12). Die als erwiesen angesehenen Bekundungen des Geschädigten vor der Hauptverhandlung bleiben unerwähnt.
>
> 2. Diese Verfahrensweise hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die bei der Ablehnung von Beweisanträgen wegen Erwiesenseins von Tatsachen entsprechend gilt (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 1988 - 1 StR 410/88, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 erwiesene Tatsache 1), ist eine Auseinandersetzung mit als wahr unterstellten Tatsachen unter anderem dann erforderlich, wenn die Beweiswürdigung ohne deren Erörterung lückenhaft bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1979 - 2 StR 749/78, BGHSt 28, 310, 311; BGH, Beschluss vom 28. August 1991 - 5 StR 303/91 mwN). So liegt der Fall hier.
>
> Bloße Mutmaßungen in Richtung auf einen dritten Täter aufgrund eines Raschelns im Gebüsch sind namentlich mit der dezidierten Schilderung eines gewalttätigen An-

84 BGH, Urteil vom 18.10.1988 - 1 StR 410/88; ebenso BGH, Beschluss vom 13.10.2021 - 2 StR 477/19; ergänzend: Ventzke, Zur Bindungswirkung der Feststellung einer Tatsache als erwiesen, NStZ 2022, 502 f; siehe weiter BVerwG, Beschluss vom 14.12.2023 - 2 B 42/22

griffs jenes dritten Täters nicht in Einklang zu bringen. Die Existenz eines dritten Täters wäre dabei trotz der sonst gegen den Angeklagten Z. sprechenden Indizien im Hinblick auf die zentrale Bedeutung dieses Aspekts geeignet, die Glaubhaftigkeit der Aussage des Angeklagten L. hinsichtlich der (Mit-)Täterschaft des Angeklagten Z. in Frage zu stellen. Den hierin liegenden Widerspruch im Aussageverhalten des Geschädigten durfte das Landgericht deshalb nicht einfach übergehen.

3. Das Gleiche gilt für den durch die Strafkammer in demselben Beschluss als erwiesen angesehenen, im Urteil aber nicht angesprochenen Umstand, dass der Zeuge A. gegenüber der Polizei zum Aussehen des zweiten Täters Folgendes angegeben hat: „ca. 1,80 m bis 1,90 m groß, leicht gewelltes schulterlanges schwarzes Haar, ausländischer Typ (osteuropäische Richtung), braungebrannter Typ", „schlanke Gestalt" (Sachakten Bl. 1172). Demgegenüber ist der Angeklagte Z. nach den Urteilsfeststellungen 1,96 m groß, wog zur Tatzeit 101,9 kg (UA S. 12) und trug (wohl) kurzes blondes Haar (vgl. UA S. 9). ..."[85]

Ablehnungsgrund - belastende oder entlastende Tatsache

Vom Erwiesensein der Beweistatsache muss das Tatgericht auch dann ausgehen, wenn es sich um eine belastende Tatsache handelt.

„ … Das Landgericht hat diesen Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, die behaupteten Beweistatsachen seien zum Teil bereits erwiesen, zum Teil könnten sie als wahr unterstellt werden. Der Beschwerdeführer beanstandet diese Ablehnung zwar insoweit zu Recht, als das Landgericht nicht deutlich macht, welche Tatsachen es als erwiesen ansieht und welche es als wahr unterstellt; da bereits erwiesene Tatsachen zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden dürfen, als wahr unterstellte Tatsachen dagegen nicht (vgl. KK-Herdegen § 244 Rdn. 85), hatte der Angeklagte ein berechtigtes Interesse, darüber in Kenntnis gesetzt zu werden, wie das Landgericht im einzelnen verfahren ist. ..."[86]

Ablehnungsgrund und Beweiserheblichkeit

Auf die Beweiserheblichkeit der als erwiesen angesehenen Tatsache soll es nicht ankommen. Das steht unter dem Vorbehalt einer etwa vorliegenden Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung.

„ … In den schriftlichen Urteilsgründen finden die Kunden der D. AG Lo. Keine Erwähnung. Zum Verkauf der Zertifikate über die Lo. er Filiale stellt die Strafkammer lediglich fest, dass „der Weiterhandel der so eingekauften CO2-Zertifikate entweder über die Börse ... oder unmittelbar an weitere Handelspartner erfolgte" (UA S. 29).

Es ist aber zulässig, auch unerhebliche Tatsachen als erwiesen im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO zu behandeln (BGH, Urteil vom 1. Juli 1971 - 1 StR 362/70 Rn. 113; Beschluss vom 9. Oktober 2002 - 5 StR 42/02, NJW 2003, 150, 152 [insoweit in BGHSt 48, 34 ff. nicht abgedruckt]), mit der Folge, dass es sich im Einzelfall erübrigen kann, für 'erwiesen' erklärte Tatsachen in den Urteilsgründen ausdrücklich zu erörtern, soweit hierdurch die Beweiswürdigung nicht lückenhaft wird. Die Erörterungsbedürftigkeit in den schriftlichen Urteilsgründen beurteilt sich damit nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme.

Vorliegend war es nicht rechtsfehlerhaft, dass sich die Strafkammer mit den als erwiesen eingestuften Tatsachen im Urteil nicht auseinandergesetzt hat. Die Strafkam-

85 BGH, Beschluss vom 13. 04.2011 - 5 StR 86/11
86 BGH, Urteil vom 28.01.1983 - 1 StR 820/81 –, BGHSt 31, 232-235, Rn. 80

> mer stützt den bedingten Vorsatz des Angeklagten auf eine Vielzahl konkret benannter, auffälliger, ungewöhnlicher und unwirtschaftlicher Umstände, also auf Verdachtsmomente, die den Handel mit den Unternehmen auf der Lieferantenseite wie der Lö. GmbH kennzeichneten. Die Kunden der D. AG Lo. auf der Abnehmerseite spielten für die Risikobewertung der Lieferanten der D. AG F. keine Rolle. Die Strafkammer hat sich auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Angeklagte eine Grundlage hatte, gleichwohl auf einen steuerehrlichen CO2-Handel zu vertrauen. Dies lässt keine Lücken und keine rechtsfehlerhafte Behandlung des gestellten Beweisantrags erkennen. ...“[87]

Ablehnungsgrund und Entlastungszeugen

Die Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Entlastungszeugen mit der Begründung, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme bereits erwiesen, erweist sich nach der Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte als kritisch:

> „ … Die beantragte Vernehmung eines Entlastungszeugen kann regelmäßig nicht mit der Begründung abgelehnt werden, durch die Aussagen der bisherigen Belastungszeugen sei das Gegenteil der behaupteten und unter Beweis gestellten Tatsache bereits erwiesen (KG, Beschl. v. 05.11.2001 - 2 Ss 242/01 - 3 Ws (B) 544/01, NZV 2002, 416; Thüringer Oberlandesgericht, Entscheidung vom 10.11.2004 - 1 Ss 248/04 –, juris; BeckOK OWiG/Hettenbach, 27. Ed. 1.7.2020, OWiG § 77 Rn. 16). Ausnahmen hiervon können vorliegen, wenn die Möglichkeit der Wahrnehmung der behaupteten Tatsache zweifelhaft und daher mit einer Erschütterung einer als verlässlich einzustufenden Aussage nicht zu rechnen ist, was beispielsweise der Fall sein kann, wenn durch die Aussage eines Fahrzeuginsassen hinsichtlich einer zu einem bestimmten Zeitpunkt gefahrenen Geschwindigkeit die als verlässlich einzustufende Aussage des Beamten, der die Geschwindigkeitsmessung vorgenommen hat, widerlegt werden soll (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.12.1998 - 5 Ss OWi 382/98 - (OWi) 159/98 I, NZV 1999, 260; BeckOK OWiG/Hettenbach, 27. Ed. 1.7.2020, OWiG § 77 Rn. 16). Damit ist der vorliegende Fall unter Berücksichtigung der Wahrnehmungsmöglichkeiten des benannten Zeugen und des vernommenen Zeugen jedoch nicht vergleichbar. ...“[88]

Völlige Ungeeignetheit des Beweismittels - § 244 III 3 Nr. 4 StPO

Dieser Ablehnungsgrund bezieht sich vom Wortlaut her auf die Eignung des im Beweisantrag angegebenen Beweismittels. Ist das Beweismittel[89] ungeeignet, kann der Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn die "völlige" Nichteignung des Beweismittels für den Beweis der aufgestellten Beweisbehauptungen feststeht. Soweit so gut. Dazu eine klarstellende Relativierung:

> „ … Die absolute Untauglichkeit muss sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben. Bei der Annahme, die Erhebung eines Beweises erscheine von vornherein gänzlich nutzlos, ist ein strenger Maßstab anzulegen. ...“[90]

Beweisanträge in Bezug auf **Negativtatsachen** haben eher keinen Erfolg:

87 BGH, Urteil vom 15.05.2018 - 1 StR 159/17
88 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.09.2020 - 1 Rb 37 Ss 473/20 m.w.N.
89 BGH, Beschluss vom 10.02.1999 - 3 StR 460/98 zu einer polygraphischen Untersuchung mittels Kontrollfragen- und Tatwissenstests mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 29.04.1997 - 1 StR 156/97; siehe auch BGH, Urteil vom 17.12.1998 - 1 StR 156/98 zum Lügendetektor
90 BGH, Beschluss vom 27.05.2009 - 1 StR 218/09

„ … Die Rüge, die Strafkammer habe den Antrag des Beschwerdeführers auf Auswertung der Standortdaten seines Handys zum Beweis dafür, dass dieses zur Tatzeit nicht im Funkzellenbereich des Tatorts eingeloggt war, sondern sich der Beschuldigte mit diesem anderenorts aufhielt, rechtsfehlerhaft wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels abgelehnt (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 StPO), ist unbegründet. Das Landgericht hat den Antrag zum Nachweis einer **Negativtatsache** rechtsfehlerfrei als Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 StPO verbeschieden. Auch hätte sich die Auswertung der Standortdaten dem Landgericht nicht aufdrängen müssen (§ 244 Abs. 2 StPO). ...“[91]

§ 244 III 3 Nr. 4 StPO kann nach Ansicht des BGH auf Auslandszeugen angewandt werden. Das alles läuft auf restriktive Anwendung des Beweisantragsrecht bei gleichzeitiger Ausweitung der Ablehnungsspielräume hinaus:

„ … (1) Nach § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines - wie hier - im Ausland lebenden und für eine Vernehmung in der Hauptverhandlung unerreichbaren Zeugen auch dann zurückgewiesen werden, wenn der Zeuge zwar für eine im Wege der Rechtshilfe zu bewirkende und grundsätzlich mögliche kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung zur Verfügung steht, das Gericht aber aufgrund der besonderen Beweislage schon vorweg zu der Überzeugung gelangt, dass eine aus einer solchen Vernehmung gewonnene Aussage völlig untauglich ist, zur Sachaufklärung beizutragen und die Beweiswürdigung zu beeinflussen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. August 2003 - 1 StR 282/03, NStZ 2004, 347, 348, und vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11, 22). Allerdings ist bei besonderen Beweiskonstellationen, namentlich wenn es sich bei dem benannten Zeugen um einen besonders wichtiges Beweismittel handelt, die Beurteilung von dessen Beweistauglichkeit eher an den strengen Maßstäben auszurichten, die sonst allgemein für die Bewertung eines Beweismittels als völlig ungeeignet anerkannt sind; ein geminderter oder zweifelhafter Beweiswert kann bei einem besonders wichtigen Entlastungszeugen nicht mit völliger Ungeeignetheit gleichgesetzt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11, 24). In diesen Fällen kann aber eine Ungeeignetheit im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 StPO in Betracht kommen, wenn der Beweiswert einer lediglich kommissarischen oder audiovisuellen Vernehmung des Zeugen vor dem Hintergrund des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme und des zeitlichen und organisatorischen Aufwands der Ladung und Vernehmung mit den damit verbundenen Nachteilen durch die Verzögerung des Verfahrens in einer Weise zurücktritt, dass jeglicher Erkenntniswert für die Sachaufklärung sicher ausgeschlossen werden kann (BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11, 23 f.). Eine Vernehmung durch audiovisuelle Vernehmung oder durch den kommissarischen Richter im Wege der Rechtshilfe ist nämlich nicht sinnvoll, sondern nutzlos und überflüssig - insoweit ist der Zeuge dann ein ungeeignetes Beweismittel - , wenn durch die Verlesung der Niederschrift über die kommissarische Vernehmung oder die audiovisuelle Vernehmung das Beweisergebnis nicht beeinflusst werden kann, weil von vornherein abzusehen ist, dass nur die Vernehmung vor dem erkennenden Gericht die nach Sach- und Beweislage erforderliche Ausschöpfung des Beweismittels gewährleistet (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1999 - 5 StR 632/98, NJW 2000, 443, 447 mwN, insoweit nicht in BGHSt 45, 270 abgedruckt).

(2) Ob nur eine Vernehmung eines Zeugen unmittelbar vor dem erkennenden Gericht zur Wahrheitsfindung beizutragen vermag, hat der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden (vgl. BVerfG, NJW 2014, 1082, 1083; BGH, Beschluss vom 17. November 2020 - 3 ARs 14/20, NStZ-RR 2021, 22, 23). Diese Entscheidung, bei der die wechselseitigen Interessen aller Verfahrensbeteiligten zu be-

91 BGH, Beschluss vom 12.01.2024 - 1 StR 411/23

rücksichtigen, gegeneinander abzuwägen und miteinander in Ausgleich zu bringen sind und die notwendig eine gewisse Vorauswürdigung des Beweismittels erfordert, unterliegt nur in eingeschränktem Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfung. Sie kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, von der abzuweichen der Senat keinen Anlass sieht, nur bei Widersprüchen, Unklarheiten, Verstößen gegen Denk- und Erfahrungssätze oder damit vergleichbaren Mängeln vom Revisionsgericht beanstandet werden (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1999 - 5 StR 632/98, NJW 2000, 443, 447; Beschlüsse vom 26. August 2003 - 1 StR 282/03, NStZ 2004, 347, 348, und vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11, 22).

(3) Hiervon ausgehend ist gegen die Bewertung der Strafkammer, für einen belastbaren Erkenntnisgewinn komme allein eine persönliche Einvernahme der beiden Brüder B. in Betracht, eine audiovisuelle oder kommissarische Vernehmung sei demgegenüber ohne jeglichen Erkenntnisgewinn, revisionsrechtlich nichts zu erinnern. Die Strafkammer hat einerseits die besondere Beweisbedeutung der Zeugen herausgestellt, andererseits den Beweisantrag anhand der bereits erhobenen Beweise gewürdigt und die Tatnähe der Zeugen gesehen, denen auch mit Blick auf die gegen bei den Staatsanwaltschaften Frankfurt am Main und Hamburg geführten Ermittlungsverfahren ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht. Sie hat ferner deren Verbundenheit zum Angeklagten, sowie den Umstand würdigend herangezogen, dass eine Falschaussage nicht effektiv sanktionierbar wäre und sich die auf Distanz zu befragenden Zeugen dem durch Frage und Antwort entstehenden Spannungsverhältnis leichter entziehen könnten, es der Strafkammer also nicht möglich wäre, sich einen hinreichenden Eindruck von den individuellen Eigenarten der Zeugen und ihrem nonverbalen Aussageverhalten zu verschaffen. Dies lässt revisionsrechtlich durchgreifende Rechtsfehler nicht erkennen.

(a) Gegenüber einer audiovisuellen Vernehmung stellt die unmittelbare Befragung eines Zeugen die Regel dar; die audiovisuelle Vernehmung weist im Vergleich zu einer unmittelbaren Einvernahme gewisse Defizite auf (vgl. BGH, Beschluss vom 17. November 2020 - 3 ARs 14/20, NStZ-RR 2021, 22, 23). Es ist anerkannt, dass sich eine auf Distanz befragte Person dem durch Frage und Antwort entstehenden Spannungsverhältnis eher wird entziehen können als in direktem Kontakt in ein und demselben Raum, es durch die technisch bedingte Distanz zudem schwieriger sein wird, im Vorfeld der Aussage Hemmungen abzubauen, Vertrauen zu erwecken und sich selbst einen hinreichenden Eindruck von der individuellen Eigenart der Auskunftsperson und ihrem nonverbalen Aussageverhalten zu verschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 15. September 1999 - 1 StR 286/99, BGHSt 45, 188, 196), zumal wenn - wie hier - der Zeuge der Beteiligung an der Tat verdächtig ist, ihm deswegen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Februar 2022 - 4 StR 392/20, NStZ 2022, 634, 635 zu § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO) und er - wie die Zeugen B. - Scheu gezeigt hat, vor der Strafkammer in Deutschland Angaben zu machen, naheliegend auch aus Furcht vor strafrechtlicher Verfolgung wegen Falschaussage (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 1 StR 282/03, NStZ 2004, 347, 348). Dieser Befund wird durch die zunehmende Verbesserung und Bedeutung audiovisueller Kommunikationsmittel nicht grundlegend in Frage gestellt. So hat beispielsweise auch der Gesetzgeber den mit Wirkung zum 1. Juli 2021 gemäß § 463e StPO ermöglichten Einsatz von Videoübertragungstechnik unabhängig von einer vorherigen Einwilligung des Betroffenen in Fällen, in denen die gleichzeitige Anwesenheit des Betroffenen und des Richters eine bessere Aufklärung entscheidungserheblicher Gesichtspunkte verspricht, für untunlich gehalten (vgl. BT-Drucks. 19/27654, S. 114), für besonders gewichtige Entscheidungen sogar ganz ausgeschlossen (§ 463e Abs. 1 Satz 3 StPO).

(b) Auch die ungeklärte Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für eine Falsch-

aussage im konkreten zwischenstaatlichen Verhältnis ist ein bei einer nur audiovisuell vorgenommenen Zeugenvernehmung ein weiteres Defizit, dass die Strafkammer in Betracht nehmen durfte (vgl. BGH, Beschluss vom 26. August 2003 - 1 StR 282/03, NStZ 2004, 347, 348). Sie setzt sich damit - entgegen der Auffassung der Revision - auch nicht in Widerspruch dazu, dass sie für den Fall des mit weiteren Defiziten nicht belasteten persönlichen Erscheinens des Zeugen N. B. in Deutschland freies Geleit erwirkt hat.

(c) Die Gründe des Zurückweisungsbeschlusses lassen auch nicht besorgen, dass die Strafkammer die besondere Bedeutung der beiden als Entlastungszeugen benannten Brüder B. und deshalb den für eine Vorauswürdigung des Beweismittels gebotenen Prüfungsmaßstab verkannt haben könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11, 24; vgl. auch - zu § 244 Abs. 5 StPO: BGH, Beschluss vom 16. Februar 2022 - 4 StR 392/20, NStZ 2022, 634 f. mit Anm. Ventzke). Vielmehr hat die Strafkammer ausweislich des Zurückweisungsbeschlusses der Vernehmung der Zeugen sehr große Bedeutung beigemessen und jedenfalls nachvollziehbar dargetan, dass es angesichts dieser besonderen Bedeutung der unter Beweis gestellten Angaben der Zeugen im Lichte der bisherigen Beweisaufnahme auf einen unmittelbaren sowie authentischen Eindruck des gesamten Aussageverhaltens der Zeugen ankomme. Mit der freilich missverständlichen Formulierung, die unter Beweis gestellten Angaben der Zeugen, wie sie auch in deren schriftlichen Stellungnahmen enthalten waren, seien 'bereits widerlegt', bringt die Strafkammer jedenfalls auch zum Ausdruck, dass für die Beweisbehauptungen allein die Angaben der Zeugen zur Verfügung stehen und diese dem bisherigen, durch bereits eingeführte Urkunden (u.a. die 'Oma-SMS') gestützten Beweisergebnis in wesentlichen Teilen widersprechen. Wenn es hiervon ausgehend Anlass zu einer besonders gründlichen Vergewisserung der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen sieht und deswegen dem persönlichen Eindruck von den Zeugen in der Hauptverhandlung erhebliches Gewicht beimisst, ist auch dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

ee) Ohnedies kann das angefochtene Urteil nicht auf der Zurückweisung des Antrags auf audiovisuelle oder kommissarische Vernehmung der Zeugen B. beruhen. Der im Zurückweisungsbeschluss dargelegte und auch von der Revision mitgeteilte Verfahrensgang belegt, dass die Zeugen N. und C. B. für eine audiovisuelle Vernehmung tatsächlich unerreichbar waren. Ein im Ausland lebender Zeuge, dessen Erscheinen nicht erzwungen werden kann, ist unerreichbar, wenn er sich definitiv weigert, vor dem erkennenden Gericht auszusagen (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Februar 2001 - 3 StR 554/00, StV 2001, 664 mwN). So verhält es sich hier.

(1) Für den Angeklagten N. B. hat Rechtsanwalt W. dies ausdrücklich erklärt. Er hatte mit Schriftsatz vom 11. November 2019 mitgeteilt, dass der Vernehmung seines Mandanten, 'egal in welcher Form', entgegenstehe, dass ihm Einsicht in die Akte des gegen seinen Mandanten geführten Verfahrens vorenthalten werde. Nachdem er in der Folgezeit Einsicht in die Akten der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main erhalten hatte und seinem Mandanten - von der Strafkammer auf Bitten von Rechtsanwalt W. erwirkt - freies Geleit zugesagt worden war, hat er die Aussagebereitschaft seines Mandanten an eine Auskunft über weitere anhängige Verfahren gegen seinen Mandanten und schließlich an die Einsicht auch in Akten der Staatsanwaltschaft Hamburg geknüpft. Sodann hat er mit Schriftsatz vom 28. Mai 2020 mitgeteilt, dass die Staatsanwaltschaft weder bereit sei, Auskunft über 'ggf. anhängige Verfahren gegen Herrn B. zu erteilen', noch Einsicht in ein weiteres Verfahren bei der Staatsanwaltschaft Hamburg zu gewähren, er deswegen seinem Mandanten nicht raten könne, Gebrauch vom sicheren Geleit zu machen. Er hätte sich gewünscht, dass sein Mandant zur Wahrheitsfindung beitragen könne, 'dies alles' werde aber 'unter den gegebenen Bedingungen leider nicht stattfinden können'. Da die geforderte Einsicht

in die Akten der Staatsanwaltschaft Hamburg nicht erlangt werden konnte, steht fest, dass sich der Zeuge N. B. Einer audiovisuellen Vernehmung nicht gestellt hätte.

(2) Gleiches gilt für den Zeugen C. B. , auch wenn dieser seine Bereitschaft, zu einer audiovisuellen Vernehmung zur Verfügung zu stehen, nicht ausdrücklich in Abrede gestellt hat. Rechtsanwalt Bu. hat aber bereits mit Schreiben vom 18. September 2019 den Gleichlauf der Aussagebereitschaft der beiden Brüder deutlich gemacht, in dem er für den Zeugen C. B. mitgeteilt hat, dass eine Videovernehmung vorstellbar sei, dem aber noch entgegenstehe, dass er keine Akteneinsicht in dem gegen seinen Mandanten und gegen dessen Bruder N. B. gerichteten Ermittlungsverfahren erhalten habe. Wie sein Bruder hat auch der Zeuge C. B. zunächst das Akteneinsichtsbegehren auf Akten der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main bezogen; erst später ist im Verfahren gegen den Angeklagten das bei der Staatsanwaltschaft Hamburg geführte Ermittlungsverfahren thematisiert worden. Insoweit bestand aber für beide Zeugen eine gleichgerichtete Interessenlage. Wie sich aus den Gründen des ersten Zurückweisungsbeschlusses ergibt, standen beide Brüder nicht nur im Verdacht, an der verfahrensgegenständlichen Tat beteiligt gewesen zu sein, sondern auch, den Versuch unternommen zu haben, den Angeklagten nach der Tatbegehung zu erpressen, weswegen 'bereits entsprechende Ermittlungsverfahren gegen die beiden Zeugen bei den Staatsanwaltschaften Frankfurt und Hamburg anhängig' sind. Dies bestätigend trägt die Revision (Begründung vom 22. Januar 2021, S. 149) vor, dass die Bemühungen der Strafkammer um eine persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung auch deswegen gescheitert seien, 'weil die Zeugen Strafverfolgungsmaßnahmen aufgrund von bei der Staatsanwaltschaft Hamburg geführten Verfahren' befürchtet hätten. Hiermit in Einklang steht, dass, nachdem Rechtsanwalt W. mit Einverständnis der Staatsanwaltschaft Einsicht in das der Strafkammer vorliegende Verfahren gegen N. B. gewährt worden war, nicht nur dieser, sondern auch sein Bruder C. B. dem zuvor mit der Strafkammer vereinbarten Termin zur Zeugeneinvernahme ferngeblieben ist, und dass sich Rechtsanwalt Bu. auf eine dem Aussageverweigerungsschreiben von Rechtsanwalt W. vom 28. Mai 2020 nachfolgende telefonische Anfrage der Strafkammer betreffend die Aussagebereitschaft von C. B. (in Frankfurt am Main) bis zum Abschluss der Hauptverhandlung nicht mehr gemeldet hat. Das belegt - jedenfalls in der Zusammenschau - zur Überzeugung des Senats zweifelsfrei, dass die Aussagebereitschaft des Zeugen C. B. an die gleichen Voraussetzungen geknüpft war, wie sie sein Bruder, der Zeuge N. B., sukzessive gegenüber der Strafkammer formuliert hat. Da diese Bedingungen nicht erfüllbar waren, war folglich auch der Zeuge C. B. für eine audiovisuelle Vernehmung durch die Strafkammer nicht erreichbar.

c) Die Zurückweisung des Antrags auf Verlesung der für die Zeugen B. abgegebenen Erklärungen bzw. Stellungnahmen ist zwar rechtlich bedenklich. Auch hierauf kann das angefochtene Urteil aber nicht beruhen.

aa) Zu Recht macht die Revision geltend, dass der Beweisantrag nicht auf eine vernehmungsersetzende Verlesung gerichtet war und daher nicht nur - wie geschehen - unter Aufklärungsgesichtspunkten zu prüfen gewesen wäre. Dahinstehen kann, ob die Prüfung des Antrags - wie die Revision meint - am Maßstab des § 244 Abs. 3 StPO oder - soweit es sich um 'sonstige herbeigeschaffte' sachliche Beweismittel im Sinne des § 245 Abs. 2 Satz 1 StPO gehandelt hat - nach § 245 Abs. 2 StPO zu erfolgen hatte. Eine solche Prüfung ist unterblieben und kann vom Revisionsgericht nicht nachgeholt werden.

bb) Der Senat kann im vorliegenden Fall aber sicher ausschließen, dass das angefochtene Urteil auf der unzureichenden Zurückweisung des auf Verlesung von Stellungnahmen gerichteten Antrags beruht. Denn die Strafkammer hat sich ausweislich

der Urteilsgründe in ihrer Beweiswürdigung umfassend und nach allen Seiten mit dem Inhalt dieser 'schriftlichen Stellungnahmen der Brüder B. 'auseinandergesetzt, einschließlich der Stellungnahmen, 'die ihre jeweiligen Verteidiger vorformuliert hatten', und die 'umfangreich mit dem Angeklagten im Rahmen seiner Einlassung' erörtert worden waren. Dass sich aus der abgelehnten Verlesung weitergehende - namentlich entlastende - Erkenntnisse oder Wertungen ergeben hätten, ist auszuschließen; auch die Revision zeigt nichts Derartiges auf. Auf den genauen Wortlaut der schriftlichen Stellungnahme von Rechtsanwalt W. kam es auch nach dem Beweisantrag ersichtlich nicht an, sondern allein auf die inhaltliche Frage, wie sich die Zeugen B. in den gegen sie geführten Verfahren zu dem hier anklagegegenständlichen Sachverhalt positioniert hatten; all dies hat die Strafkammer aber entsprechend den Beweisbehauptungen - wenn auch nicht mit dem vom Angeklagten erhofften Ergebnis - berücksichtigt. Auch ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Inhalt der Stellungnahme, deren Verlesung beantragt war, unklar war oder im Streit stand. Demnach kann das Urteil nicht darauf beruhen, dass das besagte Schriftstück nicht verlesen wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Mai 2016 - 4 StR 458/15, NStZ 2016, 691 mwN).

d) Auch soweit die Revision wegen der soeben dargestellten Berücksichtigung des Inhalts der Stellungnahmen der Brüder B. in den Urteilsgründen, ohne dass diese verlesen worden waren, einen Verstoß gegen § 261 StPO erblickt, bleibt sie ohne Erfolg.

aa) Mit der Revision ist allerdings davon auszugehen, dass die Stellungnahmen der Brüder B. nicht - wie beantragt - zu Beweiszwecken verlesen worden sind. Die nicht vom Angeklagten stammenden, teilweise umfangreichen Stellungnahmen konnten weder durch Vorhalte an den Angeklagten noch durch deren Erörterung mit diesem ordnungsgemäß als Urkunde eingeführt werden. Auch die vom Landgericht vorgenommene Verlesung der Stellungnahmen der Brüder B. nach § 251 Abs. 3 StPO führte nicht dazu, dass sich die beantragte Beweiserhebung im Urkundsbeweis erübrigt hätte (vgl. Senat, Beschluss vom 11. Januar 1991 - 2 StR 311/90, StV 1991, 148, 149; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 65. Aufl., § 251 Rn. 37; LR-Cirener/Sander, 27. Aufl., § 251 Rn. 73).

bb) Hierin liegt indes kein durchgreifender Rechtsfehler, auf dem im vorliegenden Fall das angefochtene Urteil beruhen könnte.

(1) Das Landgericht hat nicht eine 'verlesene' Stellungnahme verwertet, auch nicht deren Wortlaut wiedergegeben oder auf eben diesen Wortlaut abgestellt; es kam - wie bereits dargelegt - ersichtlich auch nicht auf den genauen Wortlaut der Stellungnahmen an, sondern nur auf deren wesentlichen Inhalt. Ist aber der Inhalt eines Schriftstücks in der Hauptverhandlung - wie hier - erörtert worden und steht nicht im Streit, dass das (hier von der Verteidigung zur Entlastung des Angeklagten vorgelegte) Schriftstück diesen Inhalt hat, so kann schon deshalb das Urteil jedenfalls nicht darauf beruhen, dass das Schriftstück nicht verlesen worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 1957 - 4 StR 165/57 Rn. 7; Beschluss vom 22. September 2006 - 1 StR 298/06, NStZ 2007, 235, 236; KK-StPO/Diemer 8. Aufl., § 249 Rn. 52; LR-StPO/Mosbacher, 27. Aufl., § 249 Rn. 108).

(2) Vorliegend kommt hinzu, dass die Strafkammer den Schuld- und den Strafausspruch allein auf andere Beweismittel gestützt hat, die sie - der Zielrichtung des Beweisantrags entsprechend - ins Verhältnis zu den unter Beweis gestellten Behauptungen gestellt hat, die den Angeklagten entlasten sollten. Die Feststellungen zur 'Haupttat' und dazu, dass diese aufgrund eines Auftrages begangen wurde, hat die Strafkammer auf die 'nachvollziehbaren, sehr anschaulichen und detaillierten Schilderungen' des Zeugen Dr. J. gestützt. Auf Grundlage der ihrer Ansicht nach insoweit glaubhaften Einlassung des Angeklagten hat sie ferner festgestellt, dass dieser An-

schlag aus dem Umfeld des Angeklagten und von den Brüdern B. initiiert worden war. Ihre Überzeugung von der dem Schuldspruch zugrundeliegenden Anstiftung hat die Strafkammer maßgeblich auf die auf dem Mobiltelefon gespeicherte 'Oma-SMS' sowie die heimlich angefertigte Tonaufnahme über ein Gespräch vom 28. Juni 2010 gewonnen. Hierzu hat sie besagte SMS einer umfassenden, sich über zehn Urteilsseiten erstreckenden Würdigung, die neben der Textauslegung auch eine ausführliche Begründung für die Zuordnung der SMS zu N. B. enthält, unterzogen und sich ausführlich mit vorangegangenen Angaben des Angeklagten in einem Haftprüfungstermin auseinandergesetzt. In diesen hat sie nachvollziehbar eine teilweise Bestätigung der aus der nachträglich bearbeiteten Tonaufzeichnung gezogenen Schlussfolgerungen gesehen. Ihre Überzeugung von der Art der bei der Tonaufzeichnung vorgenommenen Manipulationen hat die Strafkammer auf ein ebenfalls ausführlich dargelegtes und erörtertes Sachverständigengutachten gestützt. Unter Berücksichtigung all dessen hat die Strafkammer schließlich die in den Stellungnahmen der Brüder B. zu den Beweisbehauptungen (zur Tat und zur Tonbandmanipulation) enthaltenen Angaben als in den wesentlichen Punkten unglaubhaft und widerlegt angesehen. Damit kann das Urteil ersichtlich nicht darauf beruhen, dass die Strafkammer die Stellungnahmen der Brüder B. - nach Ansicht der Revision entgegen § 261 StPO - nicht außer Betracht gelassen hat. Es ist ausgeschlossen, dass die Verlesung der Stellungnahmen zu einem anderen, dem Angeklagten günstigeren Ergebnis geführt haben könnte.

(3) Ebenso wenig ist ersichtlich, wie sich der Angeklagte anders oder ergänzend verteidigt hätte, wenn die Schriftstücke entsprechend seinem Beweisantrag verlesen worden wären, zumal die Strafkammer im Zurückweisungsbeschluss - mit Blick auf die beantragte audiovisuelle Vernehmung - niedergelegt hat, dass sie den Inhalt der schriftlichen Stellungnahmen der Zeugen B. zwar zur Kenntnis genommen, deren wesentlichen Inhalt aber aufgrund der bis dahin erfolgten Beweisaufnahme für 'widerlegt' erachtet hat. ...“[92]

Vormals beschränkte der BGH die Zurückweisung des Zeugenbeweises auf "seltene Ausnahmefälle":

„ … Auch die vom Oberlandesgericht gegebene Hilfsbegründung, Manfred R sei als Zeuge ein völlig ungeeignetes Beweismittel, trägt die Ablehnung des Hilfsbeweisantrages nicht. Es ist zwar denkbar, daß in ganz seltenen Ausnahmefällen auch ein Zeuge ein völlig ungeeignetes Beweismittel sein kann, zum Beispiel wenn er unter besonderen Umständen zu sachdienlichen Angaben von vornherein nicht bereit ist (vgl. BGH NStZ 1982, 41) oder wenn er wegen besonderer Umstände "mit Sicherheit" von vornherein "als ganz und gar unglaubwürdig" abqualifiziert werden darf (vgl. BGH bei Holtz MDR 1978, 281; Herdegen aaO Rdn 88 mit weiteren Nachweisen).

Ein solcher seltener Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Auch wenn Manfred R in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren als Angeklagter hemmungslos um seiner Sache willen die Unwahrheit auch zugunsten seiner Freunde gesagt hat, läßt das nicht nach sicherer Lebenserfahrung den Schluß zu, daß er nach seiner rechtskräftigen Verurteilung zu einer zeitigen Freiheitsstrafe als Zeuge mit der Gefahr weiterer Bestrafung ebenfalls, ohne daß sich die geringste Möglichkeit einer anderen Entwicklung ergeben könnte, falsch aussagen wird. Ferner kann nicht von vornherein ganz und gar ausgeschlossen werden, daß die Zeugin V sich bei einer Gegenüberstellung mit dem Gesprächspartner Manfred R doch an irgendwelche Erörterungen über den fragli-

92 BGH, Urteil vom 23.11.2022 - 2 StR 142/21 ganz im Sinne der Modernisierung der Einschränkung von Verteidigungsrechten; kritisch dazu Beukelmann/Heim, Umgang mit Auslandszeugen, NJW-Spezial 2023, 56; siehe auch Trüg, Tatidentität und audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen - welche Bedeutung hat das Strafverfahrensrecht noch?, StV 2023, 350 ff

chen Besuch bei den Angeklagten Sc erinnert, wenn ihr der Gesprächszusammenhang, äußere Umstände oder eventuelle markante Begebenheiten vorgehalten werden können. ...“[93]

Zur völligen Nutzlosigkeit des Beweismittels aus „grauen Vorzeiten“ der BGH in Zivilsachen:

„ … Dieses Verfahren begegnet Bedenken. Wegen Ungeeignetheit darf ein Beweismittel nur dann als unbeachtlich abgelehnt werden, wenn der angebotene Beweis als völlig ungeeignet zur Führung des bezweckten Nachweises und die Erhebung des Beweises deshalb als völlig nutzlos erachtet werden kann, mithin jede Möglichkeit als ausgeschlossen angesehen werden darf, daß die Beweisaufnahme irgend etwas für die Überzeugungsbildung des Gerichts Sachdienliches ergeben werde (vgl. u. a. RGSt 1958, 378, 380, BGH NJW 1956, 1480; BGH DRiZ 1959, 252). Für die Annahme, daß diese Voraussetzungen hier gegeben seien, reichen die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht aus. Das Berufungsgericht - das allein Dr. R, gegen den sich der Vorwurf der Amtspflichtverletzung richtet, als Zeugen über die streitige Behauptung gehört hat - hat nicht ausreichend zu begründen vermocht, weshalb die Vernehmung des Dr. Noelle und des Dr. S unter keinen Umständen etwas Sachdienliches für die Frage der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Behauptungen ergeben könne. Entsprechendes gilt für die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens abgelehnt hat. Insoweit läßt das angefochtene Urteil auch nicht erkennen, daß das Berufungsgericht selbst über eine ausreichende Sachkunde in den einschlägigen medizinischen Fragen verfügte, um beurteilen zu können, daß auch der erfahrenste Sachverständige über die streitige Behauptung nur nach Untersuchung des Kindes Heike etwas Sachdienliches werde aussagen können, zumal möglicherweise schon Beweisanzeichen für die Entscheidung ausreichten, welcher Befund zuverlässiger war. ...“[94]

Grundlegend dazu:

„ … Die Erwägungen, mit denen die Strafkammer den Beweisantrag der Staatsanwaltschaft zurückgewiesen hat, halten der Nachprüfung nicht stand. Als völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel nur dann einzustufen, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis sagen kann, daß sich mit diesem Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen läßt. Die absolute Untauglichkeit muß sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben. Es geht nicht an, allein aus dem Ergebnis der schon durchgeführten Beweisaufnahme einen Schluß auf die Wertlosigkeit des zu benutzenden Beweismittels zu ziehen: Wollte man einen solchen Schluß zulassen, so würde man den legitimen Versuch eines Prozeßbeteiligten verhindern, die aus den gebrauchten Beweismitteln erwachsenen Vorstellungen von den zu untersuchenden Ereignissen oder Zuständen durch einen Gegenbeweis auszuräumen, und damit die dem Gericht obliegende vollständige Aufklärung des Sachverhalts beeinträchtigen. Bei der Annahme, die Erhebung eines Beweises erscheine von vornherein gänzlich nutzlos, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Ein geminderter, geringer oder zweifelhafter Beweiswert darf nicht mit völliger Ungeeignetheit gleichgesetzt werden. Ist ein Zeuge benannt, so kommt es darauf an, ob Umstände vorliegen, die eindeutig dagegen

93 BGH, Urteil vom 24.08.1983 - 3 StR 176/83 (S); Was in diesem Sinne fortan noch als ein seltener Ausnahmefall anerkannt wird, bleibt mit zunehmender Zeit unscharf. Weiterer Hinweis: KG Berlin, Beschluss vom 02.02.2024 - 3 ORbs 9/24 zur Darlegung der Bedingung, unter dem Beweisantrag gestellt worden ist und wodurch diese Bedingung eingetreten ist.

94 BGH, Urteil vom 18.01.1962 - III ZR 155/60

> sprechen, er könne im Falle einer Aussage vor Gericht etwas zur Sachaufklärung beitragen (vgl. BGHSt 14, 339, 342; BGH GA 1956, 384, 385; BGH, Urt. vom 15. November 1977 - 5 StR 519/77 - bei Holtz MDR 1978, 281; BGH, Urt. vom 6. Juli 1988 - 2 StR 315/88 - bei Miebach NStZ 1989, 219; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 601 ff.; Gollwitzer in Löwe/ Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 278 f.; Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 76). Diesen Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht: Aus der telefonischen Äußerung der Zeugin ergibt sich, daß sie in der Lage ist, zu dem Beweisthema sachdienliche Angaben zu machen. Soweit die Strafkammer meint, ausgeschlossen sei dabei das Gelingen des Nachweises, die Zeugin "habe den Anruf getätigt, um den Angeklagten B. zu warnen", beruht dies, wie der Generalbundesanwalt zu Recht hervorhebt, auf einer unzulässigen Vorwegnahme der Beweiswürdigung. Für "die sachliche Richtigkeit" der Darstellung, welche die Zeugin bei dem mit dem Berichterstatter der Strafkammer geführten Ferngespräch gegeben hat, zieht das Gericht sowohl ihr als überzeugend angesehenes Aussageverhalten bei diesem Anruf als auch die Übereinstimmung mit den Aussagen anderer Zeugen heran. Mit dieser Begründung durfte aber einer in der Hauptverhandlung zu machenden Aussage der Zeugin nicht jeglicher Beweiswert abgesprochen werden. ...“[95]

Eine weitere Aufweichung dieses Ablehnungsgrundes erfolgt durch die Vorgabe, das Tatgericht müsse keine Beweise erheben, deren Gelingen in Folge völliger Ungeeignetheit des benannten Beweismittels von vorneherein ausgeschlossen "erscheint". So soll ein Sachverständiger ein „ungeeignetes“ Beweismittel sein, wenn es an den tatsächlichen Grundlagen für das zu erstattende Gutachten fehlt.[96] Eine handfeste Definition des Attributs „völlig“, die über die angenommene „Nichteigung“ des Beweismittels hinausgeht, fehlt. Die Annahme einer „geringgradigen Wahrscheinlichkeitsaussage“ durch das Tatgericht soll für die „Völligkeit“ genügen.[97]

Dazu gibt es Irritationen, zum Beispiel weil es entgegen der Annahme von Tatgerichten nicht auf die Beweisziele ankommt:

> „ … Entgegen der Auffassung des Landgerichts kam es für die Frage, ob der benannte Zeuge als Beweismittel völlig ungeeignet war, nicht auf die im Beweisantrag angeführten Beweisziele, sondern auf die unter Beweis gestellten Tatsachen an. Völlig ungeeignet i.S.d. § 244 Abs. 3 Satz 2 Variante 4 StPO ist ein Beweismittel nur dann, wenn mit dem vom Antragsteller benannten Beweismittel die behauptete Beweistatsache nach sicherer Lebenserfahrung nicht bestätigt werden kann (vgl. nur BGH, Beschluss vom 30. Januar 2013 - 2 StR 468/12, NStZ-RR 2013, 185; Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 230 mwN). Der ablehnende Beschluss bedarf einer Begründung, die ohne jede Verkürzung oder sinnverfehlende Interpretation der Beweisthematik alle tatsächlichen Umstände dartun muss, aus denen das Gericht auf die völlige Wertlosigkeit des angebotenen Beweismittels schließt (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1991 - 1 StR 99/91, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 10; Beschluss vom 24. Juni 2008 - 3 StR 179/08, NStZ 2008, 707; Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 243).
>
> Diesen Anforderungen wird der ablehnende Beschluss nicht gerecht. Er verfehlt den Sinn des Beweisantrags. Nach dessen Wortlaut waren Beweisbehauptungen aufgestellt, die sich - soweit sie Tatsachen betreffen - unmittelbar auf Vorgänge bei O. im Zusammenhang mit der Vergabe von IT-Dienstleistungen bezogen. Das Landgericht

95 BGH, Urteil vom 27.04.1993 - 1 StR 123/93
96 BGH, Urteil vom 14.06.1960 - 1 StR 73/60, BGHSt 14, 339-343
97 So zuletzt: BGH, Beschluss vom 07. 12..2021 - 5 StR 215/21

> hat indessen den Antrag dahin verkürzt, ob der benannte Zeuge Angaben zu einem nicht in dessen Wissen gestellten E-Mail-Verkehr, zu Einschätzungen des Angeklagten oder zu anderen Vertragsgestaltungen machen könne und damit seiner Entscheidung anstatt der unter Beweis gestellten Beweistatsache allein vermeintliche Beweisziele des Antrags zugrunde gelegt.
>
> Dass der benannte Zeuge als Geschäftsführer der Firma T. (früher: O.) zu den unter Beweis gestellten Vorgängen bei O. keine Angaben machen könnte, erschließt sich auch ansonsten nicht. Erwartungsgemäß wird gerade der Verantwortliche eines Unternehmens (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 15. Januar 2014 - 1 StR 379/13, NStZ 2014, 282 Rn. 16 f.) schon aus seiner beruflichen Kenntnis heraus zu den unter Beweis gestellten Umständen der Vergabe von IT-Dienstleistungen Angaben machen können. ...“[98]

Das Beweisziel ist kein notwendiger Bestandteil eines Beweisantrages im Sinne des § 244 III 1 StPO.[99]

Zur Dimension der „Völligkeit“ gibt es interpretationsfähige Ausführungen des BGH:

> „ … Zwar kann ein Beweisbegehren, das sich auf ein völlig ungeeignetes Beweismittel stützt, nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden. Dabei muss es sich aber um ein Beweismittel handeln, dessen Inanspruchnahme von vornherein gänzlich aussichtslos wäre, so dass sich die Erhebung des Beweises in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste (vgl. BGH StV 1997, 338, 339). Der ablehnende Beschluss bedarf einer Begründung, die ohne jede Verkürzung oder sinnverfehlende Interpretation der Beweisthematik alle tatsächlichen Umstände dartun muss, aus denen das Gericht auf die völlige Wertlosigkeit des angebotenen Beweismittels schließt. Hieran fehlt es. Für die völlige Ungeeignetheit der benannten Zeugen ist auch sonst nichts erkennbar. ...“[100]

Als grundlegend sind die nachfolgenden Ausführungen, die einen strengen Maßstab einfordern und einen geminderten, geringen oder zweifelhaften Beweiswert nicht ausreichen lassen, einzustufen:

> „ … Als völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel nur dann einzustufen, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis sagen kann, dass sich mit diesem Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt. Die absolute Untauglichkeit muss sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben. Bei der Annahme, die Erhebung eines Beweises erscheine von vornherein gänzlich nutzlos, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Ein geminderter, geringer oder zweifelhafter Beweiswert darf nicht mit völliger Ungeeignetheit gleichgesetzt werden. Ein Sachverständiger ist nur dann ein ungeeignetes Beweismittel, wenn auszuschließen ist, dass er sich zur vorgelegten Beweisfrage sachlich überhaupt äußern kann. Geeignetes Beweismittel ist er auch dann, wenn die vorhandenen Anknüpfungstatsachen ihm die Darlegung solcher Erfahrungssätze oder Schlussfolgerungen erlauben, die für sich allein die unter Beweis gestellte Behauptung lediglich wahrscheinlicher machen (vgl. BGH NStZ 1985, 562; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 2, 6, 14 und 16). Angesichts der von der Kammer

98 BGH, Urteil vom 21.08.2014 - 1 StR 13/14; BGH, Urteil vom 15.12.2011 - 3 StR 365/11 zu Schlussfolgerungen im Beweisantrag

99 BGH, Beschluss vom 12.05.2022 - 5 StR 450/21

100 BGH, Beschluss vom 12.01.2010 - 3 StR 519/09

getroffenen Feststellungen zum Verletzungsbild des Geschädigten erscheint es entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein rechtsmedizinischer Sachverständiger zumindest Wahrscheinlichkeitsaussagen zur Position von Täter und Opfer machen kann. ...“[101]

Bloße Annahmen sollen für die Ablehnung nicht ausreichen:

„ … Zwar ist bei der Prüfung der völligen Ungeeignetheit in Grenzen eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und dabei auch Freibeweis zulässig (vgl. BGH NStZ 1985, 14 bei Pfeiffer/Miebach; LR-Gollwitzer StPO 25. Aufl. § 244 Rdn. 277, 278). Die bloße Annahme, der Zeuge werde die Beweisbehauptung nicht bestätigen, genügt aber nicht (BGH NStZ-RR 1997, 102). Es muß feststehen, daß eine verwertbare Aussage keinesfalls zu erwarten ist (vgl. LR-Gollwitzer aaO mit Nachw.). Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der im Beweisantrag benannte Zeuge entgegen der Beweisbehauptung, er sei Augenzeuge gewesen, bei seiner freibeweislichen Anhörung erklärt, sich zwar in der Nähe des Tatorts aufgehalten zu haben, seine Vorstellung vom Tatgeschehen aber auf Schlüssen beruhte. Bei einem solchen Sachverhalt würde die Zulässigkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung die Ersetzung des Strengbeweises durch den Freibeweis in einem für die Schuldfrage wesentlichen Punkt bedeuten. ...“[102]

Die Pfade zum „Grad der Wahrscheinlichkeit“ denkbarer Angaben sind oftmals unergründlich und tangieren immer mal wieder die Grenzen der Willkür, wenn es gerade passt:

„ … Die Zeugin M. W. hatte behauptet, der Angeklagte habe einem 'Onkel Franz' die Brüste der Zeugin gezeigt (oder sie veranlaßt, selbst diesem Mann ihre Brüste zu zeigen) und dabei abwertende Bemerkungen über ihre Brustwarzen gemacht. Einen bestimmten 'Onkel Franz' hatte sie als Anwesenden ausgeschlossen, desgleichen eine zweite bestimmte Person mit diesem Namen, nachdem der Antrag gestellt worden war, diese Person als Zeugen für die Unrichtigkeit ihrer Aussage zu hören. Daraufhin hat der Verteidiger des Angeklagten den **Antrag gestellt, eine Reihe von Zeugen aus dem Verwandten- und Beschäftigungsumfeld des Angeklagten zum Beweis dafür zu vernehmen, 'daß es weder in der Verwandtschaft des Angeklagten noch in dessen Bekanntschaft oder aber an seiner Arbeitsstelle ... einen 'Onkel Franz' gab mit Ausnahme der beiden genannten Personen'** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Antrag abgelehnt, 'weil die Beweismittel ungeeignet (seien), die zum Beweisthema wiedergegebenen Äußerungen der Zeugin zu widerlegen'. Die Angaben der Zeugin M. W. seien zum Ausschluß der Existenz eines weiteren 'Onkel Franz' durch Zeugen zu unbestimmt.

Mit dieser Begründung konnte der Beweisantrag nicht abgelehnt werden. 'Völlig ungeeignet' im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Zeuge nur dann, wenn das Gericht ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis feststellen kann, daß sich mit dem angebotenen Beweismittel das in dem Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen läßt (st. Rspr.; vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 41. Aufl. § 244 Rdn. 58).

Eine Ungeeignetheit in diesem Sinne ist hier nicht gegeben. Nachdem zwei identifi-

101 BGH, Beschluss vom 24.08.2007 - 2 StR 322/07; ebenso BGH, Beschluss vom 09.04.2002 - 4 StR 547/01

102 BGH, Beschluss vom 09.03.1999 - 1 StR 693/98; ebenso für Sachverständige BGH, Beschluss vom 15.03.2007 - 4 StR 66/07

> zierbare 'Onkel Franz' als Zeugen des Vorfalles nicht in Betracht kamen, wäre die Aussage der Zeugin M. W. doch in anderem Licht erschienen, wenn mehrere kundige Zeugen die Existenz eines weiteren 'Onkel Franz' im Umfeld des Angeklagten ausgeschlossen hätten. Auch wenn diese Zeugen jeweils nur "nach ihrer Kenntnis" aussagen konnten, war damit unter Umständen doch ein Grad der Wahrscheinlichkeit zu erzielen, der geeignet hätte sein können, die Aussage der Zeugin M. W. in diesem Punkt erheblich in Zweifel zu ziehen, was sich auf die Beurteilung der Glaubwürdigkeit im übrigen auswirken konnte. ..."[103]

Ein ärztliches Attest kann nach einer neueren Entscheidung ein völligungeeignetes Beweismittel sein:

> " ... Die Strafkammer musste darüber hinaus aufgrund des von der Staatsanwaltschaft gestellten Beweisantrages keine weitere Sachaufklärung betreiben. Sie hat den Beweisantrag zu Recht sowohl als völlig ungeeignet, § 244 Abs. 3 Nr. 4 StPO, als auch als bedeutungslos, § 244 Abs. 3 Nr. 2 StPO, zurückgewiesen.
>
> Die von der **Staatsanwaltschaft beantragte Erholung eines ärztlichen Attestes zum Gesundheitszustand der Angeklagten** (Anmerkung des Verf.: erfolglos) war von vorneherein nicht geeignet, den Gesundheitszustand der Angeklagten rückwirkend zum Tatzeitpunkt sicher festzustellen und daraus den Schluss zu ziehen, dass die Angeklagte die von ihr vorgetragenen Beschwerden damals tatsächlich nicht hatte. Die Angeklagte hat keine überdauernden körperlichen Einschränkungen geltend gemacht, deren Vorliegen auch jetzt noch unschwer überprüft werden könnte. Jetzt zu erhebende Werte wie Herzfrequenz, Blutdruck, Körpertemperatur und Atemfrequenz sind stets situations- und zeitbedingt und dabei auch von der jeweiligen psychischen Verfassung der Angeklagten abhängig. Aktuell zu erhebende objektive Befunde allein lassen keine sicheren Rückschlüsse auf die subjektiven Befindlichkeiten der Angeklagten zum Tatzeitpunkt und deren Einschätzung über ihren Gesundheitszustand zu, sondern setzen deren Bewertung im Zusammenhang mit der psychischen Konstitution der Angeklagten zum Tatzeitpunkt voraus. Die Ausführung der Revision, dass sich der Gesundheitszustand der Angeklagten seit der Tat bis heute nicht wesentlich verändert habe, stellt schon eine durch keine konkreten Umstände belegte bloße Behauptung dar. Zudem würde die erforderliche Exploration der Angeklagten hinsichtlich der geltend gemachten psychisch zumindest mitbedingten Beschwerden deren Mitwirkung voraussetzen. Zu einer solchen Mitwirkung hat sich die Angeklagte aber ausdrücklich nicht bereit erklärt hat und ist dazu auch nicht verpflichtet. Mangels ausreichender Anknüpfungstatsachen ist deshalb keine zuverlässige sachverständige Beurteilung zu erwarten, die eine Verurteilung der Angeklagten tragen könnte.
>
> Der Strafkammer stand bei der Frage, ob jetzt noch eine Rekonstruktion der damaligen Zustände möglich ist, eine Einschätzungsprärogative zu (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 07.12.2021, Az.: 5 StR 215/21, NStZ 2022, 247). ..."[104]

Völlig ungeeigneter Zeuge wegen Unkenntnis und Wahrnehmungsstörungen[105]

Vorrangig erscheint auf diesem Feld der Hinweis, dass das Verbot der Beweisantizipation ebenfalls Geltung beansprucht, weil Tatgerichte oft voreilig dazu neigen, schon vorher zu wissen glauben, was ein/e Zeug(e)in wird bekunden können:

103 BGH, Beschluss vom 15.09.1994 - 1 StR 424/94
104 OLG München, Urteil vom 18.07.2022 - 203 StRR 179/22
105 Bemerkenswert dazu vorab AG Giessen, Urteil vom 17.04.1998 - 54/07 Ds 8 Js 24617.0/96 - Aussagetüchtigkeit eines Belastungszeugen mit 3,8 Promille

„ … die Strafkammer hat die Ablehnung des Beweisantrages vielmehr darauf gestützt, daß der Zeuge "für die in sein Wissen gestellten Tatsachen ein völlig ungeeignetes Beweismittel" sei. Schon die darin enthaltene Bezugnahme auf das 'Wissen' des Zeugen läßt es fernliegend erscheinen, daß die Strafkammer etwa einen anderen Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO, etwa die - nach dem dem Senat unterbreiteten Material denkbare - Unerreichbarkeit des Zeugen, gemeint und sich nur in der Wortwahl versehen hätte. Zudem gab die Gegenvorstellung der Verteidiger Gelegenheit zur Beseitigung eines solchen etwaigen Mißverständnisses (vgl. dazu BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 30; Basdorf StV 1995, 310, 318 f. m.w.N.). Danach bleibt nur folgendes: Ein zur Bestätigung der Beweisbehauptung völlig ungeeignetes Beweismittel, wie die Strafkammer angenommen hat, war der Zeuge Y. nicht. Insbesondere vermöchte eine etwa vom Tatrichter vorgenommene Beweisantizipation derart, der Zeuge werde die Beweisbehauptung nicht bestätigen, eine solche Ungeeignetheit des Beweismittels hier nicht zu begründen. Auch die in dem Beschluß der Strafkammer erfolgte Bezugnahme auf die Ablehnung eines anderen Beweisantrages betreffend einen anderen Zeugen vermag hier den Ablehnungsgrund nicht zu belegen. ...“[106]

Ein Zeuge ist nicht deshalb ein völlig ungeeigneter Zeuge, weil er nach dem gestellten Beweisantrag über Gesprächsinhalte vernommen werden soll:

„... Das Landgericht durfte den Antrag des Angeklagten nicht in der geschilderten Weise ablehnen. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift handelte es sich vorliegend um einen gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO zu behandelnden Beweisantrag. Der Angeklagte stellte nicht lediglich die Wertung des benannten Zeugen im Hinblick auf seine innere Motivation bei der Ausführung der Tat II.8 der Urteilsgründe und damit ein Beweisziel unter Beweis, sondern dem Zeugenbeweis zugängliche Tatsachen, nämlich Gespräche, bei denen nach dem Vorbringen in der Gegenvorstellung auch über diese Motivation gesprochen worden sein sollte. Diesen so verstandenen Beweisantrag konnte die Strafkammer nicht unter Hinweis auf die Ungeeignetheit des Beweismittels zurückweisen; denn der benannte Zeuge wäre ersichtlich in der Lage gewesen, über die zwischen ihm und dem Angeklagten geführten Gespräche und deren Inhalt zu berichten. ...“[107]

Das Fehlen eigener Kenntnisse führt zu der berechtigten Annahme, ein/e Zeug(e)in sie ein völlig ungeeignetes Beweismittel:

„ … Die Rüge, der **Beweisantrag, Zeugen würden bekunden, die vom Sachverständigen festgestellten Blutantragungen hätten sich zum Zeitpunkt der Aushändigung der Jacke (vor der abgeurteilten Mordtat) bereits auf der Jacke befunden** (Anmerkung des Verf.: erfolglos), hätte nicht mit der Begründung 'völlig ungeeignetes Beweismittel' abgelehnt werden dürfen, ist unbegründet. Schon aus dem Beweisantrag - ohne Berücksichtigung des bisherigen Beweisergebnisses - ergibt sich, daß die Zeugen keine eigenen Kenntnisse von der Ursache der beweiserheblichen, winzigen Blutantragungen haben konnten; die Jacke soll als Arbeitsjacke von einer Vielzahl von Personen bei schmutzträchtigen Arbeiten mit der Möglichkeit blutender Verletzungen benutzt worden sein. Dann aber spricht die allgemeine Lebenserfahrung dagegen, daß Personen, auch wenn ihnen die Jacke gehört, solche Blutantragungen wahrgenommen haben (vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2. Aufl., Rdn. 215 ff., 217). Eine Darlegung, warum die Zeugen entgegen der allgemeinen Lebenserfahrung die behauptete Wahrnehmung gemacht haben sollen, ist auch nach Ablehnung des Beweisantrages nicht erfolgt (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 43. Aufl., § 244 Rdn.

106 BGH, Urteil vom 28.04.1997 - 5 StR 629/96
107 BGH, Beschluss vom 03.12.2015 - 2 StR 177/15

60). ...“[108]

Völlig ungeeigneter Zeuge wegen lange zurückliegender Vorgänge

Dazu gibt es Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, das sich zumindest veranlasst sah, das Wort „Willkür“ im Zusammen mit einem nur 9 Monate zurückliegenden für einen für die Zeugen unbedeutenden Vorgang zu erwähnen:

> „ … Ein zentrales Anliegen eines rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts als der notwendigen Grundlage eines gerechten Urteils. Ausgestaltungen des Strafverfahrens, welche die Ermittlung der Wahrheit zu Lasten des Beschuldigten behindern, können daher seinen Anspruch auf ein faires Verfahren verletzen (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>). Die Ablehnung der Beweiserhebung durch das Landgericht unter Hinweis auf die Voraussetzungen des § 244 Abs. 2 und Abs. 3 StPO ist mit dem Recht des Beschwerdeführers auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren vereinbar. § 244 StPO genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein rechtsstaatliches Strafverfahren. Durch die Regelung ist insbesondere der zentralen Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit im Strafverfahren hinreichend Rechnung getragen (vgl. BVerfGE 63, 45 <68>). Die Annahme des Landgerichts, die namentlich nicht genannte Bedienung der Diskothek sei ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2, 4. Variante StPO, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Völlig ungeeignet ist ein Beweismittel, wenn ohne Rücksicht auf das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme die Lebenserfahrung die sichere Prognose zulässt, dass die Beweiserhebung mit dem beantragten Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erbringen kann (vgl. BGHSt 14, 339 <342>). Angesichts dessen, dass die Zeugen für einen im Zeitpunkt ihrer Benennung bereits mehr als neun Monate zurückliegenden Vorgang benannt wurden, der für sie völlig unbedeutend war, ist die Annahme des Landgerichts, die Zeugen seien ungeeignet, nicht willkürlich. Weder aus dem fachgerichtlichen noch aus dem Beschwerdevortrag lassen sich Anhaltspunkte entnehmen, die es zumindest nicht ausgeschlossen erscheinen ließ, dass sich die Zeugen außergewöhnlicher Weise an die Anwesenheit bestimmter Personen an einem bestimmten Abend zu erinnern vermögen (vgl. BGH, NStZ 2000, S. 156; BGH, Urteil vom 19. November 1997 - 2 StR 418/97 -, vollständig veröffentlicht in Juris; Herdegen, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 5. Aufl., § 244 Rn. 77). ...“[109]

Der oben schon erwähnte Maßstab soll gelten, wenn es um die Erinnerungsfähigkeit eines Zeugen geht:

> „ … Dies gilt vor allem für die Annahme, ein Zeuge sei deswegen ein völlig ungeeignetes Beweismittel, weil er sich wegen des Zeitablaufs voraussichtlich an die Beweistatsache nicht mehr erinnern könne (vgl. BGH NStZ 2004, 508). Insofern kommt es darauf an, ob Umstände vorliegen, die eindeutig dagegen sprechen, er könne im Falle einer Aussage vor Gericht etwas zur Sachaufklärung beitragen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 12 m.w.N.), oder ob der Vorgang, zu dem er aussagen soll, für ihn bedeutsam gewesen ist, sein Interesse geweckt hat und er sich auf Erinnerungshilfen stützen kann (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 23). Ergibt diese Prüfung einen lediglich geminderten, geringen oder zweifelhaften Beweiswert, so darf dieser nicht mit völliger Ungeeignetheit gleichgesetzt werden.

108 BGH, Beschluss vom 08.07.1997 - 5 StR 279/97

109 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 02.10.2003 - 2 BvR 149/03 - Jeder erfahrene Praktiker weiß, dass diese idealisierenden und märchenhaften Betrachtungen mit vielen Fragezeichen zu versehen sind. Das "rechtsstaatlich geordnete Strafverfahren" beginnt in unzähligen Fällen mit regelmäßigen Verstößen gegen § 160 II StPO. Im Ermittlungsverfahren werden so gut wie niemals entlastende Umstände ermittelt. Dieser Rechtsfehler ist nicht revisibel.

> Bei Anwendung dieser Grundsätze gibt es für die Annahme des Landgerichts, der benannte Zeuge werde sich an die in sein Wissen gestellte Tatsache nicht mehr erinnern können, keine ausreichende Grundlage. Der Zeitraum vom 7. April 2008 bis 9. Dezember 2008 ist bereits für sich genommen nicht derart lang, dass er eine Erinnerung als von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen würde. Dementsprechend konnte sich die Ehefrau des benannten Zeugen in ihrer Vernehmung am 3. Dezember 2008 „noch in etwa an die Nacht … auf Montag, den 7. April 2008“, erinnern. Dabei hat sie sich auf den Geburtstag ihres Mannes als Erinnerungsbrücke berufen. Angesichts dessen lag es zumindest nicht fern, dass der Zeuge sich an Einzelheiten des Ablaufs seines eigenen Geburtstags, in den er nach den Feststellungen hinein gefeiert hatte, ebenfalls hätte erinnern können, auch wenn er bislang im Rahmen der Ermittlungen hierzu noch nicht vernommen worden war. Zudem kam in Betracht, dass er seine Erinnerung durch eine Einsichtnahme in das am 7. April 2008 in dem von ihm geführten Lkw befindliche Fahrtschreiberschaublatt (Tachoscheibe) hätte auffrischen können. ...“[110]

Ergänzend dazu:

> „ … Diese Begründung trägt nicht. Zwar trifft es zu, daß ein Zeuge dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel ist, wenn er sich nach allgemeiner Lebenserfahrung unmöglich noch mit einiger Zuverlässigkeit an die Beweistatsache erinnern kann, über die er aussagen soll (BGH, Urteile vom 6. August 1970 - 4 StR 518/69 -, 28. November 1972 - 1 StR 334/72 -, mitgeteilt bei Dallinger MDR 1973, 372, und 26. Februar 1975 - 3 StR 414/74; Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, StPO 23. Aufl. § 244 Rdn. 234; vgl. auch RGSt 54, 181). Hier hatte jedoch der Angeklagte K B mit seinem Antrag auf Verlesung der im Gästebuch der Pension enthaltenen Eintragungen sinngemäß behauptet, daß sich die Zeugin im Besitz eines Gästebuches befinde, das ihn für die fragliche Zeit als Übernachtungsgast ausweise. Auch hierzu sollte - wie eine verständige Auslegung des Antrags ergibt - die Zeugin vernommen werden. Diesen Teil des Beweisantrags hat die Kammer nicht beschieden.
>
> Schon darin liegt ein Verfahrensfehler, der von den Angeklagten mit Recht beanstandet wird. Dabei versteht sich von selbst, daß die von der Kammer aus dem Inhalt des Fernschreibens gezogene Folgerung, es gebe keine Übernachtungsunterlagen, die Ablehnung des Antrags nicht gerechtfertigt hätte, weil dies eine - im übrigen nicht einmal durch das Fernschreiben selbst gedeckte - Vorwegnahme des Beweisergebnisses gewesen wäre.
>
> Angesichts dieses, von der Kammer übergangenen Antrags erweist sich aber auch die Begründung, mit der sie die Vernehmung der Zeugin zur angeblichen Übernachtung des Angeklagten K B abgelehnt hat, als rechtsfehlerhaft. Da unter Beweis gestellt war, daß die Zeugin ein Gästebuch mit der behaupteten Eintragung besitze, durfte die Kammer nicht ohne weiteres davon ausgehen, die Zeugin könne sich an die angebliche Übernachtung des Angeklagten nicht mehr erinnern und sei darum als Beweismittel völlig ungeeignet. Hätte sich nämlich ergeben, daß sie tatsächlich ein Gästebuch besaß, das den Angeklagten als Übernachtungsgast für die fragliche Zeit aufführte, so wäre - wenngleich der Vorfall lange zurücklag - nicht auszuschließen gewesen, daß sie sich anhand einer solchen Gedächtnisstütze doch noch des behaupteten Ereignisses unmittelbar erinnert und dazu Angaben gemacht hätte. Diesen Zusammenhang hat die Kammer verkannt; deshalb hält die Ablehnung des Beweisantrags der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. ...“[111]

110 BGH, Beschluss vom 27.05.2009 - 1 StR 218/09
111 BGH, Urteil vom 03.02.1982 - 2 StR 374/81

Wenn es um lange zurückliegende Ereignisse geht, werden Entlastungszeugen im Gegensatz zu Belastungszeugen gerne im Wege einer unzulässigen vorweggenommenen Beweiswürdigung als völlig ungeeignete Beweismittel behandelt:

> „ … Den Antrag hätte die Kammer nicht als völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO zurückweisen dürfen. Wie sich bereits aus dem Begriff 'völlig ungeeignet' ergibt, muß es sich bei der Zurückweisung nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO um ein Beweismittel handeln, dessen Inanspruchnahme von vornherein gänzlich nutzlos wäre, so daß die Erhebung des Beweises sich in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen würde. Die völlige Ungeeignetheit muß sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 4). Das sonstige Ergebnis der Beweisaufnahme darf hierzu nicht herangezogen werden (BGH aaO m.w.N.). Da die Ablehnung eines Beweisantrages mit der Begründung, das Beweismittel sei völlig ungeeignet, zwangsläufig eine vorweggenommene Beweiswürdigung enthält, ist bei der Entscheidung ein strenger Maßstab anzulegen. Dies gilt vor allem für die Annahme, ein Zeuge sei deswegen ein völlig ungeeignetes Beweismittel, weil er sich wegen des Zeitablaufs voraussichtlich an die Beweistatsache nicht mehr erinnern könne (BGH aaO m.w.N.).
>
> Bei Anwendung dieser Grundsätze gibt es für die Annahme des Landgerichts, der Zeuge H. werde sich an die in sein Wissen gestellten Tatsachen nicht mehr erinnern können, keine ausreichende Grundlage. Die mit dem ergänzenden Beweisantrag vom 12. Februar 2003 mitgeteilten detaillierten Behauptungen zu möglichen Erinnerungsbrücken des Zeugen H. lassen es nach der gesicherten Lebenserfahrung nicht als von vornherein ausgeschlossen erscheinen, daß dieser die Vorgänge - wie im Beweisantrag behauptet - erinnern und bekunden könnte. Der Beweisantrag gewinnt im übrigen auch vor dem Hintergrund an Bedeutung, daß der Zeuge B. - dem die Kammer nur insoweit nicht geglaubt hat - die Autofahrt von Freiburg nach Köln ebenfalls bestätigt hat. ...“[112]

Die Notwendigkeit der Anlegung eines „strengen Maßstabes“ ist wiederholt betont worden:

> „ … Die Zurückweisung des Beweisantrags hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Ein Beweisbegehren, das sich auf völlig ungeeignete Beweismittel stützt, kann zwar aus diesem Grunde gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO zurückgewiesen werden. Wie sich aber bereits aus der Bedeutung des Begriffs "völlig ungeeignet" ergibt, muß es sich um Beweismittel handeln, deren Inanspruchnahme von vornherein gänzlich nutzlos wäre, so daß die Erhebung des Beweises sich in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müßte (vgl. BGH in GA 1956, 384; BGH, Urteil vom 13. August 1968 - 1 StR 249/68). Die völlige Ungeeignetheit muß sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben. Das sonstige Ergebnis der Beweisaufnahme darf hierzu nicht herangezogen werden (BGH, Urteil vom 3. Juni 1975 - 1 StR 223/75). Da die Ablehnung eines Beweisantrags mit der Begründung, das Beweismittel sei völlig ungeeignet, zwangsläufig eine vorweggenommene Beweiswürdigung enthält, ist bei der Entscheidung ein strenger Maßstab anzulegen (BGH, Urteil vom 26. Februar 1975 - 3 StR 414/74; vgl. KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 76 m.w.N.). Das gilt vor allem auch für die Annahme, ein Zeuge sei deswegen ein völlig ungeeignetes Beweismittel, weil er sich wegen des Zeitablaufs voraussichtlich an die Beweistatsache nicht mehr erinnern könne (vgl. KMR-Paulus, StPO § 244 Rdn. 126, 128).

112 BGH, Beschluss vom 07.01.2004 - 5 StR 391/03

> Für die Annahme des Landgerichts, alle von der Verteidigung benannten Zeugen könnten sich nicht mehr daran erinnern, ob sich der Angeklagte am 13./14. Juli 1986 in seinem Heimatdorf aufgehalten hat, gibt es keine ausreichende Grundlage. Es ist bereits fraglich, ob die erste polizeiliche Mitteilung über die Befragung der Ehefrau, des Vaters und eines Nachbarn des Angeklagten ausreichte, um den Schluß zu ziehen, diese Zeugen würden auch bei einer richterlichen Vernehmung, bei der das Beweisthema ausführlich erörtert wird und die Verteidigung Gelegenheit hat, den Zeugen Vorhalte zu machen, keine sachdienlichen Angaben machen können (vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 1954 - 1 StR 242/54), zumal nach einer späteren Mitteilung der Polizei u.a. zwei dieser Zeugen sich bereiterklärt hatten, vor dem Landgericht auszusagen. Jedenfalls durfte die Strafkammer aus der ersten polizeilichen Mitteilung nicht den Schluß ziehen, auch die anderen, von der Polizei nicht befragten Zeugen, insbesondere der Schwager des Angeklagten, der als Zeuge für konkrete Ereignisse benannt worden war, würden keine zuverlässigen Angaben mehr machen können (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. April 1956 - 4 StR 92/56, teilweise abgedruckt in GA 1956, 384).
>
> Der Hinweis des Landgerichts darauf, daß bis zur richterlichen Vernehmung der Zeugen ein weiteres Jahr vergehen werde, vermag schon deswegen die Ablehnung der Beweiserhebung nicht zu rechtfertigen, weil es naheliegt, daß den Zeugen das Beweisthema spätestens seit der formlosen Befragung bekannt ist und sie bereits Anlaß und Gelegenheit hatten, ihr Erinnerungsvermögen an die fragliche Zeit zu überprüfen. ...“[113]

Versuche der Tatgerichte, dazu „allgemeine Erfahrungssätze“ zu konstruieren, ist mutmaßlich untauglich und gescheitert:

> „ … Die Annahme des Landgerichts, die Zeugin sei, soweit es den genauen Wortlaut der Äußerung der Nebenklägerin betrifft, ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 4 m.w.N.), begegnet schon deshalb durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil es einen allgemeinen Erfahrungssatz, daß ein Zeuge nach Ablauf 'von vielen Jahren' (hier: nach mehr als acht Jahren) den Wortlaut der Äußerung nicht mehr zuverlässig wiedergeben kann, nicht gibt. Auch die übrigen Erwägungen des Landgerichts sind verfahrensfehlerhaft.
>
> Ob ein Zeuge, der für länger zurückliegende Vorgänge benannt worden ist, völlig ungeeignet ist, weil auszuschließen ist, daß er sie zuverlässig in seinem Gedächtnis behalten hat (vgl. BGHSt 14, 339, 342; BGH StV 1982, 339, 341; NStZ 1999, 362, 363), hat der Tatrichter anhand allgemeiner Lebenserfahrung unter Berücksichtigung aller Umstände, die dafür oder dagegen sprechen, daß der Zeuge die in sein Wissen gestellten Wahrnehmungen gemacht und im Gedächtnis behalten hat, zu beurteilen (vgl. BGH NStZ 1993, 295, 296; Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 244 Rn. 60 m.w.N.). Maßgeblich für die Beurteilung ist insbesondere, ob der Vorgang, zu dem der Zeuge aussagen soll, für ihn bedeutsam gewesen ist, sein Interesse geweckt hat und ob sich der Zeuge auf Erinnerungshilfen stützen kann (vgl. Meyer-Goßner aaO). Bei der Prüfung der Geeignetheit des Beweismittels ist zwar in Grenzen eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und dabei auch Freibeweis zulässig, wobei jedoch feststehen muß, dass eine verwertbare Aussage keinesfalls zu erwarten ist (vgl. BGH NStZ 1999, 362, 363 m.w.N.). Das ist hier aber schon deshalb nicht der Fall, weil die Zeugin bei ihrer freibeweislichen Anhörung nachvollziehbare Gründe dafür genannt hat, daß sie den Wortlaut der Äußerung im Gedächtnis behalten hat. Hinzu kommt, was das Landgericht nicht bedacht hat, daß Gegenstand der Beweisbehauptung kein völlig belang-

113 BGH, Urteil vom 06.07.1988 - 2 StR 315/88

> loser Vorgang war (vgl. BGH NStZ 1993, 295, 296), sondern eine Äußerung der Nebenklägerin über sexuelle Belästigungen durch ihren leiblichen Vater, die für die Zeugin so bedeutsam gewesen sein kann, daß sie deren Wortlaut trotz des Zeitablaufs zuverlässig im Gedächtnis behalten hat. Bei einer solchen Sachlage würde die Zulässigkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung die Ersetzung des Strengbeweises durch den Freibeweis in einem für die Schuldfrage wesentlichen Punkt bedeuten (vgl. BGH NStZ 1999, 362, 363). ...“[114]

Nicht als ungefährlich eingeschätzt werden dürfen die nachfolgenden Handhabungen und Maßstäbe, weil es lediglich um einen drei Jahre zurückliegenden Vorgang geht:

> „ … Die Revision rügt, zu Unrecht habe das Landgericht den Hilfsbeweisantrag abgelehnt, den Direktor des Hotels S. in Istanbul, Y. H., zum Beweis dafür zu vernehmen, daß der Angeklagte sich niemals in diesem Hotel mit dem Mitangeklagten getroffen und eine Besprechung mit ihm durchgeführt habe (UA S. 29). Die Rüge ist unbegründet. Unter den gegebenen Umständen hat die Strafkammer zu Recht angenommen, daß das Beweismittel völlig ungeeignet ist. Es ist nicht ersichtlich, daß der genannte Zeuge in der in Betracht kommenden Zeit (Ende 1988/Anfang 1989) den Aufenthalt von Personen in dem von ihm geleiteten Hotel vollständig wahrgenommen hat und deshalb die in sein Wissen gestellte Aussage machen kann. Anhaltspunkte dafür haben auch weder die Verteidigung im Beweisantrag noch die Revision vorgetragen. ...
>
> Zu dieser Gestaltung, die sich auf jeden Fall im Raum Istanbul abspielte, braucht der Senat nicht Stellung zu nehmen, weil die Strafkammer ohne Rechtsirrtum ausführt: Selbst wenn dem Beweisvorbringen zu entnehmen sei, der Angeklagte habe keine Gelegenheit gehabt, am 2. Januar 1989 einen Pkw zu übernehmen und am 3. Januar 1989 einen Pkw zu übergeben, schließe sie mangels besonderer Beweisanzeichen aus, 'daß die Zeugen nach drei Jahren in der Lage sein sollen, einen völlig belanglosen Vorgang wie das gemeinsame Verweilen in Istanbul datumsmäßig so einzugrenzen, wie es in der Beweisbehauptung zum Ausdruck kommt; dies zumal die benannten Zeugen bislang zum Vorgang nie gehört oder vernommen worden sind'.
>
> Mit dieser Begründung durfte das Landgericht jedenfalls auch das Beweismittel als völlig ungeeignet ansehen. In Fällen, in denen ein Zeuge für länger zurückliegende Vorgänge benannt wird, hat der Tatrichter die Eignung des Beweismittels zu beurteilen anhand allgemeiner Lebenserfahrung unter Berücksichtigung aller Umstände, die dafür oder dagegen sprechen, daß der Zeuge die in sein Wissen gestellten Wahrnehmungen gemacht und im Gedächtnis behalten hat (Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 75 aE). Diese Prüfung hat die Strafkammer in ausreichender Weise vorgenommen. Sie hat nicht übersehen, daß es sich bei den benannten Zeugen um Verwandte des Angeklagten handelt, die dieser Ende 1988/Anfang 1989 besuchte. Den Zeugen B., der türkischer Polizeibeamter ist, hatte der Angeklagte bereits am 26. Dezember 1988 im Hotel P. getroffen (UA S. 15). Zu Recht hebt das Gericht darauf ab, daß diese Zeugen bislang zu dem Vorgang nie gehört worden sind mit der naheliegenden Folge, daß sie e r s t m a l s nach mehreren Jahren die Bedeutung der Beweisfrage erkennen würden. Auch sonst ist nicht ersichtlich, daß eine Erinnerungshilfe bestanden habe. Es liegt insbesondere kein Anhaltspunkt dafür vor, daß der erwähnte Zeuge alsbald Kenntnis erlangt habe davon, daß der Angeklagte nach seiner Rückkehr nach Deutschland (am 7. Januar 1989) in dieser Sache verhaftet

114 BGH, Beschluss vom 14.09.2004 - 4 StR 309/04 - mit den dargelegten Hintertürchen zum Dichtschreiben der tatrichterlichen Urteilsgründe; siehe auch BGH, Beschluss vom 02.02.1993 - 5 StR 38/93 - nicht auszuschließende Erinnerungsfähigkeit einer Zeugin

wurde. ...“[115]

Völlig ungeeigneter Zeuge wegen besonderer persönlicher Verhältnisse

Die Aussageverweigerung kann die Eignung von Zeugen in Frage stellen:

> „ … Als völlig ungeeignet im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel nur dann einzustufen, wenn das Gericht ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis feststellen kann, dass sich mit ihm das in dem Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt. Die absolute Ungeeignetheit des Beweismittels muss sich dabei aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Mai 2009 - 1 StR 218/09, NStZ 2010, 52 und vom 6. März 2008 - 5 StR 617/07, NStZ 2008, 351, 352, jeweils mwN).
>
> Ausgehend von diesen Maßstäben ist die Ablehnung des Beweisantrages rechtlich nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat sich unter sorgfältiger Berücksichtigung der besonderen Umstände die durch Tatsachen belegte Überzeugung verschafft, dass die Zeugin H. nicht mehr zu verwertbaren sachdienlichen Angaben bereit sein werde. Das Landgericht hat deshalb die Zeugin rechtsfehlerfrei als völlig ungeeignetes Beweismittel angesehen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 1981 - 3 StR 140/81 (S), juris).
>
> In Fällen einer angekündigten Aussageverweigerung muss der Tatrichter alle gebotenen Schritte unternehmen, um sich von der Irrtumsfreiheit, Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Weigerung zu überzeugen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 1998 - 2 StR 173/98, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 18). Diesem Erfordernis ist das Landgericht nachgekommen. Zwar liegt hier nicht der Fall vor, dass ein Zeuge bereits bei mehreren Vernehmungsversuchen an verschiedenen Verhandlungstagen die Aussage verweigert hatte (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 1998 aaO). Vielmehr hat die Zeugin H. aus der Vernehmung heraus angegeben, nichts weiter auszusagen. Das Landgericht durfte hier aber deshalb von einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung einer weiteren Aussage der Zeugin ausgehen, weil diese in Kenntnis aller Umstände auch unter dem Eindruck eines bereits verhängten Ordnungsgeldes stehend definitiv entschieden hatte, selbst dann nicht weiter auszusagen, wenn noch ein höheres Ordnungsgeld verhängt würde.
>
> Das Landgericht war auch nicht gehalten, gemäß § 70 Abs. 2 StPO gegen die Zeugin Beugehaft zu verhängen. Allerdings wird es bei der Prüfung, ob die Weigerung ernsthaft und endgültig ist, für den Tatrichter regelmäßig erforderlich sein, bei bedeutsamen Beweisthemen und gewichtigen Tatvorwürfen zulässige Erzwingungsmaßregeln nicht nur zu verhängen, sondern auch zu vollstrecken (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 1998 aaO). Die Ermessensentscheidung, im vorliegenden Fall keine Beugehaft gegen die Zeugin zu verhängen, ist jedoch rechtsfehlerfrei. Das Landgericht durfte neben der Entschiedenheit der Aussageverweigerung auch den Umständen Gewicht beimessen, dass die Bedeutung der Aussage der Zeugin angesichts der bereits erfolgten Vernehmung durch den Vorsitzenden und die ergänzenden Angaben der Zeugin Wy. gemindert war und zudem die Aussagen der drei weiteren als Geschädigte vernommenen Zeuginnen Rückschlüsse auf die Verhältnisse und Umstände im Fall der Zeugin H. ermöglichten. Mit entsprechender Begründung hatte das Landgericht bereits zuvor den Antrag auf erneute Ladung der Zeugin zurückgewiesen und dabei darauf hingewiesen, dass die Zeugin durch den Vorsitzenden umfangreich vernommen worden sei und die Zeugin Wy. als Begleiterin der Angeklagten und der Zeugin H. bei der Prostitutionsreise im April/Mai 2016 zu den Arbeitsbedin-

115 BGH, Urteil vom 15.12.1992 - 1 StR 617/92

gungen und der persönlichen Beziehung zwischen der Angeklagten und der Zeugin H. ausgesagt habe. Damit hat das Landgericht in zulässiger Weise von der Verhängung von Beugehaft abgesehen. …“[116]

Ergänzend dazu die zitierte Entscheidung:

„ … Hat der Tatrichter sich, wie hier, unter sorgfältiger Berücksichtigung der besonderen Umstände die durch Tatsachen belegte Überzeugung verschafft, daß eine Beweisperson nicht zu verwertbaren sachdienlichen Angaben bereit sein werde, so ist es kein Rechtsfehler, wenn er ihn als ein völlig ungeeignetes Beweismittel (§ 244 Abs 3 Satz 2 StPO) im Sinne der Rechtsprechung erachtet, die eine solche vorherige abschließende Würdigung wegen des gänzlichen Unwerts des Beweismittels und damit der völligen Nutzlosigkeit seiner Verwendung ausnahmsweise zuläßt (vgl BGHSt 14, 339, 342; BGH bei Dallinger MDR 1973, 372; BGH, Urteile vom 6. November 1963 - 2 StR 323/63, vom 19. Januar 1954 - 5 StR 412/53). ...“[117]

Das gilt ebenfalls in dem Fall, dass von einer unberechtigten Zeugnisverweigerung auszugehen ist:

„ … Hat der Tatrichter sich unter sorgfältiger Berücksichtigung der besonderen Umstände die durch Tatsachen belegte Überzeugung verschafft, daß eine Beweisperson nicht zu verwertbaren sachdienlichen Angaben bereit sein werde, so ist es kein Rechtsfehler, wenn er diese als völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne der Rechtsprechung erachtet, die eine solche vorherige Würdigung wegen des gänzlichen Unwerts des Beweismittels und damit der völligen Nutzlosigkeit seiner Verwendung ausnahmsweise zuläßt (vgl. BGH MDR 1983, 4 m.w.N.).

In Fällen einer angekündigten Aussageverweigerung muß der Tatrichter alle gebotenen Schritte unternehmen, um sich von der Irrtumsfreiheit, Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Weigerung zu überzeugen (vgl. auch BGHSt 21, 12, 13). Dazu wird es regelmäßig erforderlich sein, bei bedeutsamen Beweisthemen und gewichtigen Tatvorwürfen zulässige Erzwingungsmaßregeln nicht nur zu verhängen, sondern auch zu vollstrecken.

Das Revisionsgericht hat zu überprüfen, ob dem Tatrichter bei seiner Überzeugungsbildung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist hier nicht der Fall.

Auf die Frage, ob die Zeugen 'andere Personen des öffentlichen Dienstes' im Sinne des § 54 Abs. 1 StPO sind und ob ihnen gemäß §§ 53, 53 a StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht (vgl. hierzu u.a. Stromberg MDR 1974, 892 ff.), kommt es dabei nicht an.

Die Zeugen waren als Beweismittel völlig ungeeignet, weil sie unter keinen Umständen bereit waren, als Zeugen auszusagen. Zum einen hatten sie von ihrem Dienstvorgesetzten ausdrücklich keine Aussagegenehmigung erhalten und hielten sich an die Verweigerung gebunden. Da auch auf Gegenvorstellung des Tatrichters (vgl. hierzu BGHR StPO § 244 Abs. 2 Aussagegenehmigung 1) der Dienstvorgesetzte bei seinem Rechtsstandpunkt blieb, war nicht zu erwarten, daß eine Aussagegenehmigung noch erteilt werden würde. Zum anderen gingen die Zeugen selbst davon aus, daß ihnen ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß §§ 53, 53 a StPO zusteht. Die Zeugen haben unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, unter keinen Umständen - auch nicht der Verhängung von Beugehaft - bereit zu sein, vor Gericht auszusagen.

116 BGH, Urteil vom 28.02.2019 - 1 StR 604/17
117 BGH, Beschluss vom 23.10.1981 - 3 StR 140/81 (S)

> Weiter war zu beachten, daß das Landgericht die im Beweisantrag enthaltenen Tatsachenbehauptungen ohnehin als erwiesen angesehen und seinen Feststellungen zugrunde gelegt hat. Soweit auf eine 'sexuelle Übergriffsproblematik' des Vaters und der beiden Mädchen abgestellt wird, fehlt es an einem hinreichend bestimmten Beweisthema. Die beiden Zeugen hätten nur zu den Angaben der Mutter der Mädchen, die ohnehin bereits als Zeugin vernommen worden war, aussagen können. Zu den Taten des Angeklagten konnten die Zeugen aus eigener Wahrnehmung nichts bekunden, auch nicht zu angeblichen Übergriffen des Vaters des Mädchens. Der Tatrichter war danach - auch im Hinblick auf den Tatvorwurf - nicht gehalten, Erzwingungshaft anzuordnen (die Zulässigkeit hier unterstellt) und zu vollstrecken, um eine weitere Bestätigung seiner rechtsfehlerfrei gewonnenen Überzeugung herbeizuführen. Unter den gegebenen besonderen Umständen durfte der Tatrichter danach von völliger Ungeeignetheit des Beweismittels ausgehen (vgl. auch BGH NStZ 1982, 126). ..."[118]

Steht eine Aussageverweigerung im Raum, müssen mögliche Irrtümer überprüft werden:

> „ … Ein Zeuge kann zu einem völlig ungeeigneten Beweismittel werden, wenn er Angehöriger des Angeklagten im Sinne des § 52 StPO ist und in zeitlichem Zusammenhang mit der Hauptverhandlung erklärt, daß er von seinem Recht, zur Zeugnisverweigerung Gebrauch machen wolle. Der Angehörige, der sich in dieser Verfahrenslage außerhalb der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO beruft, ist allerdings nur dann ein ungeeignetes Beweismittel, wenn seine Willenserklärung nicht durch einen Irrtum über ihre rechtliche Tragweite beeinflußt ist (BGHSt 21,12,13) und auch sonst keine Gründe vorhanden sind, die ihn veranlassen könnten, seine Entscheidung über die Zeugnisverweigerung zu ändern. Wie der Ablehnungsbeschluß ausweist, hat sich das Schwurgericht in rechtsfehlerfreier Weise im Wege des Freibeweises davon überzeugt, daß hier solche Umstände nicht vorgelegen haben. ..."[119]

Bei allen dehnbaren Begrifflichkeiten im Umfeld völlig ungeeigneter Beweismittel wird den Tatgerichten zusätzlich noch ein Ermessensspielraum zur Verfügung gestellt:

> „ … Die Zurückweisung des Beweisantrags ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zur unmittelbaren Vernehmung in der Hauptverhandlung waren die Zeugen unerreichbar im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO (vgl. BGH NJW 2000, 443 [447]). Im übrigen - im Rahmen einer kommissarischen oder audiovisuellen Vernehmung - bewertete sie die Strafkammer rechtsfehlerfrei als völlig ungeeignete Beweismittel. Ob nur eine Vernehmung eines Zeugen unmittelbar vor dem erkennenden Gericht zur Wahrheitsfindung beizutragen vermag, hat der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Dies hat die Strafkammer getan und die für ihre Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte dargelegt. Diese Entscheidung, die notwendig eine gewisse Vorauswürdigung des Beweismittels erfordert, unterliegt - vergleichbar der tatrichterlichen Beweiswürdigung - nur in eingeschränktem Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfung, kann also nur bei Widersprüchen, Unklarheiten, Verstößen gegen Denk- und Erfahrungssätze oder damit vergleichbaren Mängeln vom Revisionsgericht beanstandet werden. Derartige Mängel sind hier nicht erkennbar.

118 BGH, Urteil vom 15.07.1998 - 2 StR 173/98
119 BGH, Urteil vom 22.12.1981 - 5 StR 662/81

> Damit ist die Entscheidung des Tatrichters vom Revisionsgericht hinzunehmen, das nicht sein Ermessen an die Stelle des tatrichterlichen Ermessens setzen kann (BGH NJW 2000, 443 [447] m.w.N.). Insbesondere durfte die Strafkammer in Anbetracht der Scheu der Zeugen, vor der Strafkammer in Deutschland Angaben zu machen - augenscheinlich aus Furcht vor strafrechtlicher Verfolgung wegen Falschaussage, wie das Verhalten des Bruders des Angeklagten zeigte -, den minderen Wert einer kommissarischen oder Videovernehmung im Ausland hier in ihre Abwägung einbeziehen. Denn solange die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für eine Falsch- oder pflichtwidrige Nichtaussage im konkreten zwischenstaatlichen Verhältnis nicht im Sinne einer effektiven Sanktionierbarkeit geklärt ist, ist auch dieses Defizit in Betracht zu nehmen (BGH NJW 1999, 3788 [3790]). ..."[120]

Zur Vernehmung eines Mittäters, der sich im Ausland aufhält:

> „ … Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht zu der Auffassung gelangt, daß der in Marokko befindliche mutmaßliche Mittäter aufgrund seiner eindeutigen und trotz Vorlage des Beschlusses über das freie Geleit aus seiner Sicht begründeten Erklärung gegenüber dem als Zeugen vernommenen Bruder des Beschwerdeführers C., nicht nach Deutschland zu kommen, ein unerreichbares Beweismittel ist. Aus der Beschlußbegründung, daß eine Vernehmung des Mittäters in Marokko keinen 'Aufklärungserfolg' erbringt, sondern daß eine 'persönliche Vernehmung' erforderlich sei, ergibt sich hinreichend deutlich, daß das Landgericht - ohne Rechtsfehler - den Zeugen als ein zur Rechtshilfevernehmung völlig ungeeignetes Beweismittel angesehen hat (vgl. BGHR StPO § 244 III 2 Unerreichbarkeit 7). An einer Beweisaufnahme in Marokko teilzunehmen, waren die deutschen Richter - nicht nur, wie der Generalbundesanwalt meint, 'bei dieser Sachlage', sondern grundsätzlich - auch aus Gründen der Aufklärungspflicht nicht gehalten (BGHR StPO § 244 II Auslandszeuge 2). ..."[121]

Ähnlich:

> „ … Die Zeugen konnten auch nicht, wie der Generalbundesanwalt meint, als völlig ungeeignete Beweismittel angesehen werden. Völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel nur dann, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis sagen kann, daß sich mit einem solchen Beweismittel das in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen läßt. Es mag zwar wenig wahrscheinlich sein, daß sich die Zeugen, sofern sie der Tatbeteiligung schuldig sind, hierzu bekannt hätten, wenn sie in der Hauptverhandlung vernommen worden wären. Von vornherein ausschließen ließ sich dies jedoch nicht. Auch daß die Zeugen in der Hauptverhandlung gegebenenfalls wiederum nach § 55 StPO die Auskunft verweigern konnten, machte sie noch nicht zu völlig ungeeigneten Beweismitteln (vgl. BGH bei Holtz in MDR 1978, 281 m. w. N.). ..."[122]

Völlig ungeeigneter Zeuge wegen innerer Tatsachen

Ein soll grundsätzlich nicht „völlig ungeeignet" sein, wenn er sich zu „inneren Tatsachen" äußern soll:

> „ … Das Landgericht durfte den **Hilfsbeweisantrag des Staatsanwalts, den Polizeibe-**

120 BGH, Beschluss vom 26.08.2003 - 1 StR 282/03; BGH, Urteil vom 17.05.1984 - 3 StR 415/88: Keine Verpflichtung zu einer Beweisaufnahme im Ausland durch ein vollbesetztes Tatgericht

121 BGH, Beschluss vom 05.08.1992 - 3 StR 237/92

122 BGH, Beschluss vom 31.07.1980 - 4 StR 401/80

> amten D und den Richter am Amtsgericht N darüber zu vernehmen, daß der Angeklagte bei den jeweiligen Vernehmungen die Tat aus freien Stücken eingeräumt habe (Anmerkung des Verf.: erfolgreich), nicht mit der Begründung zurückweisen, die Zeugen seien völlig ungeeignete Beweismittel, da eine innere Einstellung des Angeklagten in ihr Wissen gestellt worden sei (UA S. 5). Zwar kann ein Zeuge keine unmittelbaren Auskünfte über Vorgänge im Innern eines anderen Menschen geben. Er kann aber äußere Umstände bekunden, die Schlußfolgerungen hierauf zulassen. Auf diesem Wege kann der Zeugenbeweis die Feststellung innerer Tatsachen ermöglichen (RGSt 76, 364, 365). Hier zielte der mit äußeren Tatsachen belegte Antrag des Staatsanwalts darauf ab, den Verlauf der Vernehmungen und das dabei beobachtete Verhalten des Angeklagten nachzuweisen, weil sie darüber Aufschluß geben können, ob der Angeklagte seine Geständnisse, wie das Landgericht annimmt, unter psychologischem Druck (UA S. 4) oder vielmehr aus freien Stücken abgegeben hat. …“[123]

Ob diese großzügige Beurteilung damit zu tun hatte, dass es sich um einen Beweisantrag der StA handelte, ist zwar einer Diskussion würdig, kann aber offen bleiben. Entsprechende Reaktionen gab es auch zu Beweisanträgen der Verteidigung:

> „ …. Ein Beweisantrag darf wegen Ungeeignetheit des Beweismittels nur dann abgelehnt werden, wenn es absolut untauglich ist und sich das aus dem angebotenen Beweismittel selbst ergibt. Ein Zeuge ist nicht schon dann völlig ungeeignet, wenn er zum Beweis innerer Tatsachen benannt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1983 - 5 StR 673/83).
>
> Im vorliegenden Falle hatte der Verteidiger eine Kriminalbeamtin und Richter des damaligen Verfahrens als Zeugen benannt. Der Beweisantrag ist bei verständiger Würdigung dahin auszulegen, daß die Zeugen Tatsachen aus dem damaligen Verfahren bekunden sollen, die Schlüsse darauf zulassen, daß die Zeugin aus Angst falsch ausgesagt hat (vgl. BGH aaO) (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Insoweit sind die Zeugen geeignete Beweismittel. Darauf, daß sich die Zeugen - auch nach Vorhalten aus den Akten - an die bedeutsamen Vorgänge nicht mehr erinnern könnten, hat das Landgericht nicht abgestellt; das war auch nicht ohne weiteres möglich. ...“[124]

Ob der BGH sich nach diesen Entscheidungen darum bemühte, seine zuvor unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts aufgestellten Grundsätze einschränken, bleibt unklar.

> „ … Zwar trifft es zu, dass ein Zeuge nicht schon dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel ist, wenn er zum Beweis innerer Tatsachen benannt worden ist (vgl. BGH StV 1987, 236, 237). Grund hierfür ist aber der Umstand, dass ein solcher Zeuge möglicherweise äußere Umstände bekunden kann, die Schlussfolgerungen auf innere Tatsachen zulassen (vgl. BGH StV 1984, 61). Eine derartige Möglichkeit war vorliegend jedoch auszuschließen. Denn sämtliche vom Antragsteller in das Wissen des Zeugen gestellten Tatsachen hat die Kammer - im Unterschied zu den Fallgestaltungen, die den beiden genannten Entscheidungen zugrunde lagen - als wahr unterstellt. Dass der Zeuge darüber hinaus Wesentliches hätte bekunden können, trägt die Revision nicht vor; insbesondere ergibt sich dies nicht aus der von ihr mitgeteilten schriftlichen Erklärung des Zeugen vom 16. November 2007. ...“[125]

123 BGH, Urteil vom 08.11.1983 - 5 StR 673/83
124 BGH, Beschluss vom 08.10.1986 - 2 StR 432/86
125 BGH, Beschluss vom 29.05.2008 - 1 StR 189/08; BGH, Beschluss vom 24.06.2008 - 3 StR 179/08

Zum völlig ungeeigneten Augenschein und zu völlig ungeeigneten Niederschriften über Telefongespräche gibt es hier keine Ausführungen.

Völlig ungeeignete Sachverständige

Das Gutachten einer/s Sachverständigen kann ein völlig ungeeignetes Beweismittel sein. Dazu vorab mit einer bemerkenswerten Deutlichkeit:

> „ … Ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StGB ist ein ärztlicher Sachverständiger, der die Auswirkungen eines Schädelhirntraumas auf die Zeugentüchtigkeit beurteilen soll, keinesfalls. ...“[126]

Neuerdings nochmals ausdrücklich dazu wegen des Fehlens des Originals einer Schriftprobe:

> „ … Auch die Beanstandung der Revision, das Landgericht habe unter Verstoß gegen § 244 Abs. 3 StPO die **beantragte Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens** (Anmerkung des Verf.: erfolglos) als völlig ungeeignetes Beweismittel abgelehnt, erweist sich als unbegründet.
>
> Zwar ist es entsprechend den Ausführungen des Generalbundesanwalts grundsätzlich richtig, dass ein Sachverständigengutachten nicht schon dann als ungeeignetes Beweismittel anzusehen ist, wenn darin zwar keine sicheren und eindeutigen Beweisergebnisse erzielt werden, die enthaltenen Ausführungen aber gleichwohl die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen können (vgl. dazu in freilich anderen Konstellationen BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - 3 StR 284/11, NStZ 2012, 345; Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 516/14, NStZ 2016, 116). Bringt das Tatgericht jedoch zum Ausdruck, dass es eine allenfalls geringgradige Wahrscheinlichkeitsaussage nicht für geeignet hält, seine Überzeugung zu beeinflussen, begegnet es keinen durchgreifenden verfahrensrechtlichen Bedenken, wenn es ein beantragtes Sachverständigengutachten mangels ausreichend aussagekräftiger und nicht weiter ermittelbarer Anknüpfungstatsachen als völlig ungeeignetes Beweismittel ansieht (vgl. BGH, Beschluss vom 13. August 1999 - 3 StR 166/99; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 239).
>
> So verhält es sich hier: Dem Landgericht lag die zu untersuchende Unterschrift lediglich in Kopie vor, die zudem mit nur einer einzigen Originalschriftprobe der mittlerweile Verstorbenen verglichen werden sollte. Wegen des Fehlens des Originals bestanden nach den von eigener, hinreichend dargelegter Sachkunde der Strafkammer getragenen Ausführungen in dem den Beweisantrag ablehnenden Beschluss wesentliche Untersuchungsdefizite, weshalb die Schriftprobe 'einer Erhebungs- und Bewertungsmöglichkeit […] nur eingeschränkt oder gar nicht zugänglich' war. Die Verstorbene konnte auch keine weiteren Schriftproben mehr anfertigen, so dass weitere Anknüpfungstatsachen durch einen Sachverständigen nicht zu ermitteln waren. Zudem könnte der Senat das Beruhen des Urteils auf einem etwaigen Rechtsfehler ausschließen, weil die vermeintlich gefälschte Urkunde in der Beweiswürdigung des Landgerichts lediglich ein untergeordneter Aspekt für die Annahme eines auf Pflegebetrügereien ausgerichteten Verhaltensmusters der Angeklagten war. ...“[127]

Grundsätzliche, aber zum Teil bedenkliche Ausführungen enthält ein Beschluss des Verfassungsgericht des Landes Brandenburg:

126 BGH, Beschluss vom 06.06.1994 - 5 StR 204/94
127 BGH, Beschluss vom 07.12.2021 - 5 StR 215/21

" ... Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Strafprozess ist ein Beweismittel (völlig) ungeeignet, wenn ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis festzustellen ist, dass sich mit ihm das in dem Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis **nach sicherer Lebenserfahrung** nicht erzielen lässt (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 30. Januar 2013 -2 StR 468/12 -, Rn. 7, juris; Krehl, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 244 StPO, Rn. 149 m. w. N.). In Bezug auf den Sachverständigenbeweis ist das der Fall, wenn auszuschließen ist, dass der Sachverständige sich zur vorgelegten Beweisfrage überhaupt sachlich äußern kann (vgl. BGH, Beschluss vom 24. August 2007 - 2 StR 322/07 -, Rn. 2, juris). So liegt es beispielsweise, wenn der Sachverständige **Untersuchungsmethoden** anwendet, die unausgereift und nicht zuverlässig sind (vgl. BGH, Beschluss vom 13. März 1997 - 4 StR 45/97 -, Rn. 6, juris).

Überträgt man dies auf die **Auswahl des Sachverständigen**, darf er danach dann nicht bestellt werden, wenn er die in Bezug auf den Gutachtenauftrag erforderliche fachliche und **persönliche Eignung** nicht mitbringt. In einem solchen Fall wäre das von ihm zu erstattende Gutachten offensichtlich unbrauchbar. Das kann etwa dann der Fall sein, **wenn ein Sachverständiger zu erkennen gegeben hat, dass er zu einem unparteilichen Herangehen an den Gutachtenauftrag aufgrund persönlichen emotionalen Engagements nicht mehr in der Lage ist** (vgl. BGH, Beschluss vom 15. September 1994 - 1 StR 424/94 -, Rn. 18, juris; Trück, in: Münchener Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2023, § 73 Rn. 19).

Auch in Bezug auf die Person des Sachverständigen **bedarf der seine Bestellung ablehnende Beschluss einer Begründung, die alle tatsächlichen Umstände dartun muss, aus denen auf die mangelnde fachliche oder persönliche Eignung und damit die völlige Wertlosigkeit des durch ihn zu erbringenden Beweises geschlossen wird** (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 21. August 2014 - 1 StR 13/14 -, Rn. 15, juris).

Diesen Darlegungsanforderungen wird die Ablehnung des Beweisantrags BA68 nicht in der gebotenen Begründungstiefe gerecht (1). Die unzureichende Begründung kann auch nicht im verfassungsgerichtlichen Verfahren nachgebessert werden (2).

(1) Die nach Auffassung des Antragsgegners fehlende Eignung von Prof. Dr. D. zur Erstellung eines Sachverständigengutachtens ist in den Ablehnungsgründen zum Beweisantrag BA68 **nicht** ausreichend dargelegt.

Prof. Dr. D. ist - ausweislich der Begründung des Beweisantrags BA68 - Facharzt für Mikrobiologie und Infektionsepidemiologie und leitete über 20 Jahre das Institut für Mikrobiologie und Hygiene der Universität E.. Vor diesem Hintergrund erscheint der benannte Sachverständige von seiner beruflichen Laufbahn her nicht von vornherein ungeeignet, ein Sachverständigengutachten zur Geeignetheit von Mund-Nase-Bedeckungen für die Eindämmung von SARS-CoV-2 zu erstellen. Sofern der Antragsgegner die Fachkunde des Sachverständigen zur Gutachtenerstellung trotz dessen Werdegangs aufgrund seiner öffentlichen Äußerungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie in Abrede stellen will, genügt hierfür - auch unter Beachtung des dem Antragsgegner insoweit zustehenden Bewertungsspielraums - nicht die schlichte Zitierung einer 12-zeiligen Presseerklärung der Universität E., in der sich die Universitätsmedizin und das Institut für Medizinische Mikrobiologie und Hygiene 'an entscheidenden Stellen von den von Herrn D. vertretenen Positionen, die wir als irreführend bis falsch betrachten' ohne nähere Gründe distanziert. Diese Presseerklärung beinhaltet lediglich in allgemeiner Form einen Bezug auf die 'Covid-19-Pandemie' und lässt weder erkennen, auf welche vertretenen Positionen sie sich konkret bezieht, noch wann und auf welchem Wege diese durch Herrn Prof. Dr. D. vertreten wurden.

> Selbst wenn - obgleich sich der Antragsgegner hierauf nicht stützt - ergänzend die weitere Presseerklärung der Universität E. herangezogen würde, ergibt sich nichts anderes, denn auch hierin bezieht sich die Universität lediglich in allgemeiner Form auf 'im Internet kursierende Videos des Professors im Ruhestand … Herr D.' und erklärt hierzu, die Meinungsäußerungen seien 'in keiner Weise … mit der Universitätsmedizin E. abgestimmt'. Gleiches gilt, soweit der Antragsgegner Bezug nimmt auf ein Video von Prof. Dr. D.. Dieser Verweis ist einer Prüfung nicht zugänglich, da weder eine Quelle genannt noch das in Bezug genommene Video konkret bezeichnet wird. Auch wird der Inhalt des Videos durch den Antragsgegner lediglich rudimentär und im Sinne einer eigenen Interpretation mitgeteilt. So gibt dieses Begründungselement im Hinblick auf die fehlende Fachkunde des Prof. Dr. D. nichts her. Ebenso unergiebig zum Beleg der Annahme des Antragsgegners, dass sich die Äußerungen von Prof. Dr. D. jedweder wissenschaftlichen Erkenntnis entziehen, ist auch der bloße Verweis auf den Wissenschaftler Prof. Dr. J., der in mehreren Zeitungsartikeln Stellung zu den Äußerungen des Prof. Dr. D. genommen und diese widerlegt habe. Aus der Begründung des Ablehnungsbeschlusses ist nicht ersichtlich, mit welchen Thesen sich Prof. Dr. J. auf welche Weise und mit welchem Ergebnis im Einzelnen auseinandergesetzt hat. Quellen werden ebenfalls nicht genannt. Aus dieser pauschalen Begründung heraus ist für das Verfassungsgericht die völlige Wertlosigkeit des beantragten Sachverständigenbeweises durch den konkret benannten Sachverständigen nicht hinreichend erkennbar. Hinzu kommt, dass der Antragsgegner auch im Organstreitverfahren die Begründung seiner Ablehnungsentscheidung vom 23. April 2021 nicht aufgreift und vertieft, sondern sich vielmehr allein auf gänzlich neue Begründungserwägungen stützt.
>
> Weitere Anhaltspunkte, wonach das beantragte Sachverständigengutachten aus in der Person des Gutachters liegenden Gründen zu keinem verwertbaren Beweisergebnis führen kann, sind in der Begründung zur Ablehnungsentscheidung nicht aufgeführt.
>
> Sofern der Antragsgegner - für das Gericht durchaus nachvollziehbare - Bedenken hegt, das zu beauftragende Sachverständigengutachten könne zu keinem verwertbaren Beweisergebnis führen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass Prof. Dr. D. in öffentlichen Äußerungen wiederholt die Existenz einer weltweiten Pandemie, die Pathogenität des Coronavirus und die Bedrohung für die Bevölkerung negiert und SARS-CoV-2 in der Vergangenheit wie ein reguläres 'Erkältungscoronavirus' eingestuft hat, hätte er dies in seiner Ablehnungsentscheidung substantiiert zum Ausdruck bringen und die seine Bedenken begründenden Tatsachen mitteilen müssen. ..."[128]

Andere Versuche der Tatgerichte, entlastende Feststellungen zu verhindern, erwiesen sich als untauglich:

> „ … a) Ein Gutachter ist nicht schon dann ein ungeeignetes Beweismittel, wenn der Tatrichter vor der Entscheidung über den Beweisantrag und vor Befragung des Sachverständigen die Überzeugung gewinnt, die Behauptungen, die Grundlage des Gutachtens werden sollen, seien teilweise unzutreffend. Völlig ungeeignet ist das Beweismittel lediglich dann, wenn auszuschließen ist, daß sich der Gutachter zur vorgelegten Beweisfrage sachlich überhaupt äußern kann (vgl. BGHSt 14, 339, 342).
>
> b) Die Möglichkeit einer sachdienlichen Äußerung des Gutachters ist bereits dann nicht auszuschließen, wenn seine Stellungnahme (zunächst nur) für die Feststellung von Anknüpfungstatsachen bedeutsam werden kann, zumal wenn diese auch indizielle Bedeutung für die Beweisbehauptung haben.

128 VerfG Brandenburg, Beschluss vom 20.01.2023 - 67/21

> c) Geeignet ist ein Sachverständiger als Beweismittel vor allem auch dann, wenn die vorhandenen Anknüpfungstatsachen ihm die Darlegung solcher Erfahrungssätze oder Schlußfolgerungen erlauben, die für sich allein die unter Beweis gestellte Behauptung lediglich wahrscheinlicher machen (vgl. BGH, Beschluß vom 15. Juni 1984 - 5 StR 359/84).
>
> d) Im vorliegenden Falle haben die Zeugen unterschiedliche Angaben zum Tablettenkonsum der Angeklagten und zu deren Verhalten gemacht, aus dem Schlüsse auf die Richtigkeit der Beweisbehauptung gezogen werden können. Zumindest in den Fällen, in denen das Landgericht die Beobachtungen der Zeugen bewertet und dem von ihnen geschilderten Verhalten der Angeklagten jeglichen Indizwert für einen Tablettenmißbrauch abspricht, hätte eine Stellungnahme eines Sachverständigen die Behauptungen wahrscheinlicher und glaubhaft erscheinen lassen können.
>
> e) Aber selbst auf der Grundlage der Anknüpfungstatsachen, die das Landgericht festgestellt oder nicht für widerlegt erachtet, hätten Gutachter Ausführungen zur Frage der Schuldfähigkeit machen können.
>
> Die Angeklagte hätte über längere Zeit Psychopharmaka eingenommen, sich diese zur gleichen Zeit von verschiedenen Ärzten verschreiben lassen und war zusätzlich wegen klimakterischer Beschwerden mit Hormonen behandelt worden. Sie hatte mit einem Rasiermesser einen Selbstmordversuch unternommen und jedenfalls des öfteren die vom Arzt verordnete Dosis des Mittels Lexotanil erheblich (3 - 4 Tabletten) überschritten. An diesen Sachverhalt hätte ein Gutachter zunächst anknüpfen und nach einer Untersuchung der Angeklagten vor allem zu der Frage Stellung nehmen können, ob das Zusammenwirken von Psychopharmaka und Hormonbehandlung wegen klimakterischer Beschwerden möglicherweise die Schuldfähigkeit der Angeklagten beeinflußt hat. Dabei hätte der Sachverständige allerdings den Umstand berücksichtigen müssen, daß die Ärzte, die der Angeklagten die Medikamente verordneten, bei ihr keine Auffälligkeiten, insbesondere keine Kreislaufreaktionen festgestellt hatten. Die Eignung des Sachverständigen als Beweismittel im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO wurde hierdurch aber nicht berührt. ..."[129]

Um einen Beweisantrag abzulehnen, wird wiederholt die „absolute Untauglichkeit" des Beweismittels „Sachverständige" eingefordert:

> „ … Völlig ungeeignet ist das angebotene Beweismittel nur, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisherige Beweisergebnis sagen kann, daß sich mit einem solchen Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen läßt (BGH Urt. vom 15. November 1977 - 5 StR 519/77 - bei Holtz in MDR 1978, 218; BGH Beschluß vom 1. August 1978 - 5 StR 418/78 –; BGH Urteile vom 21. Februar 1974 - 4 StR 12/74 und vom 3. Juni 1975 - 1 StR 223/75 –). Hier kann eine solche sich aus dem Wesen des Beweismittels eindeutig ergebende absolute Untauglichkeit nicht angenommen werden. Es kommt nicht darauf an, ob ein Sachverständiger in der Lage ist, auf Grund seines Fach- und Erfahrungswissens sichere Schlüsse darauf zu ziehen, ob sich der Sprachfehler des Angeklagten bei erhöhter psychischer Belastung in der behaupteten Weise auswirkt. Er kann aber seine Beobachtungen und sein Erfahrungswissen aufzeigen und damit dem Gericht Hinweise geben, die es bei seiner Entscheidung verwerten kann. Sein Gutachten kann daher sehr wohl zur Sachaufklärung beitragen. Das Landgericht geht davon aus, der Angeklagte habe kurz vor der Tatzeit unter der Belastung staatsanwaltschaftlicher Vernehmung stark gestottert; es begegnet dieser Feststellung mit der Erwägung, Me-

129 BGH, Urteil vom 05.06.1985 - 2 StR 167/85

dikamente könnten dem Angeklagten ein stotterfreies Sprechen während der Tat ermöglicht haben (UA S. 25). Selbst wenn der Sachverständige, dem ersichtlich Anknüpfungspunkte zur Verfügung standen, nur solche Erfahrungssätze und Schlußfolgerungen darzulegen vermag, die für sich allein die unter Beweis gestellte Behauptung lediglich wahrscheinlich machen, sie aber nicht unmittelbar erweisen können, ist das Gericht nicht berechtigt, den gestellten Beweisantrag wegen "völliger" Ungeeignetheit des Beweismittels zurückzuweisen. Insoweit steht dem Gericht wegen des Verbots der Vorwegnahme der Beweiswürdigung auch kein Ermessensspielraum zu (BGH VRS 47, 19 mit weiteren Nachweisen). ..."[130]

Die bloße Annahme, die/der Sachverständige werde die Beweisbehauptung nicht bestätigen, reicht aber für eine Herabstufung auf die Ebene der völligen Ungeeignetheit nicht aus:

„... Zwar kann ein Beweisbegehren, das sich auf ein völlig ungeeignetes Beweismittel stützt, aus diesem Grund nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden. Dabei muss es sich aber um ein Beweismittel handeln, dessen Inanspruchnahme von vorn herein gänzlich aussichtslos wäre, so dass sich die Erhebung des Beweises in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste (vgl. BGH StV 1997, 338).

Die völlige Ungeeignetheit muss sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben. Das sonstige Ergebnis der Beweisaufnahme darf hierzu nicht herangezogen werden (vgl. BGH aaO m.N.).

Danach wäre ein Sachverständiger ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn er - was hier ersichtlich nicht der Fall ist - **Untersuchungsmethoden** anwendete, die unausgereift und nicht zuverlässig sind, oder wenn es nicht möglich wäre, ihm die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, die er für sein Gutachten benötigt (vgl. BGH aaO m.N.). **Ein Sachverständiger ist aber schon dann ein geeignetes Beweismittel, wenn er zwar keine sicheren und eindeutigen Schlüsse ziehen kann, seine Folgerung aber die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und das Gutachten Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts haben kann** (vgl. BGH StV 1997, 338 m.w.N.).

Zwar ist bei der Prüfung der völligen Ungeeignetheit **in Grenzen eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und dabei auch Freibeweis zulässig, wobei aber die bloße Annahme, der Sachverständige werde die Beweisbehauptung nicht bestätigen, nicht ausreicht** (vgl. BGH NStZ 1999, 362, 363 m.N.). Vielmehr muss feststehen, dass das Gutachten zu keinem verwertbaren Beweisergebnis führen kann (vgl. Meyer-Goßner StPO 49. Aufl. § 244 Rdn. 59 a; zum Zeugenbeweis vgl. BGH NStZ 1999, 362, 363; StV 2005, 115, 116). Das ist hier durch die Ausführungen des im Wege des Freibeweises angehörten Sachverständigen nicht belegt, denn danach kommt nach den ihm mitgeteilten Verletzungsbefunden auch ein Griff des Geschädigten in die ruhende, vom Angeklagten zum Boden abgesenkte Klinge des Schwertes als Ursache der Verletzungen in Betracht. Zudem sind dem Sachverständigen maßgebliche Anknüpfungstatsachen nicht, wie gemäß § 78 StPO bei der Beauftragung eines Sachverständigen erforderlich, bekannt gegeben worden, denn er konnte weder die von den Verletzungen gefertigten Lichtbilder (vgl. UA 32) noch die sichergestellte Tatwaffe in Augenschein nehmen.

Bei einer solchen Sachlage ist eine vorweggenommene Beweiswürdigung dahin, dass von einem rechtsmedizinischen Sachverständigengutachten keine weitere Auf-

130 BGH, Beschluss vom 15.06.1984 - 5 StR 359/84: vorhergehend BGH, Urteil vom 07.07.1983 - 4 StR 168/83

klärung zu erwarten ist, nicht zulässig, weil sie die Ersetzung der auf einen Beweisantrag hin innerhalb der Hauptverhandlung im Strengbeweisverfahren durchzuführenden Beweiserhebung durch ein Freibeweisverfahren in einem für die Schuldfrage wesentlichen Punkt bedeutet (zum Sachverständigenbeweis vgl. BGH StV 1995, 339; zum Zeugenbeweis BGH NStZ 1999, 362, 363; StV 2005, 115, 116). ...“[131]

"Unausgereifte Untersuchungsmethoden"[132] der/s Sachverständigen können ihr/sein Gutachten zu einem ungeeignetem Beweismittel degradieren:

„ … Die Ablehnung dieses Beweisantrages rügt die Revision zu Recht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Beweismittel dann als völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 StPO anzusehen, wenn ungeachtet des bisher gewonnenen Beweisergebnisses nach sicherer Lebenserfahrung feststeht, daß sich mit ihm das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erzielen läßt (vgl. BGHSt 14, 339, 342; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 4; für die Genomanalyse vgl.: BGHSt 37, 157 f; NStZ 1991, 399). Gleiches gilt aber auch, wenn der Sachverständige, dessen Gutachten eingeholt werden soll, eine Untersuchungsmethode anwendet, die unausgereift und nicht zuverlässig ist (vgl. BGH NStZ 1985, 515, 516; MDR 1993, 165, 166; vgl. auch BGH NJW 1978, 1207; Schlüchter in SK - StPO Rdn. 105 zu § 244). Die Frage nach der Eignung bestimmter Untersuchungsmethoden ist dabei nach der Lebenserfahrung und dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu beantworten (vgl. Gollwitzer in LR 24. Aufl. Rdn. 285 zu § 244 StPO). Nach der neuerlichen Äußerung des Sachverständigen, bei dem es sich um einen erfahrenen Wissenschaftler auf dem Gebiet der Genomanalyse handelt, besteht die Möglichkeit, in absehbarer Zeit zu klären, ob ein bestimmtes Tier als Spurenverursacher ausgeschlossen werden kann. Die Begründung des Beweisantrages durch die Verteidigung in der Hauptverhandlung gab zwar insoweit zu Zweifeln Anlaß, denn daraus konnte entnommen werden, daß der Sachverständige erst noch Grundlagenforschung, die etwa ein halbes Jahr in Anspruch nehmen sollte, betreiben müßte, um die entsprechenden Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Wie der Sachverständige jetzt klargestellt hat, betraf dies lediglich die 'positive Identifizierung der in Frage kommenden Hundeindividuen.' Ob für einen solchen Fall, wie er sich dem Tatgericht zunächst stellte, die Einholung eines Sachverständigengutachtens noch ein geeignetes Beweismittel ist, ist fraglich; dies braucht hier aber nicht entschieden zu werden, da der Sachverständige die schon im Zeitpunkt der Entscheidung der Schwurgerichtskammer bestehende Geeignetheit der Untersuchungsmethode zum Ausschluß der Hunde des Angeklagten als Spurenverursacher ausdrücklich 'bestätigt' hat. Daß die Methode, die der Sachverständige anwenden will, selbst zu Bedenken Anlaß geben könnte, ist nicht offensichtlich. Ob insoweit die gleichen Grundsätze gelten müssen wie bei der Genomanalyse anderer Spuren, z.B. Sperma und Blut, und ob der Tatrichter bei Fallgestaltungen wie vorliegend grundsätzlich gehalten ist, eine Genomanalyse durchführen zu lassen, kann offenbleiben (vgl. dazu BGH NStZ 1991, 399; BGHSt 37, 157; BGH NStZ 1992, 554, zum Abdruck in BGHSt bestimmt; zur Bewertung

131 BGH, Beschluss vom 15.03.2007 - 4 StR 66/07; ebenso BGH, Beschluss vom 09.03.1999 - 1 StR 693/98 für Zeugen; BGH, Beschluss vom 13.03.1997- 4 StR 45/97 zur Eignung einer anthropologisch-morphologischen Vergleichsbegutachtung

132 Die damit einhergehenden Bewertungen sind mit vielen Unsicherheiten behaftet. Sie betreffen Sachverständige, die oft für Gerichte auftreten und sich dem dort herrschenden "Mainstream" verpflichtet fühlen. Wirtschaftliche Abhängigkeiten spielen eine nicht zu unterschätzende Rolle. Der Faktor der ergebnisorientierten Sachverständigenauswahl wird oftmals verkannt. In vielen Bereichen der Wissenschaften werden Deutungshoheiten beansprucht, die nicht selten politisch und ökonomisch motiviert sein. Offenkundiges Wissen aus einer Vielzahl wissenschaftlicher Quellen wird oftmals so behandelt, als sei es nicht existent. Es wird ohne sachlichen Grund als auf "unausgereiften Untersuchungsmethoden" beruhend ausgeklammert.

> von Haaranalysen vgl. Rittner/Schacker/Schneider in MedR 1989, 12 f., 14; Schmitter/ Herrmann/Pflug MDR 1989, 402, 403; Schneider in Hess. Polizeirundschau 1992, 20, 22; Kunstmann/Bocker/Mempel/Epplen in Münchner Medizinischen Wochenschrift 1990, 741, 742; allgemein zum Haarvergleich vgl. BGH, Beschluß vom 5. Februar 1992 - 5 StR 677/91; Forster/Ropohl, Rechtsmedizin 5. Aufl. S. 190; Forster, Praxis der Rechtsmedizin 1986, 269 f.). Die Ablehnung als völlig ungeeignetes Beweismittel war jedenfalls aus den vom Landgericht angeführten Gründen nicht gerechtfertigt. ...“[133]

Für eine Zurückweisung eines Beweisantrages soll es ausreichen, wenn die Untersuchungsmethode „noch nicht ausgereift“ ist:

> „ … Zwar kennt die Rechtsprechung den Begriff der 'relativen Ungeeignetheit' eines Sachverständigen als Beweismittel. Sie liegt vor, wenn der Sachverständige aus dem ihm zur Verfügung stehenden Tatsachenmaterial zwar sichere und eindeutige Schlüsse nicht ziehen, aber doch die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich bezeichnen kann, und berechtigt nicht zur Ablehnung eines Beweisantrages nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO (BGH NJW 1983, 404; BGH, Beschluß vom 1. August 1978 - 5 StR 418/78 - bei Holtz MDR 1978, 988; Herdegen in KK StPO § 244 Rdn. 89). Um einen solchen Fall handelt es sich hier aber nicht. Die mangelnde Geeignetheit von Prof. Dr. Schmidt als Sachverständiger beruht nicht darauf (wie in den genannten Entscheidungen und Schrifttumsnachweisen), daß das ihm zur Verfügung zu stellende Tatsachenmaterial nicht ausreichte, sondern darauf, daß die von ihm angewandte Untersuchungsmethode noch nicht ausgereift und deshalb nicht in der Lage ist, zuverlässige Aussagen zu machen. Anderes besagt der genannte Aufsatz nicht und zwar - entgegen der Meinung der Revision - gleichermaßen zur positiven wie zur negativen Seite des Nachweises von Rübenzucker. Daher hat die Strafkammer den Antrag zu Recht abgelehnt. Eine Untersuchungsmethode, die deshalb nicht zu verwertbaren Ergebnissen kommt, weil sie unausgereift ist und als solche nicht zuverlässig arbeitet, ist völlig ungeeignet, im Strafverfahren Beweis zu liefern. ...“[134]

Eine besondere Gefahr stellt die oben schon angenommene strittige Zulässigkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung dar:

> „ … Die Begründung, mit der das Landgericht die Beweisanträge zurückgewiesen hat, ist frei von Rechtsfehlern. Allerdings kann ein Beweisantrag nur dann wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels abgelehnt werden, wenn das Gericht ohne Rücksicht auf das bisherige Beweisergebnis feststellen kann, daß sich das in dem Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis mit dem angebotenen Beweismittel nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen läßt, so daß die Erhebung des Beweises sich in einer reinen Förmlichkeit erschöpft. Ein Sachverständiger ist u. a. dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn es nicht möglich ist, ihm die sicheren tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, derer er für sein Gutachten bedarf (vgl. BGHSt 14, 339, 342 f.; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 6 und 16; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 284).
>
> Daran gemessen hat die Strafkammer die völlige Ungeeignetheit des beantragten Sachverständigengutachtens wegen fehlender Anknüpfungstatsachen zu Recht angenommen. Der körperliche und seelische Zustand der Nebenklägerin zur Tatzeit ist weder durch objektive Umstände gesichert noch nachträglich rekonstruierbar. Die Angaben des Tatopfers scheiden als Beweisgrundlage aus, weil sich die Strafkammer von ihrer Richtigkeit angesichts der Einlassung des Angeklagten über einen unauffäl-

133 BGH, Urteil vom 04.03.1993 - 2 StR 503/92

134 BGH, Urteil vom 20.06.1985 - 1 StR 682/84 mit der Gefahr des willkürlichen Ausschlusses neuer Untersichungsmethoden aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse

> ligen Zustand der Zeugin und des Fehlens weiterer Beweismittel nicht mit einer für eine Verurteilung ausreichenden Sicherheit überzeugen konnte (vgl. BGH bei Holtz MDR 1982, 283; Gollwitzer aaO). Die lediglich abstrakte Bestätigung der Symptome einer Schreckstarre durch den Sachverständigen aufgrund der Aussage der Nebenklägerin ist für die Beweiswürdigung, insbesondere mit Blick auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage zur Widerstandsunfähigkeit, ohne Belang, zumal das Landgericht von der Möglichkeit ausgeht, daß eine solche vorgelegen hat. ..."[135]

Völlig ungeeignet ist „demgegenüber", was nach Ansicht des Tatgerichts etwa „geringgradig wahrscheinlich" ist:

> „ … Zwar ist es entsprechend den Ausführungen des Generalbundesanwalts grundsätzlich richtig, dass ein Sachverständigengutachten nicht schon dann als ungeeignetes Beweismittel anzusehen ist, wenn darin zwar keine sicheren und eindeutigen Beweisergebnisse erzielt werden, die enthaltenen Ausführungen aber gleichwohl die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen können (vgl. dazu in freilich anderen Konstellationen BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - 3 StR 284/11, NStZ 2012, 345; Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 516/14, NStZ 2016, 116). Bringt das Tatgericht jedoch zum Ausdruck, dass es eine allenfalls geringgradige Wahrscheinlichkeitsaussage nicht für geeignet hält, seine Überzeugung zu beeinflussen, begegnet es keinen durchgreifenden verfahrensrechtlichen Bedenken, wenn es ein beantragtes Sachverständigengutachten mangels ausreichend aussagekräftiger und nicht weiter ermittelbarer Anknüpfungstatsachen als völlig ungeeignetes Beweismittel ansieht (vgl. BGH, Beschluss vom 13. August 1999 - 3 StR 166/99; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 239). ..."[136]

Die Frage, ob ausreichende Anknüpfungstatsachen vorliegen, damit ein Sachverständigengutachten erstellt werden kann, wird von Tatgerichten nicht immer hinreichend beurteilt:

> „ … Als Anknüpfungstatsachen standen dem Sachverständigen einerseits die von dem Angeklagten geschilderten Gewalt- und Angsterfahrungen sowie andererseits sein vor der Tatausführung an den Tag gelegtes ruhiges Verhalten zur Verfügung. Beides hatte die Strafkammer nicht als Beweisgrundlage ausgeschlossen. Die Angaben des Angeklagten zu seinen Gewalt- und Angsterfahrungen hat sie nicht für unglaubhaft erachtet, sondern ihren Feststellungen zugrunde gelegt. Ebenso ist sie aufgrund von Videoaufnahmen und Zeugenangaben davon ausgegangen, dass sich der Angeklagte ruhig und unauffällig verhielt, als er auf T. zuging. Die Strafkammer hat daraus lediglich andere Schlussfolgerungen gezogen als diejenigen, die mit dem Beweisantrag in das Wissen eines Sachverständigen gestellt worden sind.
>
> Der Sache nach hat die Strafkammer den Beweisantrag letztlich aufgrund von Erwägungen abgelehnt, die sie aufgrund eigener Sachkunde angestellt hat. Sie hat sich indes weder auf eigene Sachkunde berufen (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) noch belegt, dass sie über die erforderliche eigene Sachkunde verfügt. ..."[137]

Weiter zu angeblich fehlenden Anknüpfungstatsachen:

---

135 BGH, Urteil vom 10.07.2003 - 3 StR 130/03; im scheinbaren Gegensatz zu BGH, Beschluss vom 07.01.2004 - 5 StR 391/03

136 BGH, Beschluss vom 07.12..2021 - 5 StR 215/21; BGH, Beschluss vom 29.11.2017 - 3 StR 526/17; siehe auch siehe auch BGH, Urteil vom 20.05.2015 - 2 StR 46/14

137 BGH, Beschluss vom 29.11.2017 - 3 StR 526/17

„ … Dagegen ergibt sich aus der Revisionsrechtfertigungsschrift bezüglich der Verurteilung des Angeklagten wegen Brandstiftung folgendes: Die Verteidigung hat die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür **beantragt, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Brandstiftung am 1. Mai 1986 unmittelbar vor 24.00 Uhr erfolgt ist** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Diesen Antrag hat das Landgericht mit der Begründung abgelehnt, das Beweismittel sei völlig ungeeignet, weil ein Sachverständiger wegen der seit der Brandstiftung vergangenen Zeit gesicherte Feststellungen nicht mehr treffen könne. Die Rüge ist somit in diesem Umfang zulässig.

Sie ist auch begründet. Von dem Tatort sind Lichtbilder gefertigt worden (UA S. 12). Der Zeuge F hat Angaben darüber gemacht, wo sich die intensivsten Anzeichen einer Brandeinwirkung befanden (UA S. 19). Ferner ist festgestellt, daß der Brand nach Öffnung der Haustür 'mit offener, lodernder Flamme brannte' (UA S. 11). Es erscheint durchaus möglich, daß ein Brandsachverständiger aufgrund dieser Anknüpfungstatsachen Erfahrungssätze und Schlußfolgerungen darlegen kann, aus denen sich der Zeitpunkt der Brandstiftung zwar nicht mit Sicherheit ergibt, die unter Beweis gestellte Behauptung aber wahrscheinlicher wird. Es ist ferner möglich, daß die Stellungnahme eines Brandsachverständigen zur Feststellung weiterer Anknüpfungstatsachen führt. Diese Möglichkeiten verbieten es, das Gutachten eines Brandsachverständigen als ungeeignetes Beweismittel zu werten (BGH NStZ 1985, 562). ...“[138]

Zu den zu beschaffenden Befundtatsachen schloss sich der BGH in nachfolgenden Entscheidung den Ausführungen des GBA an:

" ... 'Die Ablehnung des **Beweisantrags vom 9. November 1989, einen Sachverständigen dazu zu hören, daß die Verhaltensstörungen der Zeugin Susanne S. nicht infolge sexuellen Mißbrauchs durch den Stiefvater entstanden seien** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich), hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme, der Strafkammer, das benannte Beweismittel sei völlig ungeeignet, weil mangels Einwilligung der Zeugin in eine Untersuchung einem Sachverständigen nicht die tatsächlichen Unterlagen verschafft werden könnten, die er für sein Gutachten benötigt, trifft nicht zu. Die mangels Einwilligung ausgeschlossene Untersuchung war nicht der einzige Weg, auf dem ein Sachverständiger zu dem in Aussicht gestellten Ergebnis gelangen konnte, die Verteidigung hatte auch erkennbar nicht allein auf eine solche Untersuchung abgestellt. Einem Sachverständigen hätten die Erkenntnisse verschafft werden können, die bei der Behandlung der Zeugin Susanne S. im Jahr 1972 und 1974 und bei der psychagogischen Behandlung im Jahr 1981 gewonnen worden waren (UA S. 5), ferner hätte die Befragung von Zeugen, namentlich der Zeuginnen R. und Hannelore S. nach Maßgabe des § 80 Abs. 2 StPO wiederholt und ergänzt werden können. Daß das auf diesem Weg zu gewinnende Tatsachenmaterial einen Psychiater oder Psychologen in die Lage versetzen kann, Erfahrungssätze und Schlußfolgerungen darzulegen, die die Beweisbehauptung wenigstens mehr oder minder wahrscheinlich machen, läßt sich nicht von vornherein verneinen. Dann aber durfte die Beweiserhebung durch Anhörung eines Sachverständigen nicht wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels abgelehnt werden (vgl. Herdegen in KK, 2. Aufl., § 244 StPO Rdn 77 m. Nachw.). ...' ..."[139]

Folgendes soll gelten, wenn für das Gutachten benötigte Unterlagen nicht beschafft werden können:

138 BGH, Beschluss vom 11.03.1987 - 2 StR 63/87

139 BGH, Beschluss vom 27.03.1990 - 5 StR 119/90; Achtung: BGH, Beschluss vom 12.01.2024 - 1 StR 411/23 - Sachvortrag zur Einwilligung der zu begutachtenden Person in die Untersuchung ist nicht mehr erforderlich

„ … Ein Beweismittel kann nur dann als völlig ungeeignet zurückgewiesen werden, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis sagen kann, daß sich mit einem solchen Beweismittel ein Ergebnis, wie es im Beweisantrag in Aussicht gestellt ist, nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen läßt. Ein Sachverständiger ist daher ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn es nicht möglich ist, ihm die tatsächlichen Unterlagen zu verschaffen, deren er für sein Gutachten bedarf (Vergleiche BGH, 1960-06-14, 1 StR 73/60, BGHSt 14, 339). Daß der von der Jugendkammer festgestellte Tathergang von dem Sachverhalt abweicht, den die Verteidigung angenommen hat, schließt das in Aussicht gestellte Beweisergebnis nicht schlechthin aus. ...“[140]

Fehler bei der Formulierung eines Beweisantrages sind nicht korrigierbar, sofern selbst nach tatgerichtlichen Hinweisen keine Klarstellung bzw. Nachbesserung erfolgt:

„ … Den Beweisantrag auf Erhebung eines Sachverständigengutachtens zur Schuldfähigkeit des Angeklagten hat die Strafkammer ohne durchgreifenden Rechtsfehler abgelehnt. Soweit die Strafkammer dabei darauf abstellt, daß der Angeklagte keine Angaben 'zur Sache' gemacht habe, bezieht sich dies erkennbar nicht auf das Schweigen des Angeklagten zum Anklagevorwurf, sondern darauf, daß in dem Beweisantrag zwar auf die Medikamente abgestellt ist, die der Angeklagte wegen seiner Erkrankung einnehmen muß, er aber gleichwohl nicht mitgeteilt hat, welche Medikamente er einnimmt oder wie sich diese Medikamente konkret bei ihm auswirken. Unter diesen Umständen stellt die Strafkammer zutreffend darauf ab, daß es für ein Sachverständigengutachten an den erforderlichen Anknüpfungstatsachen fehlt, das Beweismittel also völlig ungeeignet ist (ständ. Rspr., vgl. d. Nachw. b. Kleinknecht/ Meyer-Goßner StPO 43. Aufl. § 244 Rdn. 59a). Durch die Begründung des den Beweisantrag ablehnenden Beschlusses wurde der Angeklagte zugleich über die Mängel seines Antrags aufgeklärt und ihm damit auch Gelegenheit gegeben, den Antrag mit den erforderlichen Ergänzungen zu wiederholen (vgl. BGH, b. Spiegel DAR 1980, 205). ...“[141]

Zu den tatsächlichen Hintergründen und anzulegenden Maßstäben ebenfalls:

„ … Das Landgericht hat festgestellt, dass der Angeklagte seit Jahren Betäubungsmittel konsumierte. Es hat zudem die - am Ende der Beweisaufnahme abgegebene - Einlassung des Angeklagten, er habe kurze Zeit vor der Tat Heroin, Crack sowie eine zerriebene Tablette des Medikaments Fluninoc geraucht, nicht etwa als widerlegt angesehen. Vor diesem tatsächlichen Hintergrund wäre die Anhörung eines Sachverständigen nicht von vornherein aussichtslos gewesen; vielmehr liegt auf der Hand, dass er sich zu der vorgelegten Beweisfrage hätte äußern können.

Hinzu kommt, dass das Landgericht an das zu erzielende Beweisergebnis einen falschen Maßstab angelegt hat; denn es kommt nicht darauf an, ob ein Sachverständiger aus dem ihm zur Verfügung stehenden Tatsachenmaterial sichere und eindeutige Schlüsse ziehen kann. Selbst wenn der Sachverständige nur solche Erfahrungssätze und Schlussfolgerungen darzulegen vermag, welche die unter Beweis gestellte Behauptung mehr oder weniger wahrscheinlich machen, und sein Gutachten hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen kann, ist dieses nicht berechtigt, den gestellten Beweisantrag wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels zurückzuweisen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 6, 7, 14; BGH NStZ 2007,

140 BGH, Urteil vom 15.07.1980 - 5 StR 344/80 - Orientierungssatz
141 BGH, Beschluss vom 25.03.1998 - 1 StR 70/98

476). ...“[142]

Aufschlussreich und für die Praxis bedeutsam ist dazu die nachfolgende Entscheidung:

„... Ein Beweismittel ist völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO, wenn ungeachtet des bisher gewonnenen Beweisergebnisses nach sicherer Lebenserfahrung feststeht, dass sich mit ihm das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erreichen lässt und die Erhebung des Beweises sich deshalb in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste. Wird eine Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt, kommt dies in Betracht, wenn es nicht möglich ist, dem Sachverständigen die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, deren er für sein Gutachten bedarf.

Umgekehrt ist ein Sachverständiger nicht aber schon dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn er absehbar aus den Anknüpfungstatsachen keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag. Als Beweismittel eignet er sich vielmehr schon dann, wenn seine Folgerungen die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können. Ob eine sachverständige Begutachtung auf der verfügbaren tatsächlichen Grundlage zur Klärung der Beweisbehauptung nach diesen Maßstäben geeignet ist, kann und muss der Tatrichter in Zweifelsfällen im Wege des Freibeweises - etwa durch eine Befragung des Sachverständigen zu den von ihm für eine Begutachtung benötigten Anknüpfungstatsachen - klären (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - 3 StR 284/11, NStZ 2012, 345 mwN).

Danach vermag die vom Landgericht gegebene Begründung die Ablehnung des Beweisantrags nicht zu rechtfertigen. Sie stützt sich maßgeblich darauf, die vorhandenen Anknüpfungstatsachen seien für eine genaue Tatrekonstruktion nicht ausreichend und es fehle an zwingend erforderlichen weiteren Anknüpfungstatsachen, die 'einen sicheren Rückschluss dahin zulassen, ob der von dem Angeklagten geschilderte Tathergang ... sich keineswegs so zugetragen haben kann'. Damit werden zum einen schon die rechtlichen Maßstäbe für die Einstufung des Sachverständigenbeweises als völlig ungeeignetes Beweismittel verkannt. Zum anderen ist aber auch nicht belegt, dass ein Sachverständiger nicht in der Lage wäre, aus den zahlreich vorhandenen Beweisergebnissen und Spuren nicht zumindest Wahrscheinlichkeitsaussagen zu deren Übereinstimmung mit der vom Angeklagten abgegebenen Tatschilderung zu machen. Eine Klärung dieser Fragen im Freibeweis durch Anhörung eines kompetenten Sachverständigen hat das Landgericht nicht vorgenommen. ...“[143]

Dass die Tatgerichte erfinderisch sind, um Ablehnungsgründe zu konstruieren, ist in der Praxis eine durchaus bekannte Erscheinung. Widersprüche springen oft ins Auge:

„ … Diese Begründung der Zurückweisung des Beweisantrags trägt nicht. Zwar sind Einzelheiten der Temperaturentwicklung im Tatzimmer nach mehreren Jahren nicht mehr genau rekonstruierbar. Wohl aber wäre die Frage, ob im Einklang mit der Beweisbehauptung der Verteidigung von einer Mitverursachung der Raumtemperatur durch die von der Verteidigung angeführten Umstände mit der Folge, dass bis zum

142 BGH, Beschluss vom 07.08.2008 - 3 StR 274/08

143 BGH, Urteil vom 09.07.2015 - 3 StR 516/14; BGH, Beschluss vom 07.08.2008 - 3 StR 274/08; BGH, Beschluss vom 01.12.1989 - 2 StR 541/89; BGH, Beschluss vom 29.08.1989 - 5 StR 278/89

> Messzeitpunkt kein erheblicher Temperaturabfall zu verzeichnen war, anhand der räumlichen Gegebenheiten des Zimmers unter dem Dach, der Wirkung der Körpertemperatur der zahlreichen am engen Tatort anwesenden Personen und der Abstrahlungswärme elektrischer Geräte und Beleuchtungseinrichtungen, ferner von der Außentemperatur und den Belüftungsmöglichkeiten mit Sachverständigenhilfe zumindest genauer zu beantworten, als es die Schwurgerichtskammer "bei lebensnaher Betrachtung" selbst getan hat.
>
> Die Annahme, das angebotene Beweismittel sei ungeeignet, weil es an aussagekräftigen Anknüpfungstatsachen fehle, ist auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Gericht selbst Anknüpfungstatsachen für seine Annahme herangezogen hat, dass in den Abend- und Nachtstunden bis zur Temperaturmessung eine Absenkung stattgefunden hat. Ist die Möglichkeit der Feststellung von Anknüpfungstatsachen nicht generell ausgeschlossen, kann ein Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht mit der Annahme völliger Ungeeignetheit des Beweismittels zurückgewiesen werden (vgl. Senat, Urteil vom 5. Mai 1999 - 2 StR 58/99). ...“[144]

Der BGH hält sich indessen stets Hintertürchen und schwer kontrollierbare Beurteilungsspielräume vor. Solche gegen das Beweisantragsrecht gerichtete stillschweigende Attacken liegen stets vor, wenn der BGH als Revisionsgericht die Möglichkeit eröffnet, für das Beweisantragsrecht maßgebliche Umstände im sogenannten "Freibeweisverfahren" zu klären:

> „ … Völlig ungeeignet i.S.d. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisherige Beweisergebnis sagen kann, das sich mit dem Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt (BGH, Beschluss vom 31. Mai 1994 - 1 StR 86/94, NStZ 1995, 97 mwN). Ob das vorhandene Material dem Sachverständigen genügend Anknüpfungstatsachen wenigstens für ein Möglichkeits- oder Wahrscheinlichkeitsurteil bietet, kann das Gericht nötigenfalls im Wege des Freibeweises klären (BGH aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Oktober 1982 - 1 StR 219/82, NJW 1983, 404; Löwe-Rosenberg/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 231). ...“[145]

Potentielle Schlussfolgerungen des Sachverständigen auf der Grundlage vorhandener Anknüpfungstatsachen können keinen Ablehnungsgrund darstellen:

> „ … a) Ein Beweismittel ist völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO, wenn ungeachtet des bisher gewonnenen Beweisergebnisses nach sicherer Lebenserfahrung feststeht, dass sich mit ihm das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erreichen lässt und die Erhebung des Beweises sich deshalb in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste (BGH, Beschluss vom 13. März 1997 - 4 StR 45/97, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 16; Beschluss vom 15. März 2007 - 4 StR 66/07, NStZ 2007, 476, 477; Beschluss vom 7. August 2008 - 3 StR 274/08, NStZ 2009, 48 f.).
>
> Wird eine Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt, kommt dies in Betracht, wenn es nicht möglich ist, dem Sachverständigen die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, deren er für sein Gutachten bedarf. Umgekehrt ist ein Sachverständiger nicht schon dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn er absehbar aus den Anknüpfungstatsachen keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag. Als Beweismittel eignet er sich vielmehr

144 BGH, Urteil vom 05.06.2014 - 2 StR 624/12
145 BGH, Beschluss vom 30.01.2013 - 4 StR 380/12 - Einholung eines Altersbestimmungsgutachtens

schon dann, wenn seine Folgerungen die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können (BGH, Beschluss vom 13. März 1997 - 4 StR 45/97, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 16; Beschluss vom 7. August 2008 - 3 StR 274/08, NStZ 2009, 48, 49 mwN).

Ob eine sachverständige Begutachtung auf der verfügbaren tatsächlichen Grundlage zur Klärung der Beweisbehauptung nach diesen Maßstäben geeignet ist, kann und muss der Tatrichter in Zweifelsfällen im Wege des Freibeweises - etwa durch eine Befragung des Sachverständigen zu den von ihm für eine Begutachtung benötigten Anknüpfungstatsachen - klären (BGH, Beschluss vom 31. Mai 1994 - 1 StR 86/94, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 14; Beschluss vom 9. März 1999 - 1 StR 693/98, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 20; Beschluss vom 15. März 2007 - 4 StR 66/07, NStZ 2007, 476, 477). ..."[146]

Nicht notwendig ist, dass der Sachverständige "keine sicheren und eindeutigen Schlüsse" wird ziehen können:

„ … Völlig ungeeignet i.S.d. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel nur, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisherige Beweisergebnis sagen kann, daß sich mit einem solchen Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen läßt (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 6 m.w.Nachw.; BGH, Beschluß vom 25. März 1994 - 2 StR 102/94). Ein Sachverständiger ist daher ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn es nicht möglich ist, ihm die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, deren er für sein Gutachten bedarf (BGHR aaO).

Dagegen ist ein Sachverständiger schon dann als geeignetes Beweismittel anzusehen, wenn er zwar keine sicheren und eindeutigen Schlüsse ziehen kann, seine Folgerungen die unter Beweis gestellte Behauptung aber als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluß auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können. Ob das vorhandene Material dem Sachverständigen genügend Anknüpfungstatsachen wenigstens für ein Möglichkeits- oder Wahrscheinlichkeitsurteil bietet, kann das Gericht ggf. im Wege des Freibeweises klären (KK-Herdegen StPO 3. Aufl. § 244 Rdn. 79).

Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß ein Sachverständiger nach Kenntnis des gegenwärtigen Zustandes möglicherweise Rückschlüsse auf die Vergangenheit ziehen kann. Es erscheint nach der Lebenserfahrung keineswegs von vornherein als ausgeschlossen, daß ein technischer Sachverständiger auf Grund der Untersuchung des Beifahrersitzes zu dem Ergebnis gelangen kann, der Defekt bestehe im Hinblick auf bestimmte Merkmale u.U. bereits seit einem langen Zeitraum, oder er beruhe auf einer bestimmten Ursache. Eine solche Aussage könnte in Verbindung mit der Bekundung der als Zeugin vernommenen Ehefrau des Angeklagten Bedeutung erlangen, die Lehne des Beifahrersitzes habe sich bereits im März 1993 - also in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu dem angeblichen Tatzeitpunkt - nicht mehr bewegen lassen. Die Strafkammer hätte daher den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels ablehnen dürfen. ..."[147]

146 BGH, Urteil vom 01.12.2011 - 3 StR 284/11 - Fehlen von Vergleichsbildmaterial; BGH, Beschluss vom 07.08.2008 - 3 StR 274/08

147 BGH, Beschluss vom 31.05.1994 - 1 StR 86/94; ebenso BGH, Urteil vom 12..01.1993 - 5 StR 594/92 - "mehr oder weniger wahrscheinlich" reicht

Dazu ergänzend die Darlegungen zu fehlenden Blutspuren in einer Unterhose:

> „... 2. **Zur Untermauerung der Einlassung des Angeklagten, es sei bei dem Spaziergang nur zu einvernehmlichen sexuellen Handlungen gekommen und Analverkehr habe nicht stattgefunden, hatte die Verteidigung beantragt, ein Sachverständigengutachten zur Untersuchung der am 18. Dezember 2006 sichergestellten Unterhose der Nebenklägerin einzuholen. Es solle bewiesen werden, dass sich an der Unterhose keine Blutspuren befinden, die 'eine unfreiwillige und gewaltsame Durchführung des Geschlechtsverkehrs und das Eindringen des Gliedes in den After der Nebenklägerin bestätigen'. Zur Begründung ist angeführt worden, dass die Nebenklägerin angegeben habe, nach der Tat im Afterbereich stärker geblutet zu haben. Eine Auswertung der Spuren habe bisher nicht stattgefunden. Der Gutachter werde feststellen, dass keine 'derartigen Spuren, wie von der Nebenklägerin behauptet, an dem Slip vorhanden sind'** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Das Landgericht hat den Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, das Beweismittel sei ungeeignet, da man anhand von Blutspuren keine Aussage zur Freiwilligkeit des Geschlechtsverkehrs machen könne.
>
> 3. Mit dieser Begründung durfte das Landgericht den Beweisantrag nicht ablehnen. Das Landgericht hat den Beweisantrag nicht erschöpfend gewürdigt, indem es dessen Inhalt nur auf die Erweisbarkeit der Freiwilligkeit der sexuellen Handlungen reduziert hat. Denn der Beweisantrag richtete sich nach seinem Inhalt und Sinn ersichtlich auch darauf, dass sich an der Unterhose überhaupt kein Blut befindet. Diese Deutung ergibt sich bereits aus der benannten Beweistatsache, dass die Unterhose keine Blutspuren aufweist, die ein Eindringen des Gliedes in den After belegen, und wird zudem durch die Ausführungen zur Begründung des Beweisantrags gestützt.
>
> Zu dieser Beweisfrage - dem Vorliegen von Blutspuren - wird sich ein Sachverständiger voraussichtlich angesichts des zur Verfügung stehenden Beweismittels gutachterlich äußern können. Damit ist das beantragte Beweismittel aber nicht völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 4. Variante StPO. Denn dieser Ablehnungsgrund setzt voraus, dass das Gericht ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis feststellen kann, dass sich mit dem angebotenen Beweismittel das in dem Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 13 und 15). Der beantragte Sachverständigenbeweis ist aber geeignet, die unter Beweis gestellte Tatsache, dass sich an der Unterhose entgegen der Aussage der Nebenklägerin kein Blut befindet, zu klären und die weitere Beweistatsache, dass kein Analverkehr stattgefunden hat, mehr oder weniger wahrscheinlich zu machen. Deshalb durfte das Landgericht den Beweisantrag nicht wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels zurückweisen (vgl. hierzu BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 6). ...“[148]

Interessant, aber durchaus keine Seltenheit ist der Umgang eines Tatgerichts mit angeblich fehlenden Anknüpfungstatsachen, die sich aus dem Beweisantrag selbst ergeben haben:

> „ … Jedenfalls begegnet die Begründung des ablehnenden Beschlusses rechtlichen Bedenken. So ist bereits nicht nachvollziehbar, dass das beantragte Sachverständigengutachten als Beweismittel 'völlig ungeeignet' gewesen sei (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO), denn die von der Schwurgerichtskammer vermissten Anknüpfungstatsachen für die Tatzeitverfassung des Angeklagten waren in dem Beweisantrag hinreichend

148 BGH, Beschluss vom 06.03.2008 - 5 StR 617/07

konkret beschrieben und sind vom Landgericht im Übrigen auch im Urteil festgestellt. Zwar handelt es sich bei der Frage, ob eine Verminderung der Steuerungsfähigkeit "erheblich" im Sinne des § 21 StGB, um eine Rechtsfrage, die vom Gericht ohne Bindung an die Auffassung des Sachverständigen zu beantworten ist (st. Rspr.; BGHSt 43, 66, 77); doch machte auch dies das beantragte Schuldfähigkeitsgutachten nicht zu einem "völlig ungeeigneten" Beweismittel. Soweit das Landgericht im Übrigen die Ablehnung auch auf § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO gestützt hat mit der Erwägung, es könne 'die Frage der Schuldfähigkeit ... auf Grund der Beobachtung in der Hauptverhandlung mit seinem medizinischen Allgemeinwissen beurteilen', kann es sich nicht auf die dort zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs VRS 39, 101 stützen. In jener Sache hat der Senat vielmehr im Gegenteil entschieden, dass, wenn Anzeichen vorliegen oder unter Beweis gestellt werden, die auch nur eine gewisse Möglichkeit dafür geben, dass der Angeklagte in geistiger Hinsicht von der Norm abweichen könnte, ein Beweisantrag auf eine psychiatrische Untersuchung auch dann nicht abgelehnt werden darf, wenn der Angeklagte selbst in der Hauptverhandlung sich auf einen solchen Zustand nicht beruft. ...“[149]

Zur persönlichen Anwesenheit von Sachverständigen gelegentlich der Einvernahme von Zeugen:

„ … Nach diesen Maßstäben war die Ablehnung des Beweisantrags auf Vernehmung der präsenten Sachverständigen Prof. Dr. S. und Diplom-Psychologin G. wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels rechtsfehlerhaft. Ein aussagepsychologischer Sachverständiger ist nicht schon deshalb ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne von § 245 Abs. 2 StPO, weil er während der Vernehmung des betreffenden Zeugen in der Hauptverhandlung nicht anwesend war. Dass die Sachverständigen sich keinen unmittelbaren eigenen Eindruck von der Aussage der Zeugin H. machen konnten, ist erforderlichenfalls bei der Würdigung ihres Gutachtens in Rechnung zu stellen, macht sie entgegen der Auffassung des Landgerichts aber nicht zu Beweismitteln ohne jeden Beweiswert. ...“[150]

Die sogenannte „relative Ungeeignetheit“ des Beweismittels „Sachverständige“ reicht nicht für eine Zurückweisung des Beweiserbietens:

„ … Diese Ausführungen lassen befürchten, das Landgericht habe verkannt, daß ein Sachverständiger schon dann kein völlig ungeeignetes Beweismittel ist, wenn er zwar ganz sichere und eindeutige Schlüsse nicht ziehen kann, wenn seine Folgerungen die unter Beweis gestellten Behauptung aber doch als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und deshalb unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluß auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können. Eine solche nur relative Ungeeignetheit berechtigt nicht zur Zurückweisung eines Beweisantrags nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO (BGH, Beschl. v. 1. August 1978 - 5 StR 418/78 - bei Holtz MDR 1978, 988; Urt. v. 21. Februar 1974 - 4 StR 12/74).

Daß im vorliegenden Fall ein Sachverständiger nicht in der Lage sein werde, jeglichen Mehrerlös über die Gewinn- und Verlustrechnung hinaus auszuschließen, lag nahe. Hierum ging es aber auch nach dem Beweisantrag nicht. Die Frage war, ob ein Sachverständiger sich darüber zu äußern vermag, daß Mehrerlöse in dem der Verurteilung zugrunde liegenden Umfang erzielt worden sein können, wobei die Überzeugungsbildung des Gerichts auch dann mehr oder weniger berührt worden wäre, wenn der Sachverständige nur hätte bekunden können, die Erzielung solcher Mehrerlöse habe größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für sich.

149 BGH, Beschluss vom 10.01.2006 - 4 StR 545/05
150 BGH, Urteil vom 06.07.2011 - 2 StR 124/11

Beweiserhebliche Ausführungen in diesem Sinne schließen die Überlegungen des Landgerichts nicht aus. Die Strafkammer bezieht in ihre Erörterung nicht den Umstand ein, daß die im Urteil festgestellten Mehrerlöse ein Mehrfaches der dem Finanzamt gegenüber erklärten Betriebserlöse ausmachten. So erhöhte sich bei der Einkommensteuer durch die angenommenen Mehrerlöse das zu versteuernde Einkommen im Jahre 1969 von DM 30 892 auf DM 195 499, 1970 von DM 132 480 auf 422 921, 1971 von DM 39 947 auf DM 233 792 (UA S. 32/33).

Andererseits ging die Strafkammer zugunsten der Angeklagten davon aus, "Schwarzeinkäufe" seien nicht erfolgt, die Mehrerlöse seien auf der Grundlage des durch die Buchführung ausgewiesenen Wareneinsatzes erzielt worden (UA S. 16, 18). Die Mehrerlöse seien darauf zurückzuführen, daß "längst abgeschriebene Waren" an Händler für Jahrmärkte und ähnliche Gelegenheiten verkauft worden sind (UA S. 18).

Gerade bei solcher Begrenzung der für die Erzielung des Mehrerlöses in Betracht kommenden Möglichkeiten war nicht von vornherein auszuschließen, daß ein Sachverständiger sich dazu äußern kann, ob auf Grund des festgestellten Wareneinsatzes, möglicherweise auch auf Grund der ausgewiesenen Abschreibungen, Verkäufe der genannten Art in dem erforderlichen - recht beträchtlichen - Umfang wahrscheinlich oder doch möglich waren. Der Sachverständige hätte auch in Betracht ziehen müssen, daß es um Waren ging, die nur noch "verbilligt"(UA S. 18) zu verkaufen waren. Das bedingte einen größeren Wareneinsatz als bei normalem Verkauf.

Wenn zur Beurteilung der Frage, ob ein Sachverständiger genügend Anknüpfungstatsachen für sachdienliche Erkenntnisse hat oder zu gewinnen vermag, die eigene Sachkunde des Gerichts nicht ausreichte, war es gehalten zur Beurteilung dieser Vorfrage im Wege des Freibeweises) sachkundigen Rat einzuholen. ...“[151]

Völlig Ungeeignetheit und Urteilsfeststellungen

Wie so oft nicht nur in bedeutenden Verfahren geht es vor dem Tatgericht darum, die Verteidigung durch die Zurückweisung von Beweisanträgen in Misskredit zu bringen. Gerne wird die Unfähigkeit der Verteidigung an der Präsentierung völlig ungeeigneter Beweismittel in einem ablehnenden Beschluss über einen Beweisantrag festgemacht, wohl wissend, dass dies am nächsten Tag u.a. im lokalen Käseblättchen veröffentlicht wird. Oftmals wird die Autorität des Tatgerichts erst durch das Revisionsgericht dadurch infrage gestellt, dass sich die Bloßstellung der Verteidigung durch Zurückweisung eines völlig ungeeigneten Beweismittels mit den schriftlichen Urteilsgründen nicht in Einklang bringen lässt:

„ … In der Hauptverhandlung **beantragte der sich nicht einlassende Angeklagte die Einholung eines morphologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, dass auf dem Video der Überwachungskamera aus dem Edeka-Markt in K. zum Tatgeschehen am 1. Oktober 2016 eine andere Person als er zu sehen ist. Dieses werde ergeben, dass er bereits aufgrund seiner körperlichen Statur im September/ Oktober 2016 die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen habe, da der Täter auf dem Video eine andere (Körper-)Statur aufweise als er selbst. Der Sachverständige werde aufgrund des vorliegenden Bildmaterials die im Beweisantrag genannten Feststellungen treffen können** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Beweisantrag zurückgewiesen, weil das angegebene Beweismittel völlig ungeeignet sei. Es sei nicht möglich, dem Sachverständigen die tat-

151 BGH, Urteil vom 12.10.1982 - 1 StR 219/82

sächlichen Grundlagen zu verschaffen, die er für sein Gutachten bedürfe. Es könne dahinstehen, ob die von der Verteidigung eingereichten Lichtbilder überhaupt die Körperstatur abbildeten, die der Angeklagte am Tattag gehabt habe. Selbst wenn man dies unterstelle, könne das unter Beweis gestellte Beweisergebnis mit dem angebotenen Beweismittel nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielt werden. Die Videoaufzeichnungen seien von mäßiger Qualität und relativ unscharf. Aus ihnen ließen sich keine individualtypischen Merkmale des größeren und nach den Bekundungen der Zeugen männlichen Täters erkennen. Der Täter sei vollständig vermummt, trage eine langärmelige, nicht eng anliegende Jacke mit einer Kapuze, die einige Zentimeter ins Gesicht rage, und eine nicht eng anliegende Hose. Im Gesicht sei der Täter maskiert, freie Gesichtspartien seien nicht zu erkennen. Welche Schuhe der Täter trage, lasse sich aufgrund der Unschärfe der Aufzeichnung nicht erkennen. Es lasse sich weiterhin überhaupt nicht sagen, ob der Täter seine Körperstatur unter der Hose und Jacke möglicherweise durch straffe Kleidung bzw. Bandagen verengt oder durch weitere Kleidung künstlich verbreitert habe oder ob er seine Körperhöhe durch Einlagen in den Schuhen oder durch das Tragen dick besohlter Schuhe habe größer erscheinen lassen.

In den Urteilsgründen hingegen hat das Landgericht zur Frage der Vereinbarkeit der Körperstatur des Angeklagten mit dem auf der Videoaufzeichnung von der Tat zu sehenden Erscheinungsbild des Täters unter anderem Folgendes ausgeführt:

'Aus den Videoaufzeichnungen der Tat ... und den Zeugenaussagen ergibt sich nicht, dass der Angeklagte A. aufgrund seiner Körperstatur nicht der Täter sein kann. Die Körperstatur des Angeklagten ist mit den Zeugenaussagen ... zum Aussehen und der Statur des männlichen Täters sowie mit den Aufzeichnungen in Einklang zu bringen. Dabei mag es dahinstehen, ob die von der Verteidigung eingereichten Lichtbilder ... überhaupt die Körperstatur abbilden, die der Angeklagte am 1.10.2016 hatte. Diese Körperstatur kann ohne Weiteres mit den Aufzeichnungen und den Bekundungen der Zeugen in Einklang gebracht werden.'

2. Darin liegt ein Verstoß gegen das Beweisantragsrecht. Dabei kann dahinstehen, ob das Landgericht den Beweisantrag mit der Begründung zurückweisen durfte, der angebotene Sachverständigenbeweis sei ungeeignet, weil die Videoaufzeichnungen von mäßiger Qualität und relativ unscharf seien, oder ob es zuvor - wie die Revision meint - verpflichtet gewesen wäre, im Freibeweisverfahren einen Sachverständigen zu befragen, ob dieser anhand des vorliegenden Bildmaterials Aussagen zur Identität des Angeklagten als Täter hätte machen können (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - 3 StR 284/11, BGH NStZ 2012, 345, 346; Beschluss vom 31. Juli 2013 - 4 StR 270/13, NStZ-RR 2014, 115, 116). Denn die Strafkammer setzt sich in den Urteilsgründen, in denen sie im Rahmen der Beweiswürdigung zur Täterschaft des Angeklagten auch die Videoaufzeichnungen zu der Feststellung heranzieht, die Körperstatur des Angeklagten sei mit dem Aussehen des männlichen Täters der Tat vom 1. Oktober 2016 in Einklang zu bringen, in Widerspruch zur Ablehnung des Beweisantrags, die sie damit begründet, der Aufzeichnung fehle die notwendige Qualität, um Grundlage eines beantragten Sachverständigengutachtens zu sein.

Das Landgericht hat die Zurückweisung des Beweisantrags damit begründet, das vorhandene Videomaterial biete keine ausreichende Grundlage für eine sachverständige Beurteilung. Der Angeklagte, der die Einholung des Sachverständigengutachtens zum Ausschluss seiner Täterschaft beantragt hatte, durfte angesichts dieser Begründung davon ausgehen, dass das Landgericht die (insoweit als Grundlage für ein Sachverständigengutachten nicht als tauglich angesehenen) Videoaufzeichnungen im Rahmen seiner Beweiswürdigung seinerseits nicht (zu seinen Lasten) heranziehen würde. Wäre das Landgericht erst später zu der im Urteil dargelegten Überzeu-

gung von der Vereinbarkeit von Angeklagtenstatur und Täteraussehen im Video gekommen, wäre es gehalten gewesen, den Angeklagten darauf hinzuweisen und den Beweisantrag gegebenenfalls neu zu bescheiden.

Angesichts des offensichtlichen Widerspruchs der Urteilsbegründung zur Ablehnung des Beweisantrags liegt eine Verletzung des Beweisantragsrechts vor, die zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zwingt. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht bei ordnungsgemäßer Erhebung des Beweises und einem dem Beweisantrag entsprechenden Ergebnis der Beweiserhebung eine Täterschaft des Angeklagten nicht angenommen und ihn deshalb freigesprochen hätte. ..."[152]

Unerreichbarkeit - § 244 III 3 Nr. 5 StPO[153]

Der Gesetzgeber unterließ es, klar zu definieren, unter welchen konkreten Voraussetzungen ein Beweismittel im Strafprozess unerreichbar sein soll. Wie so oft überließ er die Bestimmbarkeit des Begriffs der Unerreichbarkeit von Beweismitteln der Strafjustiz. Das hat unklare Einstiegsdefinitionen zur Folge: „Eine beantragte Beweiserhebung kann nicht durchgeführt werden, wenn das Beweismittel nicht vor Gericht erscheint bzw. nicht auf strafprozessual zulässige Weise beigebracht werden kann, also unerreichbar ist."[154] Die gleiche Hilflosigkeit kann in anderen Kommentierungen, in denen das Pferd von hinten aufgezäumt wird, gefunden werden: „Wenn alle Bemühungen des Gerichts, die der Bedeutung und dem Wert des Beweismittels entsprechen, zu dessen Beibringung erfolglos geblieben sind und keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen, ist das Beweismittel unerreichbar."[155] Logisch wäre hingegen, die Unerreichbarkeit zu bestimmen und nachfolgend festzulegen, was das Tatgericht mit Hilfe von Staatsanwaltschaft und Polizei zu veranlassen hat, um die Unerreichbarkeit zu beseitigen und vermeintlich unerreichbare Beweismittel[156] zu beschaffen.[157]

Unerreichbarkeit beim Zeugenbeweis

Die häufigsten Fälle sind diejenigen, in den ZeugInnen aus den verschiedensten Gründen als nicht erreichbar angesehen werden.

Zum Begriff der Unerreichbarkeit eines Zeugen:

„ … aa) Ein Zeuge kann gerichtlich nicht vernommen werden, wenn er im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 5 StPO unerreichbar ist (s. BGH, Beschluss vom 17. Juni 1992 - 1 StR 196/92, BGHR StPO § 251 Abs. 2 Unerreichbarkeit 4 unter Bezugnahme auf § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO aF; KK-StPO/Diemer, 8. Aufl., § 251 Rn. 14; SK-StPO/Velten, 5. Aufl., § 251 Rn. 16; SSW-StPO/Kudlich/Schuhr, 4. Aufl., § 251 Rn. 26; Meyer-Goßner/Schmitt, 65. Aufl., § 251 Rn. 9).

Für eine solche Unerreichbarkeit genügt die Weigerung eines sich im Ausland aufhaltenden Zeugen, vor dem erkennenden Gericht zu erscheinen, nicht ohne Weiteres

152 BGH, Beschluss vom 26.09.2018 -2 StR 283/18

153 Neuere Rechtsprechung dazu nach dem Inkrafttreten am 13.12.2019 ließ sich nicht finden.

154 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 5. Aufl., Rz. 224

155 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 62 zu § 244; ebenso BGH, Urteil vom 02.11.2016 - 2 StR 556/15

156 Die Unerreichbarkeit von entlastenden Beweismitteln beruht nicht selten und eher oft auf einer folgenlosen voluntativen Verletzung des § 160 II StPO.

157 Die dazu mit der formellen Rüge vorzubringenden Einwendungen müssen den Anforderungen des § 344 II 2 StPO entsprechen - BGH, Urteil vom 03.05.1985 - 2 StR 824/84; BGH, Urteil vom 31.10.1984 - 1 StR 420/84; BGH, Urteil vom 18.01.1984 - 2 StR 360/83

(vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. Juni 1992 - 1 StR 196/92, BGHR StPO § 251 Abs. 2 Unerreichbarkeit 4; vom 17. Februar 1983 - 1 StR 325/82, wistra 1983, 120; entsprechend zum Zivilverfahren BGH, Beschluss vom 22. Juli 2021 - I ZR 180/20, MDR 2021, 1409 Rn. 23; weitergehend LR/Cirener/Sander, StPO, 27. Aufl., § 251 Rn. 30, 39; MüKoStPO/Kreicker, § 251 Rn. 64); denn bereits nach dem Gesetzeswortlaut betrifft die Voraussetzung für die Verlesung einer - nichtrichterlichen - Vernehmung eine in absehbarer Zeit ausgeschlossene gerichtliche Vernehmung (§ 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in der Fassung nach dem 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004; entsprechend der zuvor geltende § 251 Abs. 2 Satz 2 StPO). Demgegenüber bezieht sich der Tatbestand bei der Verlesung von Protokollen richterlicher Vernehmungen nach § 251 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StPO auf ein 'Erscheinen in der Hauptverhandlung' (vgl. entsprechend § 251 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO in der bis zum 31. August 2004 geltenden Fassung).

Demnach ist zu prüfen, ob ein Zeuge in dem Sinne unerreichbar ist, dass das Tatgericht unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Beweises entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, der Zeuge könne in absehbarer Zeit von dem Gericht als Beweismittel herangezogen werden (s. BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2019 - 1 StR 517/19, StraFo 2020, 112 mwN). Hierbei ist auch eine mögliche kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung des Zeugen in Betracht zu ziehen. Die Frage, ob nur eine Vernehmung vor dem erkennenden Gericht die nach Sach- und Rechtslage erforderliche Ausschöpfung des Beweismittels gewährleistet oder ob auch eine kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung zur Sachaufklärung tauglich ist, hat das Tatgericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden (s. Insgesamt BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11 Rn. 35 mwN; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 27. Februar 2014 - 2 BvR 261/14, NJW 2014, 1082 Rn. 29). Dabei setzt die audiovisuelle Vernehmung nach § 247a Abs. 1 Halbsatz 2, § 251 Abs. 2 StPO gerade voraus, dass sie zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist (vgl. etwa BT-Drucks. 13/9063 S. 4; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 247a Rn. 14; KMR/Hiebl, StPO, 107. EL, § 247a Rn. 54 ff.).

Obschon sie in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht zunehmend an Bedeutung gewonnen hat (vgl. etwa §§ 58a, 136 Abs. 4, §§ 247a, 255a, 463e StPO) und insbesondere das Konfrontationsrecht des Angeklagten nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK, wenn auch mit Einschränkungen, gewährleisten kann, kann das Tatgericht aufgrund einer ihm obliegenden Abwägung zu dem Ergebnis kommen, dass sie wegen gewisser Defizite gegenüber einem präsenten Zeugen im Einzelfall für die Wahrheitsfindung wertlos, der Zeuge mithin auch unter Beachtung der Möglichkeiten des § 247a StPO ein ungeeignetes Beweismittel ist (s. BGH, Beschlüsse vom 15. September 1999 - 1 StR 286/99, BGHSt 45, 188, 195 ff.; vom 17. November 2020 - 3 ARs 14/20, NStZ-RR 2021, 22, 23). ...“[158]

Die Anforderungen an die Annahme einer Unerreichbarkeit sind nicht zu niedrig anzusetzen:

„ … 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 (BGH NJW 1953, 1522; BGHSt 22, 118, 120). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Die Zeugin war für die vom Angeklagten bestrittenen Brandstiftungen in der Nacht vom 17. auf den 18. November 1980 (Ziffern 3 und 4 der Urteilsgründe) als Alibizeugin benannt worden. Ihrer Aussage kam daher wesentliche Bedeu-

158 BGH, Urteil vom 24.11.2022 - 3 StR 64/22

tung zu. Die Ermittlungen der Strafkammer haben ergeben, daß die Zeugin sich möglicherweise im Frankfurter Raum bei ihrem Ehemann Kl aufhält(Blatt 879 dA) und daß sie an ihrem Wohnsitz in H nach wie vor polizeilich gemeldet ist und sich dort ihre Wohnungseinrichtung noch befindet (Blatt 867 dA). Unter diesen Umständen waren weitere Bemühungen um die Beibringung der Zeugin - etwa durch Nachforschungen bei ihrem Ehemann - nicht von vornherein aussichtslos. Die Kammer hätte daher unter Inkaufnahme einer Unterbrechung oder auch Aussetzung der Hauptverhandlung weitere Nachforschungen anstellen müssen. ..."[159]

Dazu aktuell zur Unerreichbarkeit eines Auslandszeugen, wenn er bisher erfolglos vollstreckter internationaler Haftbefehl vorliegt:

„ … 1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:
Dem Angeklagten werden Betäubungsmittelgeschäfte zur Last gelegt, bei denen er unter Einsatz des Encro-Chat-Accounts 'o.' unter anderem vom gesondert Verfolgten S. 20 kg bzw. 30 kg Marihuana und 2 kg Kokain (Fälle 3, 4 und 6) erworben haben soll. Das Marihuana soll S. als 'Großhändler' teilweise 'im dreistelligen Kilogrammbereich' (UA S. 6) zuvor aus Spanien nach Deutschland eingeführt haben.

Am neunten und letzten Hauptverhandlungstag **beantragte die Verteidigung zum Beweis der Tatsache, dass 'nicht der Angeklagte, sondern ein anderer, nicht aus Griechenland stammender Mensch den Encro-Chat-Account ‚o.' 'genutzt hat', den gesondert verfolgten S. zu vernehmen. Diesem sei der Nutzer des Accounts 'o.' persönlich bekannt, was namentlich Chatprotokolle belegten. Zwar sei der Zeuge derzeit nicht unter seiner Meldeanschrift anzutreffen. Sein 'anwaltlicher Vertreter', Rechtsanwalt A. in Hannover, sei aber mit einer 'Vollmacht ausgestattet worden', von der auch die Entgegennahme von Ladungen umfasst sei** (Anmerkung: erfolglos). Der Vertreter der Staatsanwaltschaft erklärte hierzu, dass sich der Zeuge vor den Ermittlungsbehörden verborgen halte; nach ihm werde mit einem internationalen Haftbefehl - bislang ergebnislos - gesucht.

Die Strafkammer lehnte den Antrag wegen Unerreichbarkeit des Zeugen ab und führte aus: Der Zeuge wird 'mit internationalem Haftbefehl gesucht und ist untergetaucht.' Aus der vorgetragenen Vollmacht ergebe sich nichts anderes, denn 'derartige Vollmachten beziehen sich grundsätzlich auf bestimmte Verfahren' und eine 'konkrete Vollmacht für eine Zeugenladung in diesem Verfahren ist ebenso wenig ersichtlich oder vorgetragen wie ein tatsächlich andauernder Kontakt' des benannten 'anwaltlichen Vertreters' zum Zeugen.

2. Der Verfahrensrüge bleibt in der Sache der Erfolg versagt.
a) Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei dem Beweisbegehren überhaupt um einen Beweisantrag im Rechtssinne gehandelt hat (§ 244 Abs. 3 Satz 1 StPO), der eine Bescheidung nach § 244 Abs. 3 Satz 3 StPO ermöglicht hat. Grundsätzlich ist der Zeuge als Beweismittel im Antrag mit vollständigem Namen und genauer Anschrift zu benennen; nur wenn der Antragsteller dazu nicht in der Lage ist, genügt es, im Einzelnen den Weg zu beschreiben, auf dem dies zuverlässig ermittelt werden kann (vgl. BGH, Urteile vom 8. Dezember 1993 - 3 StR 446/93, BGHSt 40, 3, 7; vom 17. Juli 2014 - 4 StR 78/14; KK-StPO/Krehl, 9. Aufl., § 244 Rn. 79, jeweils mwN). Zweifelhaft erscheint indes, ob den Formerfordernissen eines Beweisantrags bei einem an seiner früheren Meldeadresse nicht mehr zu ladenden Zeugen der pauschale Hinweis auf eine nicht näher beschriebene Ladungsvollmacht als hinreichender Ansatz für gerichtliche

159 BGH, Beschluss vom 30.10.1981 - 3 StR 359/81 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 25.06.1953 - 4 StR 108/53; BGH, Urteil vom 27.10.1981 - 1 StR 496/81 zu den Bemühungen einer Vernehmung eines polizeilichen Informanten

Nachforschungen genügt. Ohne näheren Vortrag, etwa zum Umfang der Vollmacht, dem Zeitpunkt ihrer Erteilung und zum Kontakt des Vollmachtnehmers zum Zeugen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 - 1 StR 620/09, NStZ 2010, 403; Basdorf, FS Widmaier, 2008, S. 51, 61), dürfte dem Tatgericht eine sinnvolle Prüfung des Ablehnungsgrundes der Unerreichbarkeit regelmäßig verschlossen sein.

b) Die Strafkammer ist ohne Rechtsfehler von einer Unerreichbarkeit des Zeugen ausgegangen (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 5 StPO).
aa) Unerreichbar ist ein Zeuge, wenn das Tatgericht unter Beachtung der ihm obliegenden Sachaufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, dass der Zeuge in absehbarer Zeit als Beweismittel herangezogen werden kann (vgl. BGH, Urteile vom 8. März 1968 - 4 StR 615/67, BGHSt 22, 118, 120; vom 24. August 1983 - 3 StR 136/83, BGHSt 32, 68, 73; vom 2. November 2016 - 2 StR 556/15; st. Rspr.). In die tatgerichtliche Bewertung dürfen die Gesamtumstände, die dem Erscheinen und der Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung entgegenstehen, einbezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1965 - 5 StR 413/65). Ist das Gericht nach gewissenhafter Prüfung der maßgebenden Umstände davon überzeugt, dass der Zeuge einer Vorladung zur Hauptverhandlung keine Folge leisten werde, so ist es nicht verpflichtet, vor der Ablehnung eines Beweisantrages den aussichts- und zwecklosen Versuch einer Ladung zu unternehmen (vgl. BGH, Urteile vom 22. März 1979 - 4 StR 691/78, NJW 1979, 1788; vom 6. Dezember 1989 - 1 StR 559/89, NJW 1990, 1124, 1125). Dies gilt gleichermaßen, wenn Bemühungen zur Herbeischaffung des Beweismittels von vornherein für aussichtslos gehalten werden dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1961 - 5 StR 12/61, ROW 1961, 252, 253; Alsberg/Güntge, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl., Kapitel 5; Rn. 527).

bb) Das Landgericht ist ohne Rechtsverstoß zu der Überzeugung gelangt, dass der Zeuge als Beweismittel unerreichbar und die Ladung aussichtslos gewesen sei. Die hierfür maßgebenden Erwägungen hat die Strafkammer noch zureichend in ihrem Ablehnungsbeschluss niedergelegt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Oktober 1986 - 1 StR 605/86, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 1; vom 21. Dezember 2010 - 3 StR 462/10, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 22). Eingedenk der durch die Anklageschrift mitgeteilten Informationen und des Stands der Beweisaufnahme bedurfte hier weder die Bedeutung des Beweismittels noch die Dauer des ergebnislosen Fahndens einer Erwähnung.

(1) Rechtsfehlerfrei hat die Strafkammer mit Blick auf die besonderen Umstände des Falles weitere Bemühungen zur Aufenthaltsermittlung als zwecklos angesehen. Mit der mehr als fünfmonatigen ergebnislosen internationalen Fahndung - wegen grenzüberschreitender Betäubungskriminalität im 'dreistelligen Kilogrammbereich' - war das effektivste Mittel, einer sich vor den Ermittlungsbehörden verborgen haltenden Person habhaft zu werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1961 - 5 StR 12/61, ROW 1961, 252, 253), über einen hinreichend aussagekräftigen Zeitraum (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 1982 - 5 StR 688/81, NStZ 1982, 212) ausgeschöpft (vgl. demgegenüber BGH, Beschluss vom 19. März 1975 - 3 StR 5/75, MDR 1975, 726; RG, Urteil vom 25. Januar 1932 - 2 D 28/32, JW 1932, 1224, 1225; OLG München, NStZ-RR 2007, 50, 51). Weitere Ermittlungsschritte waren daneben nicht geboten. Insbesondere lag es ohne näheren Vortrag außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass sich belastbare Erkenntnisse zum Aufenthaltsort des sich verborgen haltenden Zeugen von dem - einer anwaltlichen Schweigepflicht unterliegenden - „Vertreter“ ergeben würden. Vor diesem Hintergrund waren in der Beschlussbegründung auch weitere Erwägungen, etwa zu rechtshilferechtlichen Fragen oder zu einem sicheren Geleit (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 1982 - 5 StR 688/81, NStZ 1982, 212), entbehrlich.

> (2) Schließlich hat die Strafkammer auch von einem Ladungsversuch über den im Antrag benannten „anwaltlichen Vertreter“ ohne Rechtsfehler unter Hinweis auf die mehrmonatige internationale Fahndung abgesehen. Eine Durchsetzung der Zeugenpflichten war vor dem Hintergrund des Antragsvorbringens tatsächlich wie rechtlich (§ 51 StPO) aussichtslos. Bei dieser Ungewissheit brauchte das Gericht trotz der Bedeutung der Sache nicht abzuwarten, ob einer späteren Ladung möglicherweise ein - denktheoretischer - Erfolg beschieden sein würde. ...“[160]

Die bloße Benennung eines Zeugen anhand seines Spitznamens macht diesen nicht zu einem unerreichbaren Beweismittel:

> „ … Unerreichbar ist ein Zeuge, wenn alle Bemühungen des Gerichts, die der Bedeutung und dem Wert des Beweismittels entsprechen, zu dessen Beibringung erfolglos geblieben sind und keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 1 und 13; st. Rspr.).
>
> Der Zeuge M. D. war aufgrund der Angaben im Beweisantrag des Angeklagten als das von diesem angegebene Beweismittel ermittelt worden. Dass es sich dabei auch aus der Sicht des Gerichts um die benannte Aussageperson handelt, ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass die Strafkammer nach erfolgreicher Nachforschung, dass ein 'M.' in der H. Straße in E. gemeldet und aufhältig sei, auch Anstrengungen entfaltet hat, ihn unter dieser Adresse als Beweismittel für die Hauptverhandlung herbeizuschaffen. So hat sie ihn zum Hauptverhandlungstermin am 29. April 2015 geladen und hinsichtlich des Fortsetzungstermins am 6. Mai 2015 dessen Vorführung angeordnet. Dies wäre nicht verständlich, wäre das Landgericht nicht selbst davon ausgegangen, der Zeuge M. D. wäre der 'P. ', der zum Geschehen auf dem Parkplatz Angaben machen könne. Dass der somit grundsätzlich ladungsfähige und damit erreichbare Zeuge der Ladung zur Hauptverhandlung am 29. Mai nicht gefolgt ist und seine Vorführung am 6. Mai 2015 nicht erfolgreich war, führt nicht dazu, ihn deshalb als 'unerreichbar' anzusehen. Zwar kann die definitive Weigerung eines Zeugen, zu erscheinen und auszusagen, die Annahme von Unerreichbarkeit rechtfertigen; allein einmaliges Nichterscheinen in der Hauptverhandlung wie hier aber lässt diesen Schluss nicht zu.
>
> Die vom Landgericht bis zu diesem Zeitpunkt unternommenen Anstrengungen, den Zeugen nach den erfolgreichen Nachforschungen zu seiner Wohnanschrift herbeizuschaffen, genügten - mit Blick auf den Wert und die Bedeutung des Beweismittels - auch nicht, um von der beantragten Beweiserhebung abzusehen. Nach dem Vorbringen im Beweisantrag handelte es sich um einen unmittelbaren Tatzeugen, dessen Angaben naheliegend von wesentlicher Bedeutung für die Aufklärung des Tatgeschehens sein können. Dies gilt auch dann uneingeschränkt, wenn man berücksichtigt, dass bereits andere als Tatzeugen benannte Aussagepersonen vom Tatgericht vernommen worden sind.
>
> Weitere Anstrengungen des Landgerichts wären auch nicht von vornherein aussichtslos gewesen. Der Zeuge lebte offensichtlich in der Wohnung, ohne dass es einen Anhalt für ein mögliches Verschwinden gegeben hätte. Versuche der Polizei, ihn vor Ort aufzusuchen, gegebenenfalls eine weitere Vorführungsanordnung oder die Androhung von Maßnahmen zur Erzwingung des Zeugnisses hätten nicht von vornherein vergebliche Schritte sein können, die beantragte Beweiserhebung in einer überschaubaren Zeitspanne zu ermöglichen. Der voreilige Verzicht hierauf lässt besorgen, dass das Landgericht die Bedeutung des Beweismittels unzutreffend einge-

160 BGH, Beschluss vom 01.11.2022 - 6 StR 219/22; vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2022 - 2 StR 142/21, siehe auch Fach, Umgang mit Auslandszeugen, NJW-Spezial 2023, 56 ff

> schätzt und damit vorschnell vom Vorliegen von Unerreichbarkeit ausgegangen ist. ..."[161]

Zeigt die Verteidigung einen Weg auf, wie der Name und die Anschrift des Zeugen zu ermitteln ist, muss das beachtet werden:

> „ … Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln sowie wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, zu sieben Jahren und sechs Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Die Revision des Angeklagten hat mit einer Verfahrensbeschwerde Erfolg.
>
> Das Landgericht hat einen Beweisantrag der Verteidiger auf Vernehmung der Bolivianerin 'M' mit der Begründung abgelehnt, die von der Verteidigung angegebenen Anhaltspunkte reichten nicht aus, um den Namen der Zeugin zu ermitteln und ihren Aufenthaltsort und ihre Aussagebereitschaft in absehbarer Zeit zu erfahren, zumal es in Bolivien keine gesetzliche Meldepflicht und kein behördliches Meldewesen gebe. Diese Erwägungen rechtfertigen es nicht, die Zeugin als unerreichbar anzusehen. Sie gehen nicht darauf ein, daß die Verteidigung in einem weiteren Antrag einen Weg aufgezeigt hatte, den Namen und die Anschrift der Zeugin aus den Buchungsunterlagen und der Passagierliste der Lufthansa zu ermitteln. ..."[162]

Bei hinreichend konkreten Anhaltspunkten für den Aufenthalt eines Zeugen ist dieser kein unerreichbares Beweismittel:

> „ … Als unerreichbar im Sinne des § 244 Abs. 3 StPO durfte die Strafkammer den Zeugen angesichts dieses, sich aus den Akten ergebenden Bildes nicht ohne weiteres ansehen. Seine frühere Anschrift war - sogar nach Straßenname und Hausnummer - aktenkundig. Sein Anruf aus N Sa, einer Stadt, die in der Luftlinie nur etwa km von N Ko entfernt ist, konnte einen Anhaltspunkt dafür abgeben, daß er womöglich an seinen früheren Wohnort zurückgekehrt sei. Dies hätte die Strafkammer, gegebenenfalls im Rechtshilfewege, nachprüfen können und müssen. Erst bei negativem Ergebnis einer solchen Prüfung wäre die Annahme der Unerreichbarkeit dieses Zeugen begründet gewesen. Solche Bemühungen, den Aufenthalt des Zeugen zu ermitteln, hat die Strafkammer indessen nicht unternommen. Damit erweist sich die Ablehnung des Beweisantrags auch unter diesem Gesichtspunkt als rechtsfehlerhaft. ..."[163]

Wenn ein Zeuge nach Auskunft der Leitung einer Asylunterkunft seit drei Wochen unbekannten Aufenthaltes ist, wird er dadurch nicht zu einem unerreichbaren Beweismittel:

> „ … Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Zeuge nur dann unerreichbar, wenn der Tatrichter unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit als Beweismittel herangezogen werden kann (BGHSt 22, 118, 120; 32, 68, 73; BGH NStZ 1984, 375, 376; 1985, 375 m.w.N.; weitere Nachweise bei Herdegen NStZ 1984, 337, 338 f.). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist in dem den Beweisantrag ablehnenden Beschluß darzulegen (vgl. Gollwitzer

161 BGH, Urteil vom 02.11.2016 - 2 StR 556/15
162 BGH, Beschluss vom 19.02.1985 - 5 StR 831/84
163 BGH, Urteil vom 09.12.1983 - 2 StR 490/83

in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. Rdn. 275 m.w.N.). …

Nach der Sitzungsniederschrift vom 18. Juli 1986 hat der Vorsitzende in der Hauptverhandlung lediglich bekanntgegeben, der Zeuge Ob sei nach telefonischer Mitteilung der Heimleitung des von dem Zeugen und anderen Asylsuchenden bewohnten Hauses 'seit drei Wochen unbekannten Aufenthalts'. Diese Mitteilung reichte aber nicht aus, von der Unerreichbarkeit des Zeugen auszugehen. Der Zeuge war nach den Urteilsfeststellungen neben dem Tatopfer, auf dessen Bekundungen sich das Schwurgericht im wesentlichen stützt, der einzige Augenzeuge, der den Verlauf des Streits beobachtet hatte. Seine Aussage war geeignet, die Glaubwürdigkeit des Tatopfers im Kernbereich zu erschüttern und die ihr entgegenstehende Einlassung des Angeklagten zu stützen. Unter diesen Umständen hätte das Tatgericht alle vernünftigerweise zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen müssen, um den Aufenthaltsort des Zeugen festzustellen. Zu diesem Zweck hätte eine Befragung der Mitbewohner des Heimes sowie etwaiger zu ermittelnder Verwandter oder Bekannter und eine Rückfrage bei der Polizei sowie der Sozial- und der Ausländerbehörde nahegelegen. Daß das geschehen wäre, kann angesichts der unzureichenden Begründung der Ablehnung des Hilfsbeweisantrages nicht unterstellt werden. Es läßt sich demgemäß auch nicht ausschließen, daß das Urteil auf fehlerhafter Ablehnung der Beweiserhebung beruht. ...“[164]

Eine Zeuge ist nicht unerreichbar, wenn er nicht vor Gericht erscheint. An die Unerreichbarkeit werden „strenge Anforderungen“ gestellt:

„ … Von der Vernehmung des B. als Zeugen, auf dessen Aussage es nach der Lösung des Berufungsgerichts ankam, durfte es nicht absehen. Sie ist nur deshalb unterblieben, weil der Zeuge zweimal nicht vor Gericht erschienen ist. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Zeugen schon deshalb als unerreichbar angesehen. Zwar findet die Vorschrift des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO im Zivilprozessrecht entsprechende Anwendung (BGH, Beschlüsse vom 21. September 2011 - IV ZR 38/09, VersR 2011, 1563 Rn. 16, vom 12. September 2012 - IV ZR 177/11, NJW-RR 2013, 9 Rn. 14 und vom 24. Juli 2013 - IV ZR 110/12, IHR 2014, 115 Rn. 10), jedoch sind an die Annahme der Unerreichbarkeit eines Zeugen strenge Anforderungen zu stellen.

Die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit des Zeugen 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 keine begründete Aussicht besteht, das Beweismittel in absehbarer Zeit zu beschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2006 - XII ZR 195/03, BGHZ 168, 79 Rn. 25; Beschluss vom 24. Juli 2013 aaO).

Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat sich nicht bemüht herauszufinden, ob dem Nichterscheinen des Zeugen, der sich zum ersten Termin mit der Vorlage eines (nichtssagenden) ärztlichen Attests und zum zweiten Termin mit einer Auslandsreise entschuldigt hat, eine grundsätzliche Weigerung, vor Gericht auszusagen, zugrunde lag. Im Übrigen hat es nicht versucht, den Zeugen vor Schluss der mündlichen Verhandlung mittels der Verhängung von Ordnungsmitteln zu einem Erscheinen vor Gericht zu veranlassen, obwohl das Landgericht mit solchen Maßnahmen schließlich erfolgreich das Kommen des Zeugen erwirkt hat. Einen Beschluss, mit dem es gegen den Zeugen ein Ordnungsgeld verhängt hat, hat das Berufungsgericht erst mit dem Berufungsurteil verkündet.

b) Die Erwägung des Berufungsgerichts, die prozessualen Mittel zur Herbeischaffung

164 BGH, Beschluss vom 28.10.1986 - 1 StR 605/86

> des Zeugen müssten nicht ausgeschöpft werden, weil von ihm ohnehin keine wahrheitsgemäßen Angaben zu erwarten seien, verletzt ihrerseits Art. 103 Abs. 1 GG (BGH, Beschlüsse vom 12. September 2012 - IV ZR 177/11, NJW-RR 2013, 9 Rn. 13 und vom 17. August 2012 - XII ZR 153/09, GuT 2012, 270 Rn. 11). Sie trägt insbesondere nicht die Einschätzung des Berufungsgerichts, die Vernehmung des B. sei ein ungeeignetes Beweismittel im Sinne des entsprechend anwendbaren § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO. An die Ungeeignetheit eines Beweismittels sind strenge Anforderungen zu stellen. Weder die Unwahrscheinlichkeit einer Tatsache noch der Wahrnehmung durch den Zeugen berechtigen den Tatrichter, von einer Beweisaufnahme abzusehen. Insbesondere kommt eine Ablehnung eines Beweisantrags als ungeeignet nicht in Betracht, wenn dadurch ein noch nicht erhobener Beweis vorab gewürdigt wird, da dies eine unzulässige Beweisantizipation darstellt (BGH, Urteil vom 3. Mai 2006 - XII ZR 195/03, BGHZ 168, 79 Rn. 27; Beschluss vom 12. September 2012 - IV ZR 177/11, NJW-RR 2013, 9 Rn. 14).
>
> Von einem untauglichen Beweismittel kann nur dann ausgegangen werden, wenn es im Einzelfall vollkommen ausgeschlossen erscheint, dass die Beweisaufnahme irgendetwas Sachdienliches ergeben könnte. Das ist hier nicht der Fall, weil Beweisthema ein Unterlassen des Zeugen selbst - keine Weisung für und gegen den Beklagten gegenüber dem ehemaligen Filialleiter der Klägerin im Zusammenhang mit der Buchung am 10. Dezember 2008 - ist, zu dem B. vor dem Landgericht im Sinne des Beklagten Angaben gemacht hat. Auch ein dem Zeugen gegebenenfalls zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 384 Nr. 2 ZPO führt nicht dazu, ihn von vornherein als ungeeignetes oder unerreichbares Beweismittel anzusehen. Der Tatrichter ist im Falle einer Zeugnisverweigerung nach § 384 Nr. 2 ZPO nicht gehindert, dies im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung zu würdigen (BGH, Beschluss vom 12. September 2013 aaO). ...“[165]

Nicht unerreichbar ist ein Zeuge, dem kein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und bei dem die Wahrnehmung der Auskunftsverweigerungsrechte aus § 55 StPO unklar ist.[166]

Für namentlich bekannte Auslandszeugen gilt nach „ständiger Rechtsprechung“ wohl grundsätzlich:

> „ … Ein namentlich bekannter Zeuge ist, auch wenn er im Ausland lebt, in der Regel nur dann unerreichbar, wenn das Gericht unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und auch keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit beigebracht werden kann (vgl. BGH Strafverteidiger 1983, 90 m.w.N.; ständige Rechtsprechung). ...“[167]

Ein Auslandszeuge muss von seiner Ladung Kenntnis erlangt haben:

> „ … Aus dem Nichterscheinen und Nichtreagieren des Zeugen konnten nur dann Schlüsse gezogen werden, wenn angenommen werden durfte, er habe rechtzeitig

165 BGH, Beschluss vom 19.05.2015 - XI ZR 168/14: Vorsicht: Es handelt sich um eine Entscheidung in einem Zivilverfahren!; zu beachten ist BGH, Urteil vom 03.05.1991 - 2 StR 455/90 für den Fall des Nichterscheinens zum Termin und zur Notwendigkeit einer erneuten Ladung

166 BGH, Beschluss vom 01.07.1984 - 2 StR 24/84

167 BGH, Urteil vom 20.01.1989 - 2 StR 564/88; BGH, Beschluss vom 17.09.1985 - 2 StR 351/85 - zum Nichterscheinen einer in Griechenland lebenden Zeugin; siehe auch BGH, Urteil vom 18.04.1980 - 2 StR 116/80: „... Ein Zeuge ist nicht schon deshalb unerreichbar, weil er sich in einem ausländischen Staat aufhält ....“

vom Telegramm Kenntnis erlangt. Schon das war ungewiß. Hierüber bessere Gewißheit zu erlangen, hatte das Landgericht dadurch versäumt, daß es den - unzulässigen - Weg der direkten Übersendung der Ladung wählte; hierdurch entfiel insbesondere die Möglichkeit, eine Antwort des Zeugen auf die Ladung zu erhalten (Art. 10 Abs. 1 EuRHÜbk). Doch selbst wenn davon ausgegangen werden könnte, der Zeuge habe das Telegramm erhalten oder seinen Inhalt sonst erfahren, war sein Nichtreagieren von eingeschränkter Aussagekraft; denn die unmittelbare Ladung war unzulässig. Sie brauchte vom Zeugen nicht beachtet zu werden.

Das Landgericht hat nicht bedacht - jedenfalls nicht erörtert -, daß zwischen deutschen und italienischen Justizbehörden unmittelbarer Rechtshilfeverkehr zulässig ist (vgl. Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl. II J 16 Rdn. 27). Deshalb hat es auch nicht geprüft, ob die unter diesen Umständen zu erwartende Verzögerung hinzunehmen gewesen wäre. Daß jegliche Verlängerung des Verfahrens unannehmbar war, erscheint im Hinblick darauf, daß der Angeklagte sich in anderer Sache in Strafhaft befand, das Landgericht auch ausdrücklich die Frage einer kommissarischen Vernehmung prüfte, fernliegend. ...“[168]

Eine mögliche kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung eines im Ausland befindlichen Zeugen degradiert diesen nicht stets zum einem unerreichbaren Beweismittel:

„ … Die Ablehnung des Beweisantrags begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Soweit die Strafkammer die Zurückweisung des Antrags darauf gestützt hat, der Zeuge sei ein völlig ungeeignetes Beweismittel, da er nur zu einer kommissarischen oder audiovisuellen Vernehmung zur Verfügung stehe, wird ihre Entscheidung den besonderen Umständen des vorliegenden Sachverhalts nicht gerecht.

aa) Das Landgericht hat zwar nicht verkannt, dass der Aussage des Zeugen in dem Verfahren eine herausgehobene Beweisbedeutung zukommt und hat ersichtlich deshalb aus Gründen der Aufklärung dessen Vernehmung auch grundsätzlich für erforderlich gehalten. Denn es hat - anders als bei den übrigen von den Angeklagten benannten Entlastungszeugen aus dem Ausland - die Ablehnung des Beweisantrags nicht auf die sachlich vorrangige Vorschrift des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützt, sondern hat, was rechtlich grundsätzlich zulässig ist, auf den Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit bzw. Ungeeignetheit des Beweismittels im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO zurückgegriffen (BGHSt 45, 188, 189).

Nach dieser Vorschrift kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines im Ausland lebenden und für eine Vernehmung in der Hauptverhandlung unerreichbaren Zeugen auch dann zurückgewiesen werden, wenn der Zeuge zwar für eine im Wege der Rechtshilfe zu bewirkende und grundsätzlich mögliche kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung zur Verfügung steht, das Gericht aber aufgrund der besonderen Beweislage schon vorweg zu der Überzeugung gelangt, dass eine aus einer solchen Vernehmung gewonnene Aussage völlig untauglich ist, zur Sachaufklärung beizutragen und die Beweiswürdigung zu beeinflussen. In einem solchen Fall bleibt der Zeuge für die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung unerreichbar, als nur kommissarisch oder audiovisuell vernehmbarer Zeuge ist er ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO (BGHSt 13, 300, 302; 22, 118, 122; BGH JR 1984, 129; BGH bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1985, 14; BGH NStZ 2004, 347, 348).

Die Frage, ob nur eine Vernehmung des Zeugen vor dem erkennenden Gericht die

168 BGH, Beschluss vom 02.10.1984 - 1 StR 477/84; ebenso schon BGH, Urteil vom 08.03.1968 - 4 StR 615/6

nach Sach- und Rechtslage erforderliche Ausschöpfung des Beweismittels gewährleistet oder ob auch eine kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung zur Sachaufklärung tauglich ist, hat der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden (BGH JR aaO; BGH StV 1992, 548; BGH NJW 2000, 443, 447). Diese Entscheidung, die eine gewisse Vorauswürdigung des Beweismittels erfordert (BGH GA 1971, 85, 86), unterliegt zwar nur in eingeschränktem Umfang revisionsrechtlicher Überprüfung (BGH NJW aaO). Die für die Ausübung des Ermessens maßgebenden Erwägungen müssen aber schlüssig ergeben, weshalb die kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung zur Sachaufklärung ungeeignet und daher ohne jeden Beweiswert ist (BGH JR aaO). Dies ist angesichts der Qualität des angebotenen Beweismittels und der Bedeutung des Beweisthemas vor dem Hintergrund der hier gegebenen besonderen Beweislage nicht in ausreichendem Maße dargetan.

bb) Den Nachweis der subjektiven Tatseite hat das Landgericht, materiellrechtlich rechtsfehlerfrei, maßgeblich auf eine Gesamtwürdigung des Inhalts einer Vielzahl den Angeklagten zugänglichen Schriftstücken, namentlich auf den Schriftwechsel, der zwischen der Mo. GmbH, dem Zeugen R. und den indischen Endkunden geführt wurde, sowie auf die Tatsache gestützt, dass es auch mehrere persönliche Kontakte des Angeklagten Dr. P. L. mit den Verantwortlichen der R&DE und Mitarbeitern anderer Beschaffungsstellen des indischen Verteidigungsministeriums gab. Das belastende Beweismaterial stammt mithin überwiegend aus dem Ausland oder weist zumindest einen starken Auslandsbezug auf. Die Angeklagten waren deshalb zum Beleg ihrer Einlassung, von Seiten der indischen Beschaffungsstellen nicht über den Verwendungszweck der Hydraulikzylinder informiert worden zu sein, hier in besonderem Maße auf die Benennung von Entlastungszeugen aus dem Ausland angewiesen, zumal eine zeugenschaftliche Vernehmung der in Indien ansässigen Urheber der Schreiben und Kontaktpersonen des Angeklagten zu keinem Zeitpunkt stattgefunden hat.

Diese besondere Beweislage durfte bei der Bescheidung des von den Angeklagten gestellten Beweisantrags nicht unbeachtet bleiben. Denn es darf einem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen, dass dem Verfahren eine Auslandstat zugrunde liegt oder die Tat jedenfalls - wie hier - einen starken Auslandsbezug aufweist und die Beweisführung infolge dessen im Wesentlichen auf ausländische Beweismittel zurückgreifen muss. In einem solchen Fall ist dem legitimen Anliegen eines Angeklagten, sich gegen die aus dem Ausland stammenden und ihn belastenden Beweismittel durch die Benennung von im Ausland ansässigen Entlastungszeugen zu verteidigen, in der Weise Rechnung zu tragen, dass an die Ablehnung eines solchen Beweisantrags strengere Maßstäbe anzulegen sind (vgl. für die Ablehnung eines Beweisantrags nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO: BGH wistra 2006, 426, 428; Fischer in KK 6. Aufl. § 244 Rdn. 213). Die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit sowie völliger Ungeeignetheit eines offenkundig wichtigen Entlastungszeugen wird daher in diesen Fallkonstellationen allenfalls dann in Betracht kommen, wenn der Beweiswert einer lediglich kommissarischen oder audiovisuellen Vernehmung des Zeugen vor dem Hintergrund des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme und des zeitlichen und organisatorischen Aufwands der Ladung und Vernehmung mit den damit verbundenen Nachteilen durch die Verzögerung des Verfahrens in einer Weise zurücktritt, dass jeglicher Erkenntniswert für die Sachaufklärung sicher ausgeschlossen werden kann. Ein - etwa wegen des fehlenden persönlichen Eindrucks des Zeugen in der Hauptverhandlung oder wegen der eingeschränkten Möglichkeit, ihm Vorhalte zu machen - lediglich geminderter oder zweifelhafter Beweiswert einer so gewonnenen Aussage darf bei einer Sachverhaltsgestaltung wie der vorliegenden hingegen regelmäßig nicht mit einer völligen Untauglichkeit des Beweismittels gleichgesetzt werden. Die Beurteilung hat sich daher bei einer derartigen Fallgestaltung eher an den strengen Maßstäben auszurichten, die sonst allgemein für die Bewertung eines Be-

> weismittels als völlig ungeeignet anerkannt sind (vgl. Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 244 Rdn. 58 m. w. N.).
>
> Diesen Anforderungen und den dargelegten Besonderheiten des Falles wird das Landgericht in seiner Entscheidung über die Ablehnung des Beweisantrags nicht gerecht. Insbesondere hat es in seine Würdigung auch nicht einbezogen, dass es auch die Einvernahme weiterer von den Angeklagten zur Entlastung benannten Auslandszeugen, etwa der Mitarbeiter der R&DE, abgelehnt hat, der Zeuge R. mithin der einzig verbleibende Entlastungszeuge war, der aus eigener Wahrnehmung zu den Exportgeschäften der Angeklagten Angaben machen und zur Entkräftung der aus dem Ausland stammenden Beweise beitragen konnte. Nicht zuletzt aus diesem Grund kam seiner Aussage ein besonderes Gewicht zu.
>
> Auf der rechtsfehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags kann das Urteil, soweit die Taten nicht bereits verjährt sind, beruhen, zumal einer Vernehmung des Zeugen im Ausland rechtliche Hindernisse grundsätzlich nicht entgegenstehen. Zwar erfolgt der sonstige Rechtshilfeverkehr mit Indien vertragslos, so dass die Regelungen der §§ 59 ff. IRG Anwendung finden. Die Bundesregierung hat aber ihre Bereitschaft gezeigt, die für die Anbringung eines Rechtshilfeersuchens erforderliche Gegenseitigkeitszusicherung (§ 76 IRG) abzugeben. ...“[169]

Die Anforderungen an einen Beweisantrag im Hinblick auf eine Erreichbarkeit eines Zeugen müssen beachtet werden:

> „ … Es liegt schon kein ordnungsgemäßer Beweisantrag vor. Hierfür ist neben der Benennung eines Beweisthemas nicht nur die Benennung eines Beweismittels erforderlich, sondern es ist regelmäßig auch anzugeben, auf welchem Wege das Beweismittel (der Zeuge) erreicht werden kann (vgl. BGH, Urt. vom 14. Juni 2006 - 2 StR 65/06; StV 1996, 581; Urt. vom 10. November 1992 - 1 StR 685/92 m.w.N.). Hier war verfahrenskundig, dass B. unter seiner letzten bekannten Anschrift nicht mehr erreichbar war, und dass intensive, schon vor der Stellung des Beweisantrags vom Gericht über mehrere Wochen hin entfaltete Bemühungen, seiner habhaft zu werden, erfolglos geblieben waren. Unter diesen Umständen ist allein die Angabe der früheren Anschrift nicht ausreichend. Erforderlich gewesen wäre in dem Antrag zumindest substantiierter Vortrag dazu, warum entgegen den bisher angefallenen Erkenntnissen doch Aussicht bestehen soll, B. unter dieser Anschrift zu finden, oder mit welchen vom Gericht bisher nicht ergriffenen Mitteln realistische Aussichten bestehen, den Aufenthaltsort zu ermitteln. Daher fehlte es schon an einem zulässigen Beweisantrag. … “[170]

Verursachen Maßnahmen der Exekutive die Unerreichbarkeit eines Beweismittels muss dies zumindest im Rahmen der Beweiswürdigung angemessen berücksichtigt werden.[171] „Die Beschränkungen und Belastungen der Beweisaufnahme, der abnehmende Wert einzelner Beweismittel oder deren Unerreichbarkeit, die weitgehend auch durch das Verhalten von staatlichen Behörden verursacht worden sind, begründen trotz ihrer Häufung in diesem Prozeß ebenfalls kein Verfahrenshindernis (BGHSt 33, 283; BGH StV 1985, 133 = NStZ 1985, 230; BGHR StPO vor § l/ Verfahrens-

169 BGH, Beschluss vom 28.01.2010 - 3 StR 274/09; siehe auch oben BGH, Beschluss vom 26.08.2003 - 1 StR 282/03; ebenso BGH, Beschluss vom 26.04.1990 - 4 StR 147/90, wenn sich der Auslandszeuge weigert, zum Termin zu erscheinen

170 BGH, Beschluss vom 14.01.2010 - 1 StR 620/09; BGH, Beschluss vom 15.04.2003 - 1 StR 82/03; BGH, Beschluss vom 15.05.1996 - 1 StR 131/96: Der in einem Beweisantrag enthaltene Hinweis, der Zeuge sei über die Spedition in Slowenien zu ermitteln, ist ein zulässiger Beweisantrag.

171 BGH, Urteil vom 04.03.2004 - 3 StR 218/03 - Lektüre dieser Entscheidung wird empfohlen.

hindernis, Rechtsstaatsprinzip 1).[172]“

Für politisch motivierte Strafverfahren ist von Bedeutung, dass eine rechtmäßige Sperrerklärung bezogen auf einen V-Mann nicht zu einem Beweisverbot und einer Unerreichbarkeit führt:

> „ … Soweit das Landgericht auf das Fehlen einer Aussagegenehmigung für den Zeugen abstellt, wäre die Beweiserhebung allerdings unzulässig (§ 244 Abs. 3 Satz 1 StPO), wenn hinsichtlich seiner Vernehmung ein Beweiserhebungsverbot nach § 54 StPO bestünde. Auch wenn P., wie in dem Beweisantrag behauptet, die vom Zeugen N. vernommene Vertrauensperson wäre, stünde aber § 54 StPO seiner Vernehmung nicht entgegen. Die Annahme des Landgerichts, durch Schreiben des Ministeriums des Innern und für Sport sei eine Aussagegenehmigung für die Vertrauensperson verweigert worden, findet in der verlesenen Sperrerklärung keine Stütze. Vielmehr wird darin lediglich die für die Führer der Vertrauensperson erteilte Aussagegenehmigung dahin beschränkt, daß Fragen, die zur Identifizierung der Vertrauensperson führen können, nicht beantworten dürfen. Zudem lassen sich weder der Sperrerklärung noch der Begründung der Beweisanträge Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß es sich bei dem Zeugen, einem Mitglied der Rockergruppe, um einen der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden öffentlich Bediensteten handeln könnte.
>
> Rechtsfehlerhaft ist auch die Annahme des Landgerichts, der Zeuge P. sei unerreichbar (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO), da die Verteidigung im Beweisantrag eine bestimmte Person unter Angabe einer ladungsfähigen Anschrift als Zeuge benannt hatte. Die Vernehmung eines Zeugen ist nicht schon deshalb unzulässig, weil er mit der Vertrauensperson identisch ist, deren Identität die zuständige Innenbehörde unter Berufung auf § 96 StPO nicht hat preisgeben wollen. Auch eine rechtmäßige Sperrerklärung führt nicht zu einem Beweisverbot, sondern bedeutet nur, daß das mit der Sache befaßte Gericht die Weigerung der Behörde, die Identität eines Zeugen zu offenbaren, hinnehmen muß. Kennt das Gericht aber aus sonstigen Erkenntnisquellen die Identität des Zeugen, steht seiner Ladung und Vernehmung die Sperrerklärung nicht entgegen. Dies gilt auch dann, wenn in einem Beweisantrag eine bestimmte Person benannt ist und diese - wie hier - mit der Vertrauensperson identisch sein kann, auf die sich die vorliegende Sperrerklärung bezieht (vgl. BGHSt 39, 141, 144 f.). Von der Vernehmung eines solchen namentlich genannten Zeugen darf jedoch abgesehen werden, soweit durch die Vernehmung Gefahr für Leib oder Leben des Zeugen droht. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat das Gericht in eigener Verantwortung zu prüfen (vgl. BGH aaO S. 145). Diese Prüfung hat das Landgericht jedoch - wie die Revision zu Recht beanstandet - nicht vorgenommen. ...“[173]

Ebenso zur Behinderung der Erforschung der Wahrheit durch die Staatsanwaltschaft:

> „ … Die Strafkammer hat einen Beweisantrag des Verteidigers, den in einem Vermerk des Bundeskriminalamtes vom 2. April 1985 erwähnten V-Mann zu vernehmen und Auskunft über Namen und Anschrift dieses Informanten zu verlangen, mit der Begründung zurückgewiesen, der Informant könne nicht identifiziert werden, weil ihm von der Staatsanwaltschaft in G. Vertraulichkeit zugesichert worden sei.
>
> Damit ist § 244 Abs. 3 StPO verletzt worden. Die Zusicherung der Vertraulichkeit bin-

172 BGH, Beschluss vom 21.03.1989 - 5 StR 120/88 - Lektüre dieser Entscheidung wird empfohlen.
173 BGH, Urteil vom 06.02.2003 - 4 StR 423/02: siehe auch BGH, Beschluss vom 03.02.1989 - 2 StR 622/88 für einen Zeugen in Thailand

> det - mit Einschränkungen - die Staatsanwaltschaft und die Polizei (vgl. Nummer 4 der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/Justizsenatoren und der Innenminister/Innensenatoren der Länder über Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung / Anlage D zu den RiStBV). Für das gerichtliche Verfahren hat sie keine Bedeutung. Die Gerichte sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG). Sie sind innerhalb der durch die Anklage gezogenen Grenzen zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet (§ 155 Abs. 2 StPO). Darum dürfen sie eine nach der Strafprozeßordnung gebotene Beweiserhebung nicht aus dem Grunde ablehnen, weil Staatsanwaltschaft oder Polizei die Identität eines Informanten geheimhalten wollen.
>
> Lassen sich der Name und die Anschrift des Informanten nicht anders feststellen, so kann und muß das Gericht von allen öffentlichen Behörden - auch von der Staatsanwaltschaft und der Polizei - diejenigen Auskünfte verlangen, die es zur Ermittlung der Beweisperson für erforderlich hält (§§ 161, 202, 244 Abs. 2 StPO). Die Auskunft darf in entsprechender Anwendung des § 96 StPO nur verweigert werden, wenn die oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden ihres Inhalts dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde. Solange eine solche Erklärung nicht vorliegt, darf der Gewährsmann nicht als ein unerreichbares Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO angesehen werden (BGHSt 30, 34; 32, 115, 123/124).
>
> Die Sperrerklärung behindert die Erforschung der Wahrheit und stellt daher einen Eingriff in den Gang der Rechtspflege dar. Sie muß deshalb auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Außerdem ist es geboten, daß die Entscheidung auf möglichst hoher Ebene getroffen wird (BGH aaO S. 36). Das Gesetz sieht deshalb in § 96 StPO die Zuständigkeit der obersten Dienstbehörde vor. Zwar braucht der Minister (Senator) die Entscheidung nicht persönlich zu treffen. Es genügt, wenn ein Mitarbeiter seines Hauses entscheidet, für dessen Handeln er die politische Verantwortung trägt. Dagegen reicht es nicht aus, wenn eine nachgeordnete Behörde entscheidet; das gilt auch für die Staatsanwaltschaft. ...“[174]

Wenn die Polizei Auskünfte zur Identität eines Zeugen wegen einer fehlenden Aussagegenehmigung verweigert gilt:

> „ … Die Strafkammer hat die vermeintliche Unerreichbarkeit des ihr nach Namen und Anschrift unbekannten Informanten allein mit der fehlenden Aussagegenehmigung für den Polizeibeamten begründet, der diesen kennt. Daran brauchte die Ermittlung des Zeugen aber nicht zu scheitern. Denn das Landgericht konnte zur Erforschung der Wahrheit (§§ 161, 202, 244 Abs. 2 StPO) von der Polizei Auskunft über den Namen und die Anschrift ihres Hinweisgebers verlangen. Diese Auskunft darf in entsprechender Anwendung von § 96 StPO nur verweigert werden, wenn die oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden ihres Inhalts dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde (BGHSt 29, 390, 393; 30, 34; BGH, Urteil vom 19. Januar 1982 - 1 StR 755/81; ständige Rechtsprechung). Da das Landgericht dieser Behörde eine Erklärung nicht abverlangt hat, durfte es den ihm unbekannten Zeugen nicht als unerreichbares Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ansehen (BGHSt 30, 34). ...“[175]

Unerreichbar ist nicht in jedem Fall ein reiseunwilliger Auslandszeuge. Er muss über den Gegenstand der von im erwarteten Aussage in Kenntnis gesetzt werden:

174 BGH, Beschluss vom 03.11.1987 - 5 StR 579/87
175 BGH, Urteil vom 03.04.1987 - 2 StR 49/87

„ … Zwar kann ein im Ausland lebender Zeuge, dessen Erscheinen nicht erzwungen werden kann, auch ohne förmliche Ladung als unerreichbar angesehen werden, wenn er sich definitiv weigert, vor dem erkennenden Gericht auszusagen (vgl. Herdegen aaO § 244 Rdn. 82 m.w.Nachw.). Dies ist aber in der Regel nur dann der Fall, wenn das Tatgericht unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und auch keine begründete Aussicht besteht, daß dieser in absehbarer Zeit als Beweismittel herangezogen werden kann (vgl. BGHR § 244 III Satz 2 Unerreichbarkeit 1 und 13; BGH NStZ 1984, 375, 376).

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor, da die Annahme des Landgerichts von der Unerreichbarkeit des Zeugen auf einer unzulänglichen Grundlage beruht. Wie sich aus der der Ablehnung des Beweisantrags zugrundeliegenden Telefaxnachricht des Bundeskriminalamtes vom 3. Januar 2000 ergibt ("Betreff: Ermittlungsverfahren gegen K.; hier: Entlastungszeuge G."), ließ der Zeuge über Interpol Warschau mitteilen, er kenne (den Mitangeklagten) K. nicht, er sei auch nicht gewillt, in Hannover eine Zeugenaussage zu machen (PB Bl. 153). Allein aufgrund dieser Mitteilung durfte das Landgericht nicht ohne weiteres annehmen, der Zeuge G. sei zu einer Aussage in der Hauptverhandlung auf keinen Fall bereit und deshalb unerreichbar. Aus dem Schreiben des Bundeskriminalamtes ergibt sich nämlich nicht die Kenntnis des Zeugen davon, daß sich das Strafverfahren auch gegen den Beschwerdeführer richtete. Deshalb hätte sich das Landgericht darüber Gewißheit verschaffen müssen, ob der Zeuge auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sein Bekannter wegen schwerwiegender Straftaten angeklagt ist, vor dem Landgericht nicht aussagen werde (vgl. BGH NStZ 1984, 375, 376). Die Aussage des Alibizeugen war nach der Beweislage für die Wahrheitsfindung schon deshalb nicht unwesentlich, da die Kammer in dem den Beweisantrag ablehnenden Beschluß ausgeführt hat, daß eine Vernehmung im Wege der Rechtshilfe ausscheide, weil es zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen ganz wesentlich auf den persönlichen Eindruck in der Hauptverhandlung ankomme. ...“[176]

Der BGH schloss sich der Ansicht an, dass von einem erweiterten Erreichbarkeitsbegriff auszugehen ist, wenn es um Auslandszeugen geht:

„ … Die Revision rügt zu Recht, das Landgericht sei in seiner Entscheidung, die nach Inkrafttreten des ZeugenschutzG am 1. Dezember 1998 (BGBl. I 820) erging, unzutreffend von der Unerreichbarkeit des genannten Zeugen ausgegangen. Es hat nicht die Frage geprüft, ob der Zeuge mittels einer durch dieses Gesetz ermöglichten Videokonferenz im Rahmen der Hauptverhandlung (§ 247a StPO) gehört werden kann.

Wie bei der kommissarischen Vernehmung bedurfte es dazu keines eigens auf eine Videokonferenz gerichteten Antrages. Nach dem erweiterten Erreichbarkeitsbegriff (vgl. Gollwitzer aaO Rdn. 259) umfaßt ein Antrag auf Ladung eines Zeugen im Ausland vor das Prozeßgericht zugleich jedes Weniger, das der Tatrichter nicht als für die Wahrheitsfindung wertlos erachtet (vgl. BGHSt 22, 118, 122; BGH NJW 1991, 186; BGH NStZ 1983, 277; SK-Schlüchter § 244 Rdn. 113). Mit Inkrafttreten des ZeugenschutzG war daher auch die Möglichkeit einer audiovisuellen Vernehmung als ein Weniger gegenüber der Vernehmung einer physisch in der Hauptverhandlung anwesenden Person, jedoch als das unter Umständen effektivere Beweismittel gegenüber der kommissarischen Vernehmung in Betracht zu ziehen. Dieser Frage hat sich das Landgericht jedoch nicht gestellt. ...“[177]

176 BGH, Beschluss vom 15.02.2001 - 3 StR 554/00
177 BGH, Urteil vom 15.09.1999 - 1 StR 286/99

Die Ladung eines Auslandszeugen muss in der Regel im Wege der Rechtshilfe zumindest versucht werden:

> „ … Diese Ablehnung war fehlerhaft. Ein Zeuge ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur unerreichbar, wenn der Tatrichter unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit von dem Gericht als Beweismittel herangezogen werden kann (BGH NJW 1979, 1788; GA 1980, 355 = bei Holtz MDR 1980, 456; BGH Strafverteidiger 1981, 5, 602). Daran fehlt es hier.
>
> H C war als das Tatopfer ein besonders wichtiger Zeuge. Beim Nachweis der vom Verteidiger unter Beweis gestellten Tatsache könnte die Tat des Angeklagten in wesentlich milderem Licht erscheinen. Unter diesen Umständen durfte sich die Strafkammer nicht mit dem Versuch zufriedengeben, den Zeugen durch Einschaltung von Polizeidienststellen zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu veranlassen, zumal seine Vernehmung auch deshalb angezeigt war, weil er ausweislich der Niederschrift vom 11. Oktober 1983 vor der Polizei angegeben hatte, einen der Messerstiche habe ihm nicht der Angeklagte, sondern H E zugefügt (Bl. 154 - 156 d.A.). Auch der Umstand, daß die Beweisaufnahme, bei der auch der Kriminalbeamte gehört wurde, der den Geschädigten polizeilich vernommen hatte, keine Anhaltspunkte für den Einsatz eines Messers durch den Geschädigten erbracht hatte, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der Mitteilung im Fernschreiben vom 24. April 1984, der Zeuge habe angegeben, er "könne sich nicht in die Bundesrepublik Deutschland als Zeuge begeben", ist nicht zu entnehmen, daß er auch einer förmlichen Ladung durch das Gericht nicht Folge leisten werde, da eine Begründung für diese Angabe nicht mitgeteilt wurde. Die Strafkammer war daher gehalten, den Zeugen im Wege der Rechtshilfe unter Hinweis auf den Strafverfolgungsschutz nach Art. 12 Abs. 3 des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen förmlich zur Hauptverhandlung zu laden (vgl. BGH, NStZ 1982, 171; 1982, 212; BGH, Urteile vom 23. Juni 1981 - 5 StR 164/81 - und vom 3. Februar 1982 - 2 StR 500/81 -; sowie Beschluß vom 24. September 1982 - 2 StR 528/82). ...“[178]

Grundsätzlich gilt, dass ein Auslandszeuge, dessen Aufenthaltsort bekannt ist, nicht schon deshalb als unerreichbar angesehen werden darf, weil seine Ladung im Rechtshilfeweg das Verfahren verzögert.[179] Weiter dazu:

> „ … Die Revision macht mit Recht geltend, daß diese Erwägungen nicht geeignet sind, die Ablehnung des Beweisantrages wegen Nichterreichbarkeit der Zeugin zu rechtfertigen (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO). Ein Zeuge ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur unerreichbar, wenn der Tatrichter unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit von dem Gericht als Beweismittel herangezogen werden kann (vgl. u.a. BGH GA 1980, 355 = BGH bei Holtz, MDR 1980, 456; BGH NStZ 1983, 422).
>
> Das Landgericht hat nicht verkannt, daß die Ladung der Zeugin im Rechtshilfeweg oder ihre Vernehmung durch einen ersuchten Richter in Jugoslawien möglich war. Zu Unrecht hat es aber die Auffassung vertreten, die damit verbundene Verzögerung

178 BGH, Urteil vom 19.12.1984 - 2 StR 644/84
179 BGH, Beschluss vom 31.01.1990 - 3 StR 469/89 - Übernahme der Ansicht des GBA

des Verfahrensabschlusses könne nicht hingenommen werden. Es braucht in diesem Zusammenhang nicht erörtert zu werden, ob die Zeitbedarfsschätzung ("Monate") zutrifft. Entscheidend ist, daß ein im Ausland befindlicher Zeuge, dessen Aufenthaltsort bekannt ist, grundsätzlich nicht schon deshalb für unerreichbar angesehen werden kann, weil seine Ladung im Rechtshilfeweg oder seine Vernehmung durch einen ersuchten Richter das Verfahren verzögert (BGH, Urteil vom 29. Februar 1984 - 2 StR 560/83 -). Es kommt hinzu, daß die Aussage der Zeugin von entscheidender Bedeutung für den Angeklagten sein konnte. Das Landgericht stützt seine Feststellungen über die von dem Angeklagten entfalteten Bemühungen, die Mitangeklagte A zur Ausführung des Mordanschlages zu gewinnen, allein auf deren schriftliche Einlassung. Der vom Angeklagten angestrebte Nachweis, daß die Mitangeklagte in einem nicht unwichtigen Nebenpunkte - immerhin belegte das von ihr geschilderte Treffen in Skopje die Verbindung des Angeklagten zum jugoslawischen Geheimdienst - dem Gericht eine unzutreffende Schilderung unterbreitet hatte, hätte geeignet sein können, die Glaubwürdigkeit der Mitangeklagten A zu erschüttern. Damit ist zugleich dargetan, daß das Urteil auf dem Rechtsfehler beruhen kann. ...“[180]

Ein förmliche Ladung eines Auslandszeugen zur Hauptverhandlung im Wege der Rechtshilfe soll aber nicht in jedem Fall erforderlich sein:

„ … Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Zeuge unerreichbar, wenn das Gericht unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und auch keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit beigebracht werden kann (BGHSt 22, 118, 120; NJW 1979, 1788; NStZ 1985, 375; NJW 1990, 1124, 1125). Zu diesen Bemühungen gehört, auch wenn der Zeuge im Ausland wohnhaft ist, in der Regel seine förmliche Ladung. Doch setzt die Annahme, ein im Ausland lebender Zeuge sei unerreichbar, nicht stets eine erfolglos gebliebene förmliche Ladung zur Hauptverhandlung im Wege der Rechtshilfe voraus. Vielmehr ist eine solche Ladung entbehrlich, wenn der Tatrichter zu der Überzeugung gelangt - und nach den Umständen des Falles auch gelangen darf -, der Zeuge könne auch auf diese Weise nicht zum Erscheinen vor dem erkennenden Gericht bewogen werden. ...“[181]

Sehr bedenklich zur Frage einer Ladung im Ausland, wenn es um die Gerichtssprache geht:

„ … Gemäß § 184 GVG ist die Gerichtssprache deutsch. Diese Vorschrift ist zwingender Natur, von Amts wegen zu beachten und dem Verfügungsrecht der Beteiligten nicht unterworfen; sie gilt nicht nur für die gerichtlichen Verhandlungen und Entscheidungen, sondern auch für den gesamten Schriftverkehr mit dem Gericht (BGHSt 30, 182/183). Das bedeutet, daß alle vom Gericht ausgehenden schriftlichen Äußerungen - d.h. auch eine Ladung - in deutscher Sprache abzufassen sind (Mayr in KK, § 184 GVG Rdn. 3). Ist der Adressat einer Mitteilung des Gerichts der deutschen Sprache nicht mächtig, so hat dieses einen Dolmetscher zuzuziehen (§ 185 Abs. 1 Satz 1 GVG). Das Gesetz verlangt aber nicht und kann es naturgemäß auch nicht verlangen, daß sich in einem solchen Falle der Richter einer ihm fremden Sprache bedient. Daraus folgt, daß ein Richter von Gesetzes wegen nicht angehalten werden kann, einen in einer Fremdsprache abgefaßten Text, den er nicht versteht, zu unterschrei-

180 BGH, Urteil vom 07.05.1986 - 2 StR 583/85

181 BGH, Urteil vom 11.02.1993 - 1 StR 419/92 - Lektüre wird zum Zweck der Vertiefung empfohlen; BGH, Urteil vom 06.11.1991 - 2 StR 342/91: keine Ladung erf., wenn sie zwecklos erscheint; ebenso BGH, Urteil vom 19.10.1990 - 1 StR 435/90 - Einbeziehung der Gesamtumstände erforderlich

ben. Damit bestand für die Strafkammer aber auch keine erfolgversprechende Möglichkeit, O als Zeugen zu laden, so daß er für die Strafkammer unerreichbar war. ...“[182]

Wenn nach der Überzeugung des Tatgerichts ein Zeuge in Thailand einer Vorladung zur Hauptverhandlung nicht folgen wird, müssen keine aussichts- und zwecklosen Ladungsversuche unternommen werden:

„ … Ein Zeuge, dessen Aufenthalt bekannt ist, ist unerreichbar, wenn seine Vernehmung in absehbarer Zeit an nicht zu beseitigenden Hindernissen scheitert. Bei der Beurteilung sind die Bedeutung der Sache und die Wichtigkeit der Zeugenaussage einerseits sowie das Interesse an einer reibungslosen und beschleunigten Durchführung des Verfahrens andererseits gegeneinander abzuwägen (vgl. Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 79, 80). Dabei dürfen die Gesamtumstände, die dem Erscheinen und der Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung entgegenstehen, in die Abwägung einbezogen werden. Ist das Gericht nach gewissenhafter Prüfung der maßgebenden Umstände davon überzeugt, daß der Zeuge einer Vorladung zur Hauptverhandlung keine Folge leisten werde, so ist es nicht verpflichtet, vor der Ablehnung eines Beweisantrages den aussichts- und zwecklosen Versuch einer Ladung zu unternehmen (BGH NJW 1979, 1788; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 629).

In Anwendung dieser Grundsätze ist das Landgericht ohne Rechtsverstoß zu der Überzeugung gelangt, die Ladung sei aussichtslos und der Zeuge als Beweismittel unerreichbar. Es konnte deshalb einen Ladungsversuch unterlassen. Dabei durfte das Landgericht berücksichtigen, daß in einem Parallelverfahren ein Rechtshilfeersuchen an Thailand nach siebeneinhalb Monaten noch nicht zum Erfolg geführt hatte und diese Erfahrung in die Beurteilung der Frage einbeziehen, ob Aussicht bestand, innerhalb einer in der vorliegenden Haftsache vertretbaren Frist überhaupt die ladungstechnischen Voraussetzungen für ein Erscheinen des Zeugen zu erfüllen. Das Landgericht war - entgegen der Auffassung der Revision - nicht verpflichtet, unter Umgehung des diplomatischen Weges den Zeugen zu einem Erscheinen in der Hauptverhandlung zu veranlassen. Solche Versuche (z.B. mittels Privatbriefes oder durch dritte Personen) mögen zwar im Einzelfall tatsächlich aussichtsreich sein. Das Gericht kann jedoch nicht zu Maßnahmen verpflichtet werden, die von dem anderen Staat als Beeinträchtigung seiner Hoheitsrechte angesehen werden können (vgl. Grützner GA 1954, 375). Der Umstand völliger Ungewißheit bezüglich der Durchführung und des Zeitaufwandes für eine Ladung konnte auch in Beziehung gesetzt werden

- einerseits zur wahrscheinlichen Aussichtslosigkeit, den Zeugen selbst bei gelungener Ladung zu einer Reise in die Bundesrepublik zu veranlassen (er hatte mit einer mehrjährigen Freiheitsstrafe zu rechnen; zur Frage eines Rechts auf freies Geleit vgl. BGHSt 35, 216ff.) oder gar hier eine Aussage zu erreichen (§ 55 StPO) und
- andererseits zu dem Umstand, daß selbst bei glaubhafter Bestätigung des Beweisthemas durch den Zeugen, die Verurteilung auch in diesem Punkt noch möglich gewesen wäre, weil die Einfuhr von Betäubungsmitteln kein eigenhändiges Delikt ist (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 4; BGH NStZ 1989, 436). ...“[183]

Die Zusicherung freien Geleits kann geboten sein, um eine Unerreichbarkeit zur vermeiden:

182 BGH, Urteil vom 17.05.1984 - 4 StR 139/84
183 BGH, Urteil vom 06.12.1989 - 1 StR 559/89

„ … Die Beschwerdeführerin rügt als Verstoß gegen § 244 Abs. 3 StPO, hilfsweise § 244 Abs. 2 StPO, daß das Landgericht mit Beschluß vom 6. August 1984 den Beweisantrag der Verteidigung auf Vernehmung der in Sarajevo wohnhaften Zeugin M S abgelehnt hat. Das Landgericht hätte die Zeugin nicht als unerreichbar ansehen dürfen, ohne sie zuvor nach Maßgabe des "Europäischen Rechtshilfeübereinkommens" schriftlich und unter Zusicherung freien Geleits zur Hauptverhandlung geladen zu haben. Es habe auch nicht schlüssig dargetan, weshalb die Vernehmung der Zeugin im Ausland - durch Rechtshilferichter oder erkennendes Gericht - zur Sachaufklärung ungeeignet und daher ohne jeden Beweiswert sei. Die Rüge ist nicht begründet.

1. Die Übergabe des angeblich von Frau S stammenden Schreibens ist vom Tatrichter dahin ausgelegt worden, daß die Verteidigung "eine Vernehmung dieser Zeugin über die in dem Schriftstück aufgestellten Behauptungen beantragt". Spätestens mit der Kenntnisnahme und stillschweigenden Billigung dieser Auslegung im Termin vom 6. August 1984 hat sich die Verteidigung diese Auslegung zu eigen gemacht, den Antrag also mit diesem Inhalt tatsächlich gestellt. Die Beweisbehauptung ging sinngemäß dahin, daß nicht die Angeklagte, sondern ihre Landsmännin H M die der Angeklagten zur Last gelegten Diebstähle begangen habe (vgl. Fernschreiben des Vorsitzenden vom 26. Juli 1984 an das Deutsche Generalkonsulat in Zagreb).

2. Die auf § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützte Ablehnung des Beweisantrags ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Landgericht durfte Frau S sowohl als unerreichbares (a) als auch als ungeeignetes (b) Beweismittel ansehen.

a) Ein Zeuge ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unerreichbar, wenn der Tatrichter unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und auch keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit von dem Gericht als Beweismittel herangezogen werden kann (vgl. zuletzt: BGH NStZ 1982, 78; 1982, 212; 1983, 180; 1983, 422; BGH StrVert 1984, 60; BGH wistra 1984, 77). Zu diesen Bemühungen gehört, wenn der Zeuge nach Namen und Anschrift bekannt ist, in der Regel seine förmliche Ladung; ein im Ausland wohnhafter Zeuge, der vor dem deutschen Gericht erscheinen soll, ist zugleich auf das ihm nach Rechtshilferecht zustehende freie Geleit hinzuweisen (ständige Rechtsprechung, zuletzt BGHSt 32, 68, 73/74; BGH NJW 1982, 2738; 1983, 528; BGH NStZ 1982, 212; 1984, 375; BGH StrVert 1982, 57; 1982, 207; 1983, 7; 1984, 60; 1984, 408; BGH wistra 1984, 77). Art. 7 des deutsch-jugoslawischen Vertrags vom 1. Oktober 1971 über die Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl. 1974 II S. 1165, 1167; 1975 II S. 228) gewährleistet dieses freie Geleit; die Zustellung der Ladung ist in Art. 4 vorgesehen.

Die Annahme, ein ausländischer Zeuge sei unerreichbar, setzt jedoch nicht stets eine erfolglose förmliche Ladung zur Hauptverhandlung voraus. Die förmliche Ladung im Wege der Rechtshilfe ist entbehrlich, wenn der Tatrichter (nach Ausschöpfung der sonst gegebenen Möglichkeiten) zu der Überzeugung gelangt - und nach den besonderen Umständen des Falles auch gelangen darf -, daß der Zeuge auch auf diese Weise nicht zum Erscheinen vor dem erkennenden Gericht bewogen werden würde (BGH, Urt. vom 4. April 1984 - 2 StR 767/83; Urt. vom 26. September 1984 - 3 StR 367/84; Herdegen NStZ 1984, 337, 339 m. w. N.).

Diese Voraussetzungen waren hier gegeben. Mitglieder der Strafkammer hatten Frau S unter Vermittlung einer Dolmetscherin mehrfach telefonisch aufgefordert, als Zeugin in München zu erscheinen. Frau S hatte sich hierzu bereit erklärt und von der Bosnischen Landesregierung eine Ausreisegenehmigung erhalten (Fernschreiben des Deutschen Generalkonsulats in Zagreb vom 30. Juli 1984). Die deutsche Einreisegenehmigung war an der Grenzübertrittsstation Salzburg-Bahnhof hinterlegt. Unter "im-

mer anderen Vorwänden" schob die Zeugin ihre Anreise hinaus, so daß das Verfahren wegen ihr sechsmal unterbrochen werden mußte. Unter diesen Umständen durfte die Strafkammer die telefonische Äußerung der Zeugin, sie habe ihren Entschluß geändert und "sei nur bereit, vor einer jugoslawischen Behörde auszusagen" (Beschluß vom 6. August 1984), als abschließende und endgültige Weigerung ansehen, vor dem erkennenden Gericht zu erscheinen, deren einer Grund, die - von der Zeugin behauptete - Morddrohung (UA S. 25), von den deutschen Behörden nicht ausgeräumt werden konnte. Weitere Bemühungen um die Herbeischaffung des Beweismittels versprachen keinen Erfolg. Das Gericht konnte das Erscheinen der Zeugin nicht erzwingen. Zu einer Beweisaufnahme im Ausland oder zu der Teilnahme an einer Beweisaufnahme im Ausland war die Strafkammer nicht verpflichtet (vgl. BGH StrVert 1981, 601; 1984, 60; BGH wistra 1984, 77; BGH, Urt. vom 11. November 1980 - 1 StR 527/80; Urt.vom 29. Oktober 1981 - 4 StR 512/81; Urt. vom 17. Mai 1984 - 4 StR 139/84).

b) Ob die Vernehmung durch den Rechtshilferichter zur Sachaufklärung ungeeignet und daher ohne jeden Beweiswert ist, hat der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (BGHSt 22, 118, 121/122; BGH GA 1971, 85; BGH NJW 1983, 527; BGH MDR 1983, 505; Herdegen aaO S. 340). Diese Entscheidung hat das Landgericht ermessensfehlerfrei getroffen und ausreichend begründet. Es durfte zu Recht darauf abstellen, daß "angesichts der bisherigen Beweisaufnahme" ein persönlicher Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Zeugin für die erkennenden Richter unabdingbar war. Frau S war nach Inhaftierung wegen Diebstahls im Frühjahr 1984 nach Jugoslawien abgeschoben worden. Die ihr zugeschriebenen Äußerungen waren unklar, die Beweisbehauptung unsubstantiiert. Andererseits hatte die bisherige Beweisaufnahme zu einem eindeutigen Ergebnis geführt. Die Angeklagte hatte im Ermittlungsverfahren ein umfassendes Geständnis abgelegt. Ihre abweichende Einlassung in der Hauptverhandlung war in wichtigen Punkten durch Zeugen widerlegt worden. Insbesondere hatte der von der Angeklagten als "sehr enger Bekannter" von H M bezeichnete Zeuge D bekundet, daß er diese Frau überhaupt nicht kenne (UA S. 23). Das Landgericht hat schlüssig dargelegt, daß Frau M selbst wenn sie existiert, für die unter besonderen Umständen begangenen Diebstähle als Täterin nicht in Betracht kommt (UA S. 22, 24). ...“[184]

Die Ladung und der Hinweis auf freies Geleit kann geboten sein:

„ … Das Landgericht hat die Beweisanträge des Angeklagten ersichtlich als erheblich angesehen und deshalb die in ihren Heimatländern rechtskräftig verurteilten Zeugen van S und F durch einen Gemeindepolizisten bzw. durch einen Beamten der Haftanstalt über ihre Aussagebereitschaft befragen lassen. Beide haben dabei zwar zum Ausdruck gebracht, weder vor einem deutschen Gericht noch vor einem Richter ihres Heimatlandes aussagen zu wollen. Eine solche formlose Befragung genügt aber unter den hier gegebenen Umständen nicht, um die Unerreichbarkeit des Beweismittels nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO festzustellen.

Bei der Bedeutung der Sache und der Aussagen der Zeugen für das Verfahren hätte die Strafkammer sie förmlich zur Hauptverhandlung laden müssen, und zwar unter Hinweis auf das ihnen nach Art. 12 EuRHÜbk zustehende freie Geleit (vgl. hierzu u.a. BGHSt 32, 68, 73/74; BGH MDR 1979, 597; BGH bei Holtz MDR 1981, 456; BGH NStZ 1981, 32 und 146; BGH NStZ 1982, 171 und 212). Abgesehen davon, daß das Landgericht die Zeugen überhaupt nicht zur Hauptverhandlung geladen, sondern sie nur über ihre Aussagebereitschaft befragt hat, sind die Zeugen bei der Befragung auch nicht auf das freie Geleit nach der genannten Vorschrift hingewiesen worden. Wenn

184 BGH, Urteil vom 21.02.1985 - 1 StR 15/85

> sie es trotz eines solchen Hinweises ausdrücklich auch für den Fall einer Ladung ablehnen, zur Hauptverhandlung zu erscheinen, wird das Landgericht zu prüfen haben, ob sie im Wege der Rechtshilfe zu vernehmen sind. Vorsorglich weist der Senat auf Art. 10 und 11 EuRHÜbk hin. ..."[185]

Verweigert die Exekutive - die Staatsanwaltschaft - die Zusicherung freien Geleits, hat sie es in der Hand, ein Beweismittel zu einem unerreichbaren zu generieren:

> „ … Bei dieser Sachlage ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Landgericht den Zeugen Dr. R. als unerreichbar im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO angesehen hat, ohne ihn zuvor förmlich im Wege der Rechtshilfe zur Hauptverhandlung zu laden (UA S. 41f.).
>
> 1. Ein Zeuge, dessen Erscheinen nicht erzwungen werden kann, weil er sich im Ausland aufhält, muß zwar vor Annahme seiner Unerreichbarkeit in der Regel förmlich geladen werden. Auf die Ladung kann jedoch verzichtet werden, wenn sie zwecklos erscheint (KK-Herdegen 2. Aufl. § 244 StPO Rdn. 80; Kleinknecht/Meyer StPO 38. Aufl. § 244 Rdn. 63). Daß dies hier der Fall ist, hat der Tatrichter unter den gegebenen Umständen ohne Rechtsfehler aus der eindeutigen Erklärung des Zeugen, er wolle nur bei Zusicherung freien Geleits vor dem Landgericht erscheinen, sowie daraus geschlossen, daß die Staatsanwaltschaft in München eine solche Zusicherung verweigert hat.
>
> 2. Zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kolumbien besteht kein Abkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen. Entgegen der Auffassung der Revision wäre freies Geleit ohne Vereinbarung nicht etwa von Rechts wegen schon mit der Ladung des im Ausland lebenden Zeugen gesichert gewesen mit der sich daraus ergebenden Folge, daß ihn die Strafverfolgungsbehörden während einer Schutzfrist im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nicht wegen früherer Taten hätten festnehmen dürfen.
>
> a) Das von der Revision angenommene freie Geleit für Auslandszeugen ergibt sich nicht unmittelbar aus deutschem Recht, auch nicht in der Form, daß das erkennende Gericht selbst es mit bindender Wirkung für andere inländische Behörden hätte anordnen dürfen.
>
> aa) § 295 StPO ist grundsätzlich für den Zweck gedacht, durch Befreiung von der Untersuchungshaft (§ 295 Abs. 2 StPO) ein Strafverfahren gegen einen abwesenden Beschuldigten zu ermöglichen (RG HRR 1937 Nr. 361). Es bestehen zwar keine Bedenken, die Vorschrift auch anzuwenden, wenn es darum geht, ihn zum Erscheinen als Zeugen in einem Verfahren gegen Dritte zu veranlassen. Zuständig für die Erteilung des sicheren Geleits bleibt jedoch das Gericht, welches das Verfahren gegen den Beschuldigten führt (Dünnebier in Löwe/ Rosenberg 22. Aufl. § 295 StPO Anm. 10; Eb.Schmidt, Lehrkommentar § 295 StPO Rdn. 2; vgl. auch Gollwitzer in Löwe/Rosenberg 24. Aufl. § 295 StPO Rdn. 1 und 14). Das war hier nicht das Landgericht Offenburg. Es konnte eine Zusicherung freien Geleits, soweit es um das Münchener Verfahren geht, im übrigen auch deshalb nicht auf § 295 StPO stützen, weil gegen den Zeugen Dr. Robitzsch bereits ein auf Freiheitsstrafe lautendes Urteil ergangen war (vgl. § 295 Abs. 3 StPO).
>
> bb) Das Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) vom 23. Dezember 1982 (BGBl. I S. 2071) enthält keine über § 295 StPO hinausreichende Rege-

185 BGH, Beschluss vom 11.07.1984 - 3 StR 216/84; siehe auch BGH, Urteil vom 24.08.1983 - 3 StR 136/83

lung, soweit es sich um das freie Geleit ausländischer Zeugen vor deutschen Gerichten handelt. Es ordnet lediglich Vorkehrungen zur Sicherung des freien Geleits an, wenn jemand, der sich in seinem Geltungsbereich in Untersuchungs- oder Strafhaft oder in der Unterbringung befindet, vorübergehend als Zeuge für ein ausländisches oder deutsches Verfahren in das Ausland überstellt werden soll (§ 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 70 IRG). Im übrigen verweist es auf die Verfahrensvorschriften der Strafprozeßordnung (§ 77 IRG).

b) Das freie Geleit, das nach Auffassung der Revision ohne weiteres mit der förmlichen Ladung eines im Ausland lebenden Zeugen zur Vernehmung in einem inländischen Strafverfahren verbunden sein soll, läßt sich auch nicht einer allgemeinen Regel des Völkerrechts entnehmen, die nach Artikel 25 GG Bestandteil des Bundesrechts wäre und den deutschen Gesetzen vorginge (a.A. KK-Engelhardt 2. Aufl. § 295 StPO Rdn. 12). Für den Senat bestehen keine Zweifel, daß es die von der Revision behauptete allgemeine Regel des Völkerrechts nicht gibt. Er ist auch nicht auf "ernstzunehmende" Zweifel (BVerfGE 23, 288f., 319) in der Richtung gestoßen, daß er mit seiner Auffassung von der Meinung eines Verfassungsorgans, von den Entscheidungen hoher deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte oder von den Lehren anerkannter Autoren der Völkerrechtswissenschaft abweichen würde. Er ist deshalb nicht gehalten, gemäß Artikel 100 Abs. 2 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage einzuholen (vgl. BVerfG aaO S. 315ff., 316, 319; Schmidt-Bleibtreu/Klein GG 5. Aufl. Art. 100 Rdn. 9; Leibholz/Rinck GG 6. Aufl. Art. 100 Rdn. 2).

aa) Völkerrechtsregeln sind dann "allgemeine Regeln des Völkerrechts" im Sinne des Artikels 25 GG, wenn sie von der überwiegenden Mehrheit der Staaten - nicht notwendigerweise auch von der Bundesrepublik Deutschland - anerkannt werden (BVerfGE 15, 25, 34; 16, 27, 33; Schmidt-Bleibtreu/Klein aaO Art. 25 Rdn. 1; Leibholz/Rinck aaO Art. 25 Rdn. 1). Für eine solche Anerkennung fehlt es, soweit es sich um das freie Geleit für Zeugen handelt, an ausreichenden Anhaltspunkten.

bb) Allerdings ist nicht zu verkennen, daß es - gerade auch in neuerer Zeit - im in- und ausländischen Rechtshilferecht, in zweiseitigen völkerrechtlichen Vereinbarungen über die Rechtshilfe in Strafsachen und in mehrseitigen Abkommen auf diesem Gebiet Bestimmungen gibt, die sich als Ausdruck einer (jedenfalls begrenzten) Anerkennung des Rechts auf freies Geleit verstehen lassen. Hierzu kann man § 62 Abs. 1 Nr. 3, § 70 IRG, § 53 Abs. 1 des österreichischen Auslieferungs-und Rechtshilfegesetzes (ARHG) vom 4. Dezember 1979 (bei Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl. IV O 5, S. 26) und Art. 69 Abs. 3 des schweizerischen Rechtshilfegesetzes (IRSG) vom 20. März 1981 (bei Grützner/Pötz aaO IV S 16, S. 1) zählen, deren Zweck es ist, bei der Überstellung eines Zeugen vom In- ins Ausland oder bei seiner Ladung zu einer Vernehmung im Ausland zu gewährleisten, daß er im Ausland nicht wegen einer früheren Tat verfolgt wird.

Freies Geleit für Zeugen gewähren Artikel 29 des deutsch-belgischen Vertrags über die Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen vom 17. Januar 1958 (bei Grützner/Pötz aaO II B 10, S. 15), Artikel 7 Abs. 1 und 3 des deutsch-jugoslawischen Vertrags über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 1. Oktober 1971 (bei Grützner/Pötz aaO II J 10, S. 35) und Artikel 41 Abs. 1 des deutsch-portugiesischen Vertrags über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen vom 15. Juni 1964 (bei Grützner/Pötz aaO II P 16, S. 5). Das gleiche gilt für Artikel 12 Abs. 1 und 3 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen (EuRhÜbk) vom 20. April 1959 (bei Grützner/Pötz aaO III 2, S. 21), das am 1. August 1985 in insgesamt 18 Staaten in Kraft getreten war (Grützner/Pötz aaO III 2, S. 2).

cc) Diese Beispiele ergeben aber keine Grundlage für die Annahme, sie seien möglicherweise Ausdruck einer bereits allgemeinen Regel des Völkerrechts im oben umschriebenen Sinne, die von der überwiegenden Mehrheit der Staaten anerkannt werde.

So gehen ersichtlich die Bundesregierung und die Landesregierungen davon aus, daß es in der Bundesrepublik Deutschland kein Recht auf freies Geleit für Zeugen gibt, das ohne weiteres mit ihrer Ladung im Ausland verbunden wäre. Demgemäß heißt es in Nr. 116 Abs. 4 der Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in Strafsachen (RiVASt) vom 18. September 1984, bestehe nach völkerrechtlichen Übereinkünften freies Geleit oder sei nach § 295 StPO sicheres Geleit erteilt, so sei der Zustellungsadressat hierauf hinzuweisen. Dieses Verständnis der bezeichneten Verwaltungsvorschrift steht im Einklang mit dem Inhalt eines Schreibens des Bundesministers der Justiz vom 13. März 1985 an den Hessischen Minister der Justiz (9352 E - 999/84), das den Rechtshilfeverkehr in Strafsachen mit Bolivien betrifft. In dem Schreiben wird zum Ausdruck gebracht: Im Verhältnis zu Bolivien finde das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen keine Anwendung. Die Gewährung freien Geleits könne demzufolge nicht auf dieses Übereinkommen gestützt werden. Bei dem freien Geleit handele es sich nach Auffassung der Bundesregierung auch nicht um eine allgemeine Regel des Völkerrechts. Freies Geleit könne daher nur von dem Gericht gewährt werden, bei dem ein Strafverfahren gegen die als Zeuge zu ladende Person anhängig sei.

Auch der deutsche sowie ausländische Gesetzgeber haben zum Ausdruck gebracht, daß sie freies Geleit für Zeugen nicht schon auf Grund allgemeinen Völkerrechts für gegeben halten. Sie sind deshalb bestrebt, es durch innerstaatliche Rechtsvorschriften über den Rechtshilfeverkehr in Strafsachen durchzusetzen, und zwar durch Rechtsvorschriften, die gerade beim Fehlen besonderer völkerrechtlicher Vereinbarungen eingreifen (vgl. § 1 Abs. 3 IRG, § 1 österr. AHRG, Art. 1 schw.IRSG). § 62 Abs. 1 Nr. 3 und § 70 IRG lassen die vorübergehende Überstellung eines Inhaftierten als Zeugen in das Ausland nur zu, wenn "gewährleistet" ist, daß er während der Zeit seiner Überstellung nicht bestraft, einer sonstigen Sanktion unterworfen oder durch Maßnahmen, die nicht auch in seiner Abwesenheit getroffen werden können, verfolgt werden wird und daß er im Fall seiner Freilassung den ersuchenden Staat verlassen darf. Hier geht der Gesetzgeber also ersichtlich davon aus, daß sich dies - nach allgemeinem Völkerrecht - nicht von selbst versteht. Eine besondere Art der Gewährleistung ist zwar nicht vorgeschrieben. Nach Walter (in Vogler/Walter/Wilkitzki IRG- Kommentar § 62 Rdn. 23) können auch völkerrechtliche Grundsätze ausreichen, auf deren Einhaltung durch den ersuchenden Staat zu vertrauen ist. Als solcher - etwa allgemein geltender - Grundsatz wird ein völkerrechtliches Recht auf freies Geleit dort aber nicht genannt. Die vom Gesetz verlangte Gewährleistung wird vielmehr in erster Linie in allgemein bindenden Vereinbarungen, in Zusagen im Einzelfall oder im nationalen Recht des ersuchenden Staates gefunden (Walter aaO Rdn. 23, auch vor § 59 Rdn. 13; vgl. ferner Mettgenberg/Doerner DAG 2. Aufl. § 6 Anm. 68, S. 327, § 43 Anm. 122, S. 491).

Ähnliche Vorschriften, welche gerade nicht von der Existenz eines allgemein geltenden völkerrechtlichen Rechts auf freies Geleit ausgehen, gibt es im österreichischen und im schweizerischen Recht. Nach § 53 Abs. 1 österr.ARHG darf einer im Inland befindlichen Person eine Aufforderung, vor einer ausländischen Behörde zu erscheinen, nur zugestellt werden, wenn "gewährleistet" ist, daß sie wegen einer vor ihrer Ausreise in Österreich begangenen Handlung nicht verfolgt, bestraft oder in ihrer persönlichen Freiheit beschränkt werden wird. In der Schweiz kann die Zustellung einer Vorladung an die Bedingung geknüpft werden, daß dem Empfänger für angemessene Zeit freies Geleit zugesichert und er an der freien Ausreise aus dem Hoheitsgebiet des

ersuchenden Staats nicht gehindert wird. Auf Verlangen des Empfängers holt die zustellende Behörde eine entsprechende schriftliche Zusicherung des ersuchenden Staates ein, bevor sie den Zustellungsnachweis übermittelt (Art. 69 Abs. 3 IRSG). In Italien ist die Gewährung freien Geleits verboten, soweit nicht besondere Vorschriften eingreifen (Art. 355 ital.StPO).

In der Völkerrechtslehre ist der von der Revision behauptete allgemeine Völkerrechtsgrundsatz als solcher ersichtlich nicht anerkannt. Es gibt nur vereinzelte Stimmen, die im behaupteten gegenteiligen Sinne verstanden werden können. Sie sind aber zum Teil nicht eindeutig, zum Teil nicht näher belegt und finden im übrigen Schrifttum keine Stütze. So heißt es bei Grützner (in Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts 2. Aufl. Bd. 3 S. 52): Es entspreche "einem internationalen Grundsatz", daß ein Zeuge oder Sachverständiger, der auf Vorladung vor einem ausländischen Gericht erscheine, ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit weder wegen Täterschaft, Teilnahme, Hehlerei oder Begünstigung bei der den Gegenstand des ausländischen Strafverfahrens bildenden Straftat oder einer anderen vor seiner Ausreise begangenen Straftat verfolgt oder bestraft werde. Er dürfe auch nicht aus einem sonstigen vor seiner Ausreise eingetretenen Rechtsgrund in seiner persönlichen Freiheit beschränkt werden. Es ist zweifelhaft, ob Grützner unter einem "internationalen Grundsatz" eine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Artikels 25 GG versteht. Er verweist zur Begründung seiner Auffassung lediglich auf Artikel 12 EuRhÜbk. Linke, der das Problem des freien Geleits aus österreichischer Sicht untersucht (Österreichische Hefte für die Praxis des internationalen und ausländischen Rechts 1959, 133), sagt in seinem von der Revision herangezogenen Beitrag: Auch dann, wenn zwischenstaatliche Vereinbarungen hierüber nicht bestünden, könne das freie Geleit ohne ausdrückliche Zustimmung des ersuchenden Staats als gewährleistet angesehen werden, da es sich bei der Gewährung des freien Geleits an Zeugen und Sachverständige, die in einer Strafsache aus dem Ausland vorgeladen würden, um einen zwischenstaatlich allgemein anerkannten Grundsatz handele (aaO S. 134). Eine nähere Begründung hierfür gibt er jedoch nicht, auch nicht in einem späteren Beitrag (EuGRZ 1980, 155), in dem er über neuere Fälle berichtet, in denen je eine deutsche, französische und schweizerische Strafverfolgungsbehörde Personen verhaftet hatte, die aus dem Ausland auf Grund einer Vorladung als Zeugen erschienen waren (vgl. aaO S. 156 unter II 3). Stödter (in Strupp/Schlochauer aaO Bd. 1 S. 640) vertritt die Ansicht, ein Rechtsanspruch auf Einräumung freien Geleits bestehe kraft allgemeinen Völkerrechts regelmäßig nicht, doch könne sie vertraglich vereinbart oder üblich sein, insbesondere im diplomatischen Verkehr. Seine Ausführungen beziehen sich nicht nur auf Zeugen als Begünstigte des freien Geleits.

In den Lehrbüchern des Völkerrechts von Berber, Dahm, Guggenheim, Verdross und Verdross/Simma finden sich keine Belege dafür, daß eine allgemeine Regel des Völkerrechts mit dem von der Revision behaupteten Inhalt existiere (vgl. Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bände I bis III, Stuttgart 1958 und 1961; Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, Bände I bis II, Basel 1948 und 1951; Verdross, Völkerrecht 3. Aufl. Berlin 1981). Vielmehr sprechen Hinweise darauf, daß das Auslieferungsrecht - wie die übrige internationale Rechtshilfe - auf Vertragsrecht beruhe und trotz zahlreicher Verträge nicht zur Entstehung eines allgemeinen Gewohnheitsrechtssatzes geführt habe für das Gegenteil (vgl. Berber aaO Bd. I S. 60f.; Dahm aaO Bd. I S. 275, 279; Verdross/Simma aaO S. 598); denn auch die Regelung des freien Geleits gehört - wie das Auslieferungsrecht - sachlich zum nationalen und internationalen Rechtshilferecht.

dd) Vor diesem Hintergrund begründet auch das von der Verteidigung vorgelegte Kurzgutachten des Professors Dr. Stein (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg) vom 19. Januar 1988 im dargelegten Sinn

keine "ernstzunehmenden" Zweifel (BVerfGE 23, 288f., 319) an der vom Senat vertretenen Rechtsauffassung zum freien Geleit. Prof. Dr. Stein selbst kommt nicht zu dem Ergebnis, daß es die von der Revision behauptete allgemeine Regel des Völkerrechts gebe (Gutachten S. 12). Er weist zwar insbesondere darauf hin, daß das freie Geleit außer in Art. 12 EuRhÜbk in weiteren mehrseitigen oder bilateralen Rechtshilfeverträgen anerkannt sei, so in Art. 35 des BENELUX-Abkommens über die Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen vom 27. Juni 1962 (UNTS Bd. 616, S. 79ff.), in Art. 19 der Rechtshilfekonvention der Commune Africaine et Malgache vom 12. September 1961 (abgedruckt bei L. Sohn, Basic Documents of African regional Organizations, Bd. 2 S. 616) und in Rechtshilfeübereinkommen osteuropäischer Staaten (vgl. Schultze-Willebrand, Die Rechtshilfe in Strafsachen in und mit Osteuropa, Studien des Instituts für Ostrecht München, 1982, S. 206f.). Er legt aber auch Gesichtspunkte dar, welche der Annahme des von der Revision behaupteten völkerrechtlichen Grundsatzes vor dem Hintergrund der Feststellungen und Erwägungen des Senats (s. o. II 2 b cc) praktisch den Boden entziehen. So führt er unter anderem aus: Eine signifikante Staatenpraxis, derzufolge ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung aus dem Ausland vorgeladenen Zeugen freies Geleit ohne ausdrückliche Zusicherung gewährt worden sei, sei ohne intensivere Nachforschungen nicht nachweisbar (Gutachten S. 3), ihm also nicht bekannt. Das Vorhandensein zahlreicher Verträge mit gleichlautenden Regeln sei allein noch kein Nachweis für die Existenz auch eines entsprechenden Gewohnheitsrechtssatzes. Gerade bilaterale Verträge könnten Ausdruck der Haltung sein, eben nur vertraglich gebunden sein zu wollen (aaO S. 9). Das freie Geleit habe auf dem amerikanischen Kontinent (in Nord- und Südamerika) keine vergleichbare vertragsrechtliche Tradition (wie in Europa), weil Zeugen nicht aus dem Ausland vorgeladen, sondern auf Grund von "letters rogatory" vom beauftragten Richter im Ausland vernommen würden (aaO S. 10f.). Soweit Fälle vorgekommen seien, schließe die von ihm dargelegte Entwicklung (auf dem amerikanischen Kontinent) "natürlich nicht von vornherein die Ansicht aus, daß Grundlage freien Geleits doch zumeist die entsprechende Zusicherung" gewesen sei, sei es generell durch Vertrag, sei es im Einzelfall (aaO S. 12).

3. Der Senat folgt nicht dem Hilfsvorbringen der Revision, das Landgericht sei verpflichtet gewesen, gegen den ablehnenden Bescheid der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht München I Gegenvorstellungen zu erheben, um eine dem Angeklagten günstigere Entscheidung der Staatsanwaltschaft oder ihrer vorgesetzten Behörde zu erreichen.

a) Die Pflicht des Gerichts, die Wahrheit durch Vernehmung von Tatzeugen in der Hauptverhandlung zu erforschen, wird in vielfacher Hinsicht begrenzt (vgl. BGHSt 29, 109, 111; 32, 115, 123f.). So sieht es das Gesetz ausdrücklich vor, daß unter bestimmten Voraussetzungen richterliche Vernehmungsniederschriften, Niederschriften über eine andere Vernehmung oder Urkunden verlesen werden dürfen, die eine von dem Zeugen stammende schriftliche Erklärung enthalten (§ 251 Abs. 1 und 2 StPO). Das gilt auch bei Unerreichbarkeit des Zeugen. Daß sie auf der Weigerung einer Behörde beruht, macht grundsätzlich keinen Unterschied. Dies ist in der Rechtsprechung anerkannt für den Fall, daß eine Verwaltungsbehörde einen Zeugen aus berechtigten Gründen "sperrt" (BGHSt 29, 109, 111; 32, 115, 126f.). Nichts anderes kann gelten, wenn - so wie hier - eine am Strafverfahren nicht beteiligte Staatsanwaltschaft in ihrer Funktion als Vollstreckungsbehörde das Erscheinen eines Zeugen in der Hauptverhandlung dadurch verhindert, daß sie für den Fall seiner Einreise aus dem Ausland mit der Vollstreckung einer gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe droht.

b) Allerdings kann es die Aufklärungspflicht dem Tatrichter im Einzelfall gebieten, bei einer nicht oder nicht verständlich begründeten Weigerung von der Vollstreckungsbehörde eine Überprüfung zu verlangen (vgl. BGHSt 32, 115, 126). Ein solcher Schritt

war hier aber nicht erforderlich. Eine Änderung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht München I war nach Lage des Falles nicht zu erwarten. ...“[186]

Die Nichtbeantwortung eines an Belgien gerichteten Rechtshilfeersuchens kann die Annahme der Unerreichbarkeit des Beweismittels rechtfertigen:

„ … Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Zeuge dann unerreichbar, wenn der Tatrichter unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit als Beweismittel herangezogen werden kann (BGHSt 22, 118, 120; 32, 68, 73; BGH NStZ 1984, 375, 376; 1985, 375 m.w.Nachw.). Für die Beurteilung, ob der Zeuge, dessen Erscheinen nicht erzwungen werden kann, unerreichbar war, kommt es dann nicht nur darauf an, ob er die Ladung erhalten hat. Auch andere Umstände können Bedeutung gewinnen - so insbesondere seine Bereitschaft, in der Hauptverhandlung zu erscheinen und auszusagen (vgl. hierzu BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 9, 11, 12; Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 79, 80). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist in der den Beweisantrag ablehnenden Entscheidung darzulegen (vgl. Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 275). Das ist hier bei der Entscheidung über den Hilfsbeweisantrag in den Urteilsgründen nicht in vollständiger Weise geschehen. Dadurch wird der Bestand des Urteils jedoch nicht gefährdet. Denn die im Urteil gegebene Begründung rechtfertigt bei Berücksichtigung der übrigen Urteilsgründe und des im Protokoll in Bezug genommenen Aktenvermerks (zur Zulässigkeit vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 1; Alsberg/Nüse/ Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 901) unter den gegebenen Umständen die Annahme, daß der Zeuge tatsächlich als unerreichbares Beweismittel behandelt werden durfte.

Denn das Landgericht hatte den Zeugen im Rechtshilfeweg in Belgien zu laden versucht und nach sechs Wochen noch keine Antwort erhalten. Die Nachforschungen hatten ergeben, daß der Zeuge nicht aussagewillig war. Die zum gleichen Beweisthema benannten weiteren Zeugen aus dem gleichen Umfeld hatten sich trotz ordnungsgemäßer Ladung in Belgien geweigert, zu erscheinen und auszusagen. Bei dieser Sachlage ist die dem Tatrichter obliegende und von ihm vorgenommene Würdigung, in angemessener Zeit sei der Zeuge selbst bei erneutem Ladungsversuch nicht beizubringen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. ...“[187]

Zeugen sind unerreichbar, wenn ausländische - hier russische - Strafverfolgungsbehörden durch deutsche Rechtshilfeersuchen und deren Ausführung in die Lage versetzt würden, eigene Strafverfahren wegen Straftaten einzuleiten, die dort mit der Todesstrafe bedroht sind.[188]

Interessant, aber auch bedenklich sind die Ausführungen des BGH zu einem in die Türkei abgeschobenen Zeugen, weil solche und vergleichbare Fälle nicht gerade selten sind und der Verdacht besteht, dass die deutsche Exekutive Entlastungszeugen gerne abschiebt bzw. abschieben lässt, um deren Aussagen in einer Hauptverhandlung zu verhindern:

„ … Dabei kann offenbleiben, ob die Rüge hinlänglich ausgeführt ist (§ 344 Abs. 2

186 BGH, Urteil vom 24.02.1988 - 3 StR 476/87
187 BGH, Urteil vom 04.08.1992 - 1 StR 246/92
188 BGH, Beschluss vom 07.07.1999 - 1 StR 311/99

> Satz 2 StPO) und ob das Landgericht zu Recht davon ausgegangen ist, es handele sich nicht um einen Beweis-, sondern einen Beweisermittlungsantrag (vgl. dazu BGHSt 40, 3, 6 m. Anm. Widmaier NStZ 1994, 248 f.; BGH NStZ 1995, 246), denn der Zeuge war unerreichbar (§ 244 Abs. 3 StPO). Dies ist dann der Fall, wenn der Tatrichter unter Beachtung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, daß dieser in absehbarer Zeit als Beweismittel herangezogen werden kann (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 1 und 13). Der die Beweiserhebung ablehnende Beschluß belegt ausreichend, daß die Jugendkammer die erforderlichen Nachforschungen angestellt hat und weitere Ermittlungen wegen der offensichtlichen Aussichtslosigkeit unterließ. Nach den fehlerfreien Feststellungen des Landgerichts war der von der Verteidigung benannte Zeuge "E." bereits in die Türkei abgeschoben worden, sein nunmehriger Aufenthalt konnte mit einem 'angemessenen Aufwand' nicht ermittelt werden. Daß sich der Jugendkammer weitere erfolgversprechende Nachforschungen aufdrängen mußten, ist weder ausreichend dargetan noch sonst ersichtlich. ..."[189]

Bemerkenswert bedenklich ist eine Entscheidung des BGH, die einen in Kolumbien aufenthältlichen Zeugen und das „Freibeweisverfahren" vor dem Revisionsgericht betrifft:

> „ … Ein im Ausland lebender Zeuge ist unerreichbar, wenn seine Vernehmung in absehbarer Zeit an nicht zu beseitigenden Hindernissen scheitert. Bei der Beurteilung der Frage, welche Bemühungen das Gericht zur Beseitigung auftretender Hindernisse unternehmen muß, sind die Bedeutung der Sache und die Wichtigkeit der Zeugenaussage einerseits sowie das Interesse an einer reibungslosen und beschleunigten Durchführung des Verfahrens andererseits gegeneinander abzuwägen. Dabei dürfen die Gesamtumstände, die dem Erscheinen und der Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung entgegenstehen, in die Abwägung einbezogen werden (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 9). Kommt das Gericht nach gewissenhafter Prüfung der maßgeblichen Umstände zu der Überzeugung, daß der Zeuge einer Vorladung zur Hauptverhandlung keine Folge leisten werde, so ist es nicht verpflichtet, vor der Ablehnung eines Beweisantrags den aussichts- und zwecklosen Versuch einer Ladung zu unternehmen.
>
> Wie gewichtig die Möglichkeit weiterer Beweiserhebung bei dieser Abwägung ist, bestimmt sich auch nach der Sach- und Beweislage sowie dem abschätzbaren Wert des Beweismittels unter Berücksichtigung des bisherigen Beweisergebnisses (BGHR StPO § 251 Abs. 2 Unerreichbarkeit 3).
>
> Es kann offenbleiben, ob die Tatsache, daß der Erfolg einer Ladung eines Zeugen in Kolumbien zweifelhaft ist und die Erledigung eines Ladungsersuchens sehr lange dauert, in Anwendung der genannten Grundsätze im vorliegenden Falle bereits die Ablehnung des Beweisantrages durch das Gericht rechtfertigte. Der Zeuge war jedenfalls deshalb unerreichbar, weil er nicht gewillt war, vor einem deutschen Gericht zu erscheinen und auszusagen.
>
> Die Strafkammer ist aufgrund ihrer Erfahrungen aus anderen Verfahren und im Hinblick darauf, daß der Zeuge sich bei der Bestätigung der Beweisbehauptung selbst der Strafverfolgung aussetzen würde, zu der Überzeugung gelangt, daß er einer Ladung keine Folge leisten würde. Sie hat allerdings davon abgesehen, den Zeugen über Interpol zu seiner Bereitschaft, vor einem deutschen Gericht auszusagen, befra-

189 BGH, Urteil vom 16.12.1998 - 2 StR 425/98; BGH, Urteil vom 15.12.1992 - 1 StR 617/92 zu einem aus der Haft nach Österreich entlassenen und deswegen unerreichbaren Zeugen

gen zu lassen.

Ob es damit seine Prüfungspflicht im oben genannten Sinne nur unvollständig erfüllt hat, kann offenbleiben, denn eine Anfrage bei Interpol hätte zu keinem anderen Ergebnis geführt. Der Senat hat bei der Überprüfung der Verfahrensrüge im Wege des Freibeweisverfahrens festgestellt, daß der von der Verteidigung benannte Zeuge R. L. nicht bereit ist, vor Gericht zu erscheinen. Er gab an, den Angeklagten nicht zu kennen und nichts zu wissen.

Die im Freibeweisverfahren erlangten Erkenntnisse waren bei der Entscheidung des Senats zu berücksichtigen. Der von der Verteidigung dagegen angeführte Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 22. Juni 1989 - 1 StR 231/89 (BGHR StPO § 52 III 1 Verletzung 3) betrifft ein wesentlich anderes Prozeßgeschehen. Die in jenem Beschluß geäußerte Ansicht, Erklärungen eines Zeugen, die einer Verfahrensrüge nachträglich die Grundlage entziehen, dürften vom Revisionsgericht nicht berücksichtigt werden, waren im übrigen für die Entscheidung nicht tragend.

Der Verteidiger des Angeklagten hat in der Verhandlung vor dem Senat am 3. März 1993 allerdings nunmehr vorgetragen, der von ihm im Beweisantrag vom 20. Januar 1992 benannte Zeuge heiße nicht R. L., sondern R. La.. Dieser werde zu der Frage seines möglichen Erscheinens in Deutschland als Zeuge unter Zusicherung freien Geleits noch Stellung nehmen.

Dieser neue Vortrag vermag der Revision ebenfalls nicht zum Erfolg zu verhelfen. Ist R. La. mit R. L. identisch, dann ändert das an dem Ergebnis des Freibeweisverfahrens nichts.

Handelt es sich um verschiedene Personen, dann war R. La. vom Angeklagten nicht als Zeuge benannt worden und die Ablehnung des Beweisantrags betraf diesen Zeugen nicht. ...“[190]

Unerreichbarkeit beim Urkundsbeweis und beim Augenschein

Urkunden und Objekte Augenscheins unter bestimmten Voraussetzungen unerreichbare Beweismittel sein.[191] In der Praxis kommen solche Fälle eher selten vor, weshalb nähere Ausführungen dazu nicht geboten sind.

Unerreichbarkeit und Beschlussgründe

Dazu:

„ … Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts ist die Ablehnung des Beweisantrages auch nicht etwa deshalb als fehlerhaft anzusehen, weil die Begründung für die Unerreichbarkeit des Beweismittels unzureichend wäre. Die Strafkammer war nicht verpflichtet, die Bemühungen der Polizei in dem Beschluß im einzelnen darzulegen. Eine derartige Verpflichtung läßt sich aus dem zitierten Beschluß des Senats vom 28. Oktober 1986 (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2/Unerreichbarkeit 1) nicht herleiten. Dort ist lediglich ausgesprochen, daß die Voraussetzungen für die Annahme der Unerreichbarkeit in dem ablehnenden Beschluß darzulegen seien. Das bedeutet, wie sich aus dem beigefügten Zitat (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 275) ergibt, daß das Gericht die Tatsachen anzuführen hat, aus denen es die Unerreichbarkeit herleitet. Inwieweit in diesem Zusammenhang eigene Bemühungen zu schildern sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Eine generelle Verpflichtung zur

190 BGH, Urteil vom 03.03.1993 - 2 StR 328/92

191 siehe dazu u.a. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 5. Aufl., Rz. 226 ff

Darstellung polizeilicher Maßnahmen, wie sie die Bundesanwaltschaft fordert, ist damit nicht verbunden; sie wäre in Fällen wie dem vorliegenden auch unerfüllbar.

Aus dem Ablehnungsbeschluß läßt sich schließlich mit hinreichender Sicherheit entnehmen, daß die Strafkammer alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Anstrengungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht bestand, daß der Zeuge in absehbarer Zeit als Beweismittel herangezogen werden konnte (vgl. dazu BGH aaO m.w.N.). Der Zeuge war, wie die Strafkammer wußte, flüchtig, hielt sich in Spanien auf und war von drei Stellen zur Festnahme ausgeschrieben. Die internationale Fahndung lief. Über ihren Stand ließ sich die Kammer bis zum letzten Tag der Beweisaufnahme laufend durch den zuständigen Kriminalbeamten - der auch das Fernschreiben vom 12. Juni 1987 unterzeichnet hat - unterrichten. Die Akten enthalten keine Anhaltspunkte dafür, daß dem Tatgericht Erkenntnisquellen zur Verfügung standen, die nicht bereits für die Fahndung nach einem flüchtigen Straftäter nutzbar gemacht worden wären. Die Vernehmung des Zeugen durch das Tatgericht war für die Wahrheitsfindung auch nicht von so ausschlaggebender Bedeutung, daß außergewöhnliche Anstrengungen zu ihrer Ermöglichung hätten entfaltet werden müssen. Der Zeuge hatte bei der Polizei, der Staatsanwaltschaft und vor dem Ermittlungsrichter eine konstante Darstellung gegeben. Seine Aussagen ließen sich durch Vernehmung der Verhörspersonen und Verlesung der richterlichen Vernehmungsniederschrift in die Hauptverhandlung einführen. Das ist, ohne daß die Verteidigung dagegen Einwendungen erhoben hätte, geschehen. Mit dem abgelehnten Beweisantrag wird der Inhalt der so eingeführten Aussagen nicht in Zweifel gezogen. Aus ihm ergibt sich sogar, daß der Zeuge bei seiner Vernehmung in der ersten - ausgesetzten - Hauptverhandlung in dieser Sache seine den Angeklagten im Sinne der Feststellungen belastende Darstellung nicht etwa widerrufen hat. Die Vernehmung des Zeugen sollte vielmehr den Beweis erbringen, daß seine bisherigen Bekundungen falsch waren.

Es liegt auf der Hand, daß bei dieser Sachlage die Bedeutung einer Vernehmung in der Hauptverhandlung erheblich geringer war als diejenige eines bisher nicht vernommenen unmittelbaren Tatzeugen, die bisher unbekannte Erkenntnisse vermitteln konnte. Die Kammer kannte den Inhalt der bisherigen Darstellung, sie hatte Gelegenheit, den Wahrheitsgehalt im einzelnen zu überprüfen, und hat das - wie die eingehende Beweiswürdigung in dem angefochtenen Urteil zeigt - auch getan. Von der Verteidigung war nichts dafür vorgetragen, daß der Zeuge seine bisherige Aussage widerrufen würde. Ein etwaiger Widerruf wäre im übrigen unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses frei zu würdigen gewesen.

Eine erneute Aussetzung der Hauptverhandlung bis zur Ergreifung des Zeugen H kam unter diesen Umständen nicht in Betracht. Abgesehen davon, daß völlig ungewiß war, ob der Zeuge in absehbarer Zeit für eine Vernehmung zur Verfügung stehen würde, mußte die Strafkammer auch das Gebot der reibungslosen und zügigen Durchführung der Hauptverhandlung berücksichtigen und gegen die Pflicht zur Wahrheitsfindung abwägen (vgl. dazu BGHSt 32, 68, 73; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 262 sowie Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 79, jeweils m.w.N.). Die Hauptverhandlung war bereits einmal wegen Beweisbehauptungen des Angeklagten, die sich später nicht bestätigten, unterbrochen und danach neu begonnen worden. Der Angeklagte war im Zeitpunkt des Beweisantrages nach über 15monatiger Untersuchungshaft geflohen und hielt sich verborgen. Es war nicht abzusehen, wann eine neue Hauptverhandlung gegen ihn begonnen werden konnte und ob dann der Zeuge H zur Verfügung stehen würde. ...“[192]

192 BGH, Urteil vom 12.04.1988 - 1 StR 62/88; ergänzend dazu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 66a zu § 244 m.w.N.

Wahrunterstellung - § 244 III 3 Nr. 6 StPO

Entlastende und erhebliche Beweistatsachen können so behandelt werden, als seien sie wahr. In einem solchen Fall muss eine Beweiserhebung zu dieser als wahr unterstellten Tatsache nicht durchgeführt werden.[193] Das hört sich sehr klar und einfach an.[194] Leider ist es das nicht, weil die Tatrichterschaft diesen Ablehnungsgrund leider ebenfalls all zu oft und gerne nutzt, um die Verteidigung in der Hauptverhandlung schlecht aussehen zu lassen und einer ggf. sogar umfangreichen Beweisaufnahme zu entgehen. Nicht selten kommt es deshalb vor, dass als wahr unterstellte Entlastungsbeweistatsachen in den schriftlichen Urteilsgründen und im Rahmen der Beweiswürdigung nicht als solche behandelt werden.[195] Die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung widersprechen der Wahrunterstellung, was nicht zulässig ist.[196]

Die Bedenklichkeit der Art und Weise der Ablehnung von Beweisanträgen aufgrund einer Wahrunterstellung zeigt vorab eine aktuellere Entscheidung aus dem Bundesland Bayern in einem politisch motivierten Verfahren. Es handelt sich um eine bundesweite Steilvorlage für den weiteren - strafprozessualen - Umgang mit Klimaprotesten. Mit Hilfe konstruierter Wahrunterstellungen soll einer umfassenden Sachaufklärung aus dem Weg gegangen und eine Verlagerung in den Bereich der Strafzumessung bewerkstelligt werden. Solche Konstruktionen ohne jegliche Befassung mit der maßgeblichen Rechtsprechung und Literatur sind mehr als befremdlich.

> „ … Mit der formellen Rüge macht er geltend, das Amtsgericht habe gegen § 244 Abs. 3 Nr. 6 StPO verstoßen, weil ein von der Verteidigung in der Hauptverhandlung gestellter Beweisantrag im Wege der Wahrunterstellung zurückgewiesen worden sei (Anmerkung des Verf.: erfolglos - der Inhalt des Beweisantrages wird nicht mitgeteilt). Das Gericht habe aber die Zusage der Wahrunterstellung im Urteil nicht eingehalten (RevBegr. S. 1ff). … Die Generalstaatsanwaltschaft München hat zum Revisionsvorbringen in ihrer Zuschrift vom 20. Februar 2023 detailliert Stellung genommen. Sie hält die Revision zwar für zulässig, aber für unbegründet. Ein Verstoß gegen § 244 Abs. 3 Nr. 6 StPO liege nicht vor, da die Urteilsfeststellungen der Wahrunterstellung nicht widersprächen (Zuschrift S. 3). … Die Verteidigung hat zur Zuschrift der Generalstaatsanwaltschaft Stellung genommen (Schriftsatz vom 9. März 2023) und ausgeführt, sie sehe weiterhin einen Widerspruch zwischen der als wahr unterstellten Tatsache und der impliziten Feststellung des Gerichts, die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland sei nicht gefährdet. Aus der medialen Kommunikation und den Zeitungsartikeln ergebe sich, dass die Klimakrise als übergeordnetes Thema des Protests des Angeklagten am Tattag in der 'Öffentlichkeit angekommen' sei. Die Tat sei wegen der Dringlichkeit der Klimakrise nach § 34 StGB gerechtfertigt. ...
>
> II. Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revision hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO). Zur Begründung wird auf die zutreffende Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft München in ihrer Antragsschrift vom 20. Februar 2023 Bezug genommen. Ergänzend bemerkt der Se-

193 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 67 ff zu § 244 zur Einführung

194 BGH, Urteil vom 04. 03.2004 - 3 StR 218/03: Freisprüche oder unangemessene Begünstigungen von Angeklagten durch Wahrunterstellungen sollen im Fall gesperrter Beweise vermieden werden!

195 Aktueller Fall: BGH, Beschluss vom 04.02.2020 - 3 StR 313/19

196 so schon: BGH, Urteil vom 18.04.1952 - 1 StR 845/51; BGH, Urteil vom 22.10.1993 - 2 StR 466/93 zum Umfang der Revisionsbegründung bei der Rüge des Abrückens von einer behaupteten Wahrunterstellung

nat:

1) Die formelle Rüge des Angeklagten, das Amtsgericht habe gegen § 244 Abs. 3 Nr. 6 StPO verstoßen, ist unbegründet, weil das Amtsgericht die Zusage der Wahrunterstellung in vollem Umfang eingehalten hat.

a) Die Revision argumentiert in diesem Zusammenhang zusammengefasst, im Urteil werde die als wahr unterstellte Tatsache 'implizit als nicht gegeben angenommen'. Das Amtsgericht habe bereits deshalb die zugesagte Wahrunterstellung nicht eingehalten, weil es im Urteil unberücksichtigt gelassen habe, 'dass die globale Erwärmung eine gegenwärtige Gefahr für die menschliche Zivilisation' darstelle, 'gegen die der Staat zu wenig' unternehme. Implizit habe das Amtsgericht diese Gefahr auch deshalb negiert und damit gegen die zugesagte Wahrunterstellung verstoßen, weil es ausgeführt habe, die Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz (GG) hätten unzweifelhaft nicht vorgelegen und ziviler Ungehorsam zur Beeinflussung der politischen Meinungsbildung sei daher nicht angemessen gewesen (RevBegr. S. 5).

b) Diese Ausführungen der Revision decken keinen Rechtsfehler zulasten des Angeklagten auf. Zusätzlich zu den Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Zuschrift vom 20. Februar 2023 (dort S. 2ff) ist ergänzend auszuführen:

i) Das Amtsgericht hat die zugesagte Wahrunterstellung der unter Beweis gestellten Tatsachen entgegen der Ansicht der Revision im Urteil berücksichtigt. So führt das Amtsgericht im Rahmen seiner **Überlegungen zur Strafzumessung** aus, dass die verfolgten Fernziele des Angeklagten im Rahmen der Ahndungsfindung positiv zu berücksichtigen waren. Ihm sei es darum gegangen, mediales Interesse für sein nachvollziehbares und dringendes Anliegen, nämlich unverzügliche Einleitung nachhaltiger Schritte zur Bekämpfung der Lebensmittelverschwendung und Kampf gegen den Klimawandel, zu erregen (UA S. 13). **Aus diesen detaillierten Erwägungen des Amtsgerichts ergibt sich, dass die wahr unterstellten Tatsachen im Urteil Berücksichtigung fanden.**

ii) Die Revision trägt weiter vor, das Amtsgericht habe die als wahr unterstellten Tatsachen nicht im Rahmen der Prüfung des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB und des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG geprüft. Soweit dieser Vortrag so zu verstehen sein sollte, hieraus ergebe sich, dass das Amtsgericht von der zugesagten Wahrunterstellung abgewichen sei (RevBegr. S. 5), deckt dies keinen Rechtsfehler auf:

(1) Das Amtsgericht hat dazu im Urteil sinngemäß ausgeführt, eine Rechtfertigung der Tat nach § 34 StGB sei nicht gegeben. Es fehle an der Angemessenheit der vermeintlichen Notstandshandlung. Die Angemessenheit entfiele, wenn die Rechtsordnung für die Abwendung bestimmter Gefahren ein rechtlich geordnetes Verfahren vorsehe. In der Bundesrepublik hätten die Bürger zahlreiche legale Möglichkeiten zur Geltendmachung abweichender politischer Standpunkte. Deshalb seien Verkehrsblockaden gegen politische Maßnahmen und Entscheidungen nur unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 4 GG zulässig. Dessen Voraussetzung lägen aber 'unzweifelhaft' nicht vor (UA S. 10).

(2) Das Amtsgericht hat somit ausgeschlossen, dass die hier gegenständliche Verkehrsblockade ein angemessenes Mittel sei, die Gefahr abzuwenden, weil andere Möglichkeiten der politischen Teilhabe und Willensbildung in der Bundesrepublik bestehen. Im Rahmen der skizzierten Argumentation des Amtsgerichts kommt dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der als wahr unterstellten Tatsachen **keine Bedeutung** zu. Es kann daher aus dem Umstand, dass das Amtsgericht die wahr unterstellten Tatsa-

chen bei der Ablehnung der Anwendbarkeit von § 34 StGB nicht erwähnt, nicht geschlossen werden, das Amtsgericht sei von der zugesagten Wahrunterstellung abgewichen.

(3) Ähnliches gilt im Zusammenhang mit dem Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG. Das Amtsgericht hat dazu ausgeführt, die Voraussetzungen des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 3 GG lägen 'unzweifelhaft' nicht vor. Das grundgesetzlich garantierte Widerstandsrecht ist an mehrere Voraussetzungen geknüpft. **Das Amtsgericht hat offengelassen, welches Tatbestandsmerkmal des Widerstandsrechts es als nicht gegeben angesehen hat. Somit kann auch in diesem Zusammenhang nicht geschlossen werden, das Amtsgericht sei von der zugesagten Wahrunterstellung abgewichen.**

iii) Die als wahr unterstellte Tatsache war **nicht von vornherein bedeutungslos**, sondern geeignet, zu Gunsten des Angeklagten im Rahmen der **Strafzumessung** Bedeutung zu erlangen. Dass die Verteidigung des Angeklagten durch die Wahrunterstellung von weiterem effektiven Verteidigungsvorbringen abgehalten worden wäre, ist nicht ersichtlich. ...“[197]

Nur entlastende Tatsachen können als wahr unterstellt werden. Eine Verwertung zu Lasten von angeklagten Personen scheidet damit aus:

„ … Das Landgericht hat einen Beweisantrag des Angeklagten (zur Habgier) abgelehnt mit der Begründung, es könne als wahr unterstellt werden, daß der Angeklagte 'zum Zeitpunkt der Tat über ein Vermögen von 5.000 DM verfügen konnte'. Bei der Abwägung, warum dem Angeklagten eine Strafrahmenmilderung nach § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu versagen sei, hat das Landgericht diese als wahr unterstellte Tatsache dergestalt zu Lasten des Angeklagten verwertet, daß es ihm vorhielt, er habe sich nicht in einer finanziellen Notlage befunden, denn 'er konnte über einen Betrag von 5.000 DM verfügen'. Als wahr unterstellt werden dürfen nur Tatsachen, die zur Entlastung des Angeklagten dienen sollen (§ 244 Abs. 3 StPO). Gegen diesen Grundsatz wird verstoßen, wenn der Tatrichter - wie hier - eine solche nicht feststehende, sondern nur unterstellte Tatsache zu Lasten des Angeklagten verwertet.

Der Senat kann nicht ausschließen, daß der genannte Strafschärfungsgrund das Urteil zum Nachteil des Angeklagten beeinflußt hat, auch wenn er neben anderen gravierenden Gesichtspunkten, wie den Tatumständen, mehreren Mordmerkmalen und der Tatsache, daß der Angeklagte die Tat alsbald nach Verbüßung einer langjährigen Freiheitsstrafe wegen Mordes begangen hat, nur geringe Bedeutung erlangen konnte. ...“[198]

Die als wahr unterstellten Tatsachen müssen beweiserheblich sein (Vorsicht bei später als unerheblich behandelten Tatsachen!):

„ … Die Zeugin K hatte bei ihrer polizeilichen Vernehmung angegeben, der Angeklagte habe nach dem gemeinsamen Sommerurlaub 1980 während der Abwesenheit ihrer Mutter, die damals in M gewesen sei, versucht, knieend mit ihr, der Zeugin, geschlechtlich zu verkehren. Der Sachverständigen (Diplom-Psychologin) gegenüber

197 Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 21.04.2023 - 205 StRR 63/23 - lesenswert dazu der Artikel in der FAZ vom 30.11.2023 auf der Seite Staat und Recht

198 BGH, Urteil vom 20.12.1994 - 1 StR 710/94, zum Rügerecht der Staatsanwaltschaft: BGH, Urteil vom 11.07.1984 - 2 StR 320/84; scheinbar andes noch BGH, Urteil vom 30.04.1976 - 5 StR 481/75: „Das Landgericht berücksichtigt daher ohne Rechtsverstoß straferschwerend, daß der Angeklagte F 'seine Funktion im öffentlichen Leben Berlins zur Unterstützung der Straftat hergab' ...“

hatte sie diese Bekundung dahin präzisiert, daß dies geschehen sei, als sich ihre Mutter im Sommer 1980 einige Tage zu einem Lehrgang der Lufthansa in M aufgehalten habe. In der Hauptverhandlung hat die Zeugin ausgesagt, sie sei sowohl von dem Polizeibeamten als auch der Sachverständigen mißverstanden worden; der geschilderte Vorfall habe sich vor den Sommerferien 1980 und nicht während der M reise ihrer Mutter ereignet; zu jenem anderen Zeitpunkt sei es zu sonstigen Geschlechtshandlungen durch den Angeklagten gekommen. Der Verteidiger hat in der Hauptverhandlung geltend gemacht, der Angeklagte sei zu dem von der Zeugin behaupteten Versuch eines Geschlechtsverkehrs im Knien nicht in der Lage gewesen, da er sich im Sommerurlaub 1980 in Österreich eine Knieverletzung mit der Folge einer monatelangen Versteifung seines rechten Beines zugezogen habe. **Durch den Verteidiger ist die Vernehmung von zwei Zeugen zum Beweis dafür beantragt worden, daß das rechte Knie des Angeklagten infolge der damals erlittenen Verletzung mindestens doppelt so dick wie das (gesunde) linke Knie gewesen sei, daß er das rechte Knie nicht habe anwinkeln können und die Verletzung bis zu seinem Verlassen der gemeinschaftlichen Wohnung bestanden habe** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Das Landgericht hat den Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, die Behauptung könne so behandelt werden, als sei die behauptete Tatsache wahr.

Zu Recht vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, daß das Landgericht verpflichtet gewesen wäre, ihn vor der Urteilsverkündung darüber zu unterrichten, daß es diese Beweistatsache nicht oder nicht mehr als beweiserheblich ansehe. Stand die Unerheblichkeit des Beweisthemas für das Gericht schon von Anfang an fest, so war die Wahrunterstellung unzulässig, da nach ständiger Rechtsprechung (u.a. BGHSt 1, 51, 53) nur eine beweiserhebliche Tatsachenbehauptung als wahr unterstellt werden darf. Falls die Strafkammer die Unerheblichkeit erst später erkannt haben sollte, gilt hier nicht der von der Rechtsprechung in derartigen Fällen sonst angewendete Grundsatz (BGH GA 1972, 272 f), daß der Tatrichter den Angeklagten über einen solchen Beurteilungswandel nicht zu unterrichten braucht. Auf einen dahingehenden Hinweis darf 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. Der Angeklagte bringt vor, daß er im Falle eines solchen Hinweises beantragt hätte, den Polizeibeamten, der am 22. September 1980 die Zeugin K vernommen hatte, zu der Behauptung zu vernehmen, daß die Zeugin damals unmißverständlich zum Ausdruck gebracht habe, der Vorfall habe zur Zeit der Reise ihrer Mutter nach M stattgefunden, und daß ein Mißverständnis auf Grund der gesamten Vernehmungssituation auszuschließen sei. Ferner führt er aus, zu der Befragung durch die Sachverständige hätte er sich ebenfalls entsprechend eingerichtet. Ein solches Vorgehen drängte sich auf, da die Zeugin sowohl bei der polizeilichen Vernehmung als auch gegenüber der Sachverständigen erklärt hatte, jener Vorfall habe sich nach dem gemeinsamen Sommerurlaub 1980 während der M reise ihrer Mutter ereignet. Unter diesen Umständen hätte die Strafkammer von sich aus im Urteil darauf eingehen müssen, daß die Bekundung, die von der Zeugin hierzu in der Hauptverhandlung gemacht worden ist, nur dann richtig sein konnte, wenn sowohl der Polizeibeamte als auch die Sachverständige und damit zwei in Vernehmung und Exploration besonders geschulte Fachkräfte die Zeugin mißverstanden hätten, und dies zudem gerade bezüglich des am schwersten wiegenden Vorwurfs. Vor allem aber war die Strafkammer zu einer rechtzeitigen Unterrichtung des Angeklagten über ihre wirkliche Bewertung jenes Beweisthemas verpflichtet. Da das Landgericht dieser Verpflichtung nicht entsprochen hat, muß das Urteil aufgehoben werden. Der Senat kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, daß es durch den Fehler

beeinflußt ist. ..."[199]

Wenn das Tatgericht die in dem Beweisantrag aufgestellte Behauptung inhaltlich als wahr unterstellt hat, ist es an diese Zusage gebunden[200]. Für darüber hinaus gehende Tatsachen gilt das aber nicht:

> „ … Beweisthema - und damit Gegenstand der Wahrunterstellung - waren nicht die unmittelbar beweiserheblichen Tatsachen selbst (G. wollte lediglich behilflich sein; G. führte die Besprechungen für C.), sondern die zu diesem Themenkreis geführten Gespräche. Das hat die Strafkammer richtig gesehen. Ging es aber nur um die Gespräche, so war deren Bewertung und Einstellung in das Beweisgefüge Sache der Strafkammer. Wenn sie unterstellte, Gespräche des von der Verteidigung behaupteten Inhalts seien geführt worden, so war sie doch nicht gehalten, davon auszugehen, das tatsächliche Handeln des Angeklagten habe diesen Gesprächen entsprochen. Dieses tatsächliche Handeln festzustellen, war vielmehr Sache umfassender Würdigung sämtlicher Indizien. Dieser Aufgabe ist das Landgericht ohne Rechtsfehler nachgekommen. Im Hinblick auf die sonstige Beweislage stellt es keinen Fehler dar, daß das Landgericht sich mit den als wahr unterstellten Gesprächen nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat. Hieran ändert nichts, daß M. und H. teilweise als Zeugen für eigenes Handeln benannt waren ("weil es so von M., H. ... verlangt worden war"). Auch wenn diese Zeugen das im Antrag genannte Verlangen geäußert hatten, bedeutete das nicht, C. sei - entgegen der landgerichtlichen Beweiswürdigung - tatsächlich der Geschäftsherr, G. der Gehilfe gewesen. ..."[201]

Insbesondere müssen nicht die gewünschten Schlüsse gezogen werden.[202]

Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei dem Beweisbegehren - tatsächlich - um einen Beweisantrag handelte.[203]

Das Beweisvorbringen ist auszulegen. Auf den Wortlaut kommt es nicht an.[204] Der Sinn und Zweck der Beweistatsachen darf nicht in unzulässiger Weise eingeengt oder verändert werden.[205] Dazu weiter:

> „ … Der Umstand, dass das Landgericht die behaupteten Angaben des Zeugen E.B., die dieser gegenüber den als Zeugen benannten Richtern in den beiden vorangegangenen und später ausgesetzten Hauptverhandlungen gemacht haben soll, als wahr unterstellt hat, gibt keinen Anlass zu der Besorgnis, das Landgericht habe Sinn und Zweck der Beweisanträge unzulässig eingeengt oder umgedeutet. Denn die Be-

199 BGH, Beschluss vom 18.02.1982 - 2 StR 798/81; dazu BGH, Urteil vom 14.07.1961 - 4 StR 191/61: „ … Es ist möglich, daß das Gericht eine Behauptung als wahr unterstellt, bei der Urteilsfindung aber zu der Überzeugung kommt, diese Behauptung sei aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für die Entscheidung unerheblich. Es ist dann nicht darin gehindert, eine Feststellung hinsichtlich dieser Behauptung im Urteil zu unterlassen (vgl. RGSt 65, 322, 330). ..."

200 BGH, Beschluss vom 14.11.1990 - 2 StR 454/90, BGH, Beschluss vom 23.07.1985 - 5 StR 217/85: Das Tatgericht muss sich an die zugesagt Wahrunterstellung halten.

201 BGH, Urteil vom 20.04.1993 - 1 StR 886/92

202 BGH, Urteil vom 23.06.1992 - 5 StR 74/92; BGH, Urteil vom 07.11.1991 - 4 StR 252/91: "Das Gericht ist nicht verpflichtet, aus der Wahrunterstellung die Schlußfolgerung zu ziehen, die der Antragsteller gezogen haben will." - BGH, Urteil vom 24.08.1983 - 3 StR 136/83

203 BGH, Beschluss vom 16.09.1997 - 5 StR 440/97; BGH, Beschluss vom 14.07.2011 - 3 StR 106/11

204 BGH, Urteil vom 13.11.1958 - 4 StR 368/58

205 siehe BGH, Urteil vom 13.08.1991 - 5 StR 263/91, BGH, Urtei 15.11.1994 - 1 StR 550/94, BGH. Beschluss vom 09.01.2008 - 5 StR 549/07,BGH und Beschluss vom 13.06.2017 - 3 StR 48/17 alle zur Wahrunterstellung, ebenso schon BGH, Beschluss vom 04.12.1987 - 2 StR 563/87

> weisanträge der Staatsanwaltschaft beinhalteten die Tatsachenbehauptung, dass der Zeuge B. bestimmte inhaltliche Äußerungen gemacht hat. Es ging der Staatsanwaltschaft allein um die Tatsache des Bekundens und nicht um die objektive Richtigkeit des Inhalts der Aussage (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 1990 - 3 StR 109/89, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 20). ..."[206]

In die gleiche Richtung:

> „ … Das Landgericht hat über den Hilfsbeweisantrag jedoch im Urteil rechtsfehlerhaft entschieden. Es hat die Beweisbehauptung nicht in ihrer vollen, aus Sinn und Zweck sich ergebenden Bedeutung als wahr unterstellt, sondern das Beweisthema in unzulässiger Weise eingeengt (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 6; Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 91).
>
> Unter Beweis gestellt war nämlich nicht nur, daß der Angeklagte auf den Zeugen den - möglicherweise unrichtigen - Eindruck machte, als stehe er unter einem Schock mit Sprachhinderung, sondern es war behauptet worden, daß der Angeklagte sich tatsächlich in einem solchen Zustand befand. Es ist auch nicht ersichtlich, daß mit Prof. Dr. M, soweit er mehr als die Wahrnehmung äußerer Symptome des behaupteten Zustandes schildern sollte - ein ungeeignetes Beweismittel benannt wurde. Hatte das Landgericht Bedenken, ob die Diagnose des sachverständigen Zeugen zutraf, zog es in Betracht, daß der Zeuge sich geirrt haben könnte, dann war die Beweisbehauptung für eine Wahrunterstellung ungeeignet und die Sachaufklärung durch Erhebung des Beweises vorrangig (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 10). ..."[207]

Ebenso zum unveränderlichen Sinn und Zweck eines Beweisantrages:

> „ … Das Landgericht hatte auf einen entsprechenden Beweisantrag des Angeklagten als wahr unterstellt, daß am 16. Juni 1986 der Zustand des Daches des B Schlößchens, das die Eheleute L ersteigert hatten, nicht so schlecht war, "daß zur Abwendung erheblichen Gebäudeschadens, insbesondere an den Stuckdecken, noch vor Einbruch des Winters erhebliche kostenaufwendige Dachreparaturen erforderlich gewesen wären". Demgegenüber hebt das Urteil bei der Abwägung, ob die vom Angeklagten gegen den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren in Aussicht gestellten Rechtsmittel für die Ersteigerer ein empfindliches Übel darstellten, darauf ab, daß diesen die sofortige unangefochtene Eigentümerstellung auch deshalb wichtig war, weil das Dach des Schlößchens an einer Stelle undicht und deshalb auf längere Sicht ohne Reparaturarbeiten erheblicher Wasserschaden zu befürchten war (UA S. 6).
>
> Die Revision beanstandet zu Recht, daß sich diese Erwägungen im Urteil mit der als wahr unterstellten Beweistatsache nicht vereinbaren lassen. Sinn und Zweck des Beweisantrages war es darzutun, daß in absehbarer Zeit am Balgheimer Schlößchen auch dann Wasserschäden nicht zu befürchten seien, wenn nicht umgehend mit Reparaturarbeiten am Dach begonnen würde, somit eine Verzögerung des Eigentumsüberganges aus dieser Sicht für die Ersteigerer kein empfindliches Übel darstellte. Dem wird die Feststellung im Urteil nicht gerecht, daß auf längere Sicht Wasserschäden drohten, wenn keine Reparaturarbeiten durchgeführt würden. Soweit das Landgericht an der Beweisbehauptung Einschränkungen vornimmt, indem es darauf abhebt, daß das Dach nur an einer Stelle undicht sei und Schäden erst auf längere Sicht zu befürchten seien, handelt es sich um eine unzulässige Veränderung des Be-

206 BGH, Urteil vom 28.02.2013 - 4 StR 357/12
207 BGH, Urteil vom 06.12.1989 - 2 StR 309/89

weisthemas (vgl. BGH StV 1984, 142, 363, std. Rspr.); sie ist auch nicht geeignet, die als wahr unterstellte Tatsache in ihrem wesentlichen Kern zu entkräften. Entgegen dieser Tatsache ging das Landgericht davon aus, daß einer der Gründe, die die Eheleute L bewogen, den Forderungen des Angeklagten zu entsprechen, in ihrer Sorge um drohende Wasserschäden lag und auch deshalb in der Inaussichtstellung der Rechtsmitteleinlegung die Drohung mit einem empfindlichen Übel gesehen werden müsse. ...“[208]

Zur Notwendigkeit der unverfälschten uneingeschränkten Erfassung der behaupteten Tatsachen nach Sinn und Inhalt:

„ … 1. Das Landgericht hat sich seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten - nach Ausfall einer vom Tatopfer angegebenen Tatzeugin, der das Landgericht nicht geglaubt hat - allein durch die als glaubhaft bewertete Aussage des Opfers gebildet, dessen Anzeige eines schweren Raubes freilich nicht zur Verurteilung geführt hat. **Der Verteidiger des - schweigenden - Angeklagten hat am Ende der eintägigen Beweisaufnahme unter anderem mit zwei Anträgen darauf abgezielt, die Angaben des Belastungszeugen zum Tatgeschehen und zum Tatort in Zweifel zu ziehen. Ausgehend vom Inhalt zweier in den Akten befindlicher ärztlicher Atteste, die Erklärungen des Verletzten enthielten, er sei nicht auf offener Straße - wie vom Verletzten bei seiner Zeugenaussage angegeben -, sondern 'in einer Pizzeria mit einem Krückstock geschlagen worden', hat der Verteidiger nach Präzisierung in einer Gegenvorstellung die Vernehmung des bestimmt benannten Inhabers der Pizzeria und eines attestierenden Arztes als Zeugen beantragt, dass der Belastungszeuge in der Pizzeria verletzt worden sei bzw. gegenüber dem Arzt erklärt habe, er sei in der Pizzeria geschlagen worden** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diese Anträge hat das Landgericht abgelehnt: Bezüglich des Inhabers der Pizzeria handele es sich um eine bloße Behauptung ins Blaue hinein; bezüglich des Arztes könne es als wahr unterstellt werden, 'dass sich der Geschädigte in der Sprechstunde bei Dipl.-med. … so äußerte, dass dieser verstehen konnte, der Geschädigte sei in einer Pizzeria … mit einem Krückstock geschlagen worden'.

2. Die Ablehnung des Antrags auf Vernehmung des Arztes ist verfahrensfehlerhaft.

Es handelt sich um einen Beweisantrag, weil über eine bestimmte Äußerung einer bestimmten Person Aufklärung begehrt worden ist (vgl. BGHR StPO § 274 Beweiskraft 16; BGH StV 2005, 254, 255). Die Behandlung des Antrags wird indes den Anforderungen nicht gerecht, die an eine Ablehnung eines Beweisantrags gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 7. Variante StPO zu stellen sind.

Eine Wahrunterstellung muss die behaupteten Tatsachen in ihrem wirklichen Sinn und vollen Inhalt ohne jede Einschränkung oder Verschiebung oder sonstige Änderung erfassen (BGH NJW 1968, 1293; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 33; BGH NStZ 2003, 101). Daran fehlt es hier. Das Landgericht hat die auf eine alternative Bekundung des Tatopfers zur Tatausführung und zum Tatort abzielende Äußerung mit Hinweisen auf nicht etwa offensichtlich vorliegende Artikulations- oder Verständigungsprobleme ohne Angabe tatsächlicher Anhaltspunkte hierfür - etwa aus der Zeugenaussage des Opfers - derart relativiert, dass die Beweisbehauptung in der Sache als völlig bedeutungslos behandelt wurde. Damit hat das Landgericht eine vereinfachte Ablehnung des Beweisantrags als bedeutungslos gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO praktiziert, ohne den Angeklagten ausreichend über die Tatsachen zu informieren, welche die Annahme einer Bedeutungslosigkeit gerechtfertigt hätten (vgl.

208 BGH, Beschluss vom 19.05.1988 - 1 StR 226/88

BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 26; BGH, Beschluss vom 3. Juli 2007– 5 StR 272/07 Rdn. 6).

Der Angeklagte hat entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts sein Rügerecht nicht dadurch verwirkt, dass er die fehlerhafte Verbescheidung in der Hauptverhandlung hingenommen hat. Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass auch Verteidiger verpflichtet sind, Missverständnissen des Gerichts über den Umfang der von ihnen gestellten Anträge entgegenzutreten (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Rügerecht 2; § 244 Abs. 6 Beweisantrag 3, 30, 42; BGH wistra 2007, 259, 260). Hier liegt indes kein Missverständnis des Gerichts über tatsächliche Umstände, sondern eine mangelhafte Ablehnung eines Beweisantrags vor. Dem Verteidiger obliegt keine allgemeine Hinweispflicht zur Einhaltung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens (vgl. zu Art und Umfang der Pflichten des Verteidigers Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. vor § 137 Rdn. 1 und 2). Ein Sonderfall (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 42) liegt nicht vor. ..."[209]

Gegen tatgerichtliche Einschränkungen ebenfalls:

" ... **Die Verteidigung des Angeklagten hat hilfsweise durch Vernehmung des Polizeibeamten unter Beweis gestellt, der Geschädigte habe bei seiner polizeilichen Vernehmung am 15. Juli 1986 diesem Polizeibeamten gegenüber angegeben, er und sein Zimmernachbar (der Angeklagte) seien beide stark angetrunken gewesen, es sei zu einem Streit gekommen, nachdem er Schläge erhalten habe, habe er sich ins Bett gelegt und später, nachdem der Wohnungsnachbar (der Angeklagte) das Zimmer verlassen habe, habe er (der Geschädigte) festgestellt, daß seine Geldbörse fehlt** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.**

Das Landgericht hat den beantragten Beweis nicht erhoben, sondern den Beweisantrag in den Urteilsgründen dahin verbeschieden, daß die unter Beweis gestellten Tatsachen so behandelt werden könnten, als seien sie wahr. Es hat jedoch auf Grund der Aussage des Geschädigten in der Hauptverhandlung Feststellungen zum Tatgeschehen getroffen, die den unter Beweis gestellten Angaben des Geschädigten vor der Polizei widersprechen. Danach waren der Geschädigte und der Angeklagte nicht stark angetrunken; der Angeklagte hat - ohne daß es vorher zu einem Streit gekommen war - den Geschädigten plötzlich niedergeschlagen und ihm die Geldbörse aus der Hosentasche gezogen.

Zwar sei, so führt die Strafkammer aus, davon auszugehen, daß der Geschädigte gegenüber dem Polizeibeamten H. erklärt hat, er habe das Fehlen der Geldbörse erst festgestellt, nachdem der Angeklagte das Zimmer bereits verlassen hatte; in der Hauptverhandlung habe der Geschädigte aber glaubhaft ausgesagt, er habe noch gespürt, wie der Angeklagte ihm die Geldbörse aus der Tasche zog. Im übrigen geht das Landgericht davon aus, daß der Polizeibeamte H. den Geschädigten bei der Aufnahme der Anzeige so verstanden habe, wie dies von der Verteidigung im Hilfsbeweisantrag behauptet wird. Der Geschädigte sei jedoch nicht in der Lage, sich in der deutschen Sprache klar und verständlich auszudrücken. Der Zeuge H. könne demgemäß nur eine Aussage dazu machen, wie er den Geschädigten damals verstanden habe, und nichts darüber angeben, was dieser in Wirklichkeit habe aussagen wollen. In Übereinstimmung mit den dazu vom Geschädigten abgegebenen Erklärungen geht das Gericht davon aus, daß der Geschädigte sich zwar "dem Polizeibeamten H. gegenüber so ausgedrückt" habe, der Angeklagte und er seien stark angetrunken gewesen, damit aber (nur) gemeint habe, der Angeklagte und er hätten Alkohol getrunken gehabt. Mit dem Gebrauch des Ausdrucks, es sei "zu einem

209 BGH, Beschluss vom 09.01.2008 - 5 StR 549/07

Streit gekommen", habe der Geschädigte damals nicht einen wechselseitigen Streit, sondern nur das plötzliche Einschlagen des Angeklagten auf ihn gemeint.

Die Ablehnung des Beweisantrags ist rechtlich zu beanstanden. Durch die hier vorgenommene Wahrunterstellung ist das Landgericht dem Beweiserhebungsanspruch des Angeklagten nicht gerecht geworden. Die Strafkammer hat eine Modifizierung der unter Beweis gestellten Tatsachen dahin vorgenommen, die Aussage des Geschädigten habe nicht den behaupteten Inhalt gehabt, sondern der Polizeibeamte habe den Geschädigten lediglich "so verstanden", bzw. letzterer habe sich "so ausgedrückt", habe aber etwas anderes gemeint.

Ob hierin bereits eine unzulässige Einschränkung oder Veränderung der Beweisbehauptung liegt (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 4; BGH, Urteil vom 16. Juli 1980 - 2 StR 135/80; BGH, Beschluß vom 24. März 1982 - 2 StR 132/82; Urteil vom 11. Juli 1984 - 2 StR 320/84; Beschluß vom 14. Juni 1985 - 2 StR 274/85), kann dahinstehen. Denn auch nach der Unterstellung der in der genannten Weise veränderten Beweisbehauptung als wahr ließen sich die Glaubwürdigkeit des Geschädigten (und entscheidenden Belastungszeugen) erschütternde Widersprüche in seinen Angaben nur dadurch ausschließen, daß das Gericht zugunsten des Geschädigten und zu Lasten des Angeklagten von besonderen Umständen - hier von Verständigungsschwierigkeiten und Mißverständnissen - ausging, auf deren Klärung sich die beantragte Beweiserhebung hätte erstrecken können und müssen. Können nicht feststehende Umstände, die von der Beweisbehauptung nicht umfaßt werden, über die Tragweite einer als wahr unterstellten Tatsache entscheiden, dann darf eine dem Angeklagten günstige Schlußfolgerung nicht allein mit der Begründung abgelehnt werden, mit Rücksicht auf solche Umstände sei eine andere Schlußfolgerung möglich (KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 90 m.w.N.). In einem derartigen Fall ist die Beweisbehauptung wegen der ungeklärten Umstände für eine Sachbehandlung durch Wahrunterstellung nicht geeignet. Die Sachaufklärung ist dann vorrangig (BGH, Urteil vom 26. Januar 1982 - 1 StR 802/81; Beschluß vom 5. Februar 1982 - 2 StR 611/81). Sie war hier um so eher geboten, als sich das Landgericht bei der Annahme, der Geschädigte sei von dem Polizeibeamten mißverstanden worden, vor allem auf die spätere Aussage des Geschädigten beruft, dessen Glaubwürdigkeit auch wegen anderer unrichtiger Angaben durch den Beweisantrag in Frage gestellt werden sollte.

Der als Zeuge benannte Polizeibeamte hätte zwar die Gedanken und Vorstellungen des Geschädigten bei dessen damaliger Aussage nicht wiedergeben können, er hätte aber möglicherweise Einzelheiten aus der Vernehmung mitteilen können, die entsprechende Rückschlüsse zuließen und zu einer anderen Beurteilung des Wahrheitsgehalts der früheren und der späteren Angaben des Geschädigten führen konnten. ..."[210]

Die Wahrunterstellung muss in ihrem vollen Umfang ohne jede Einengung oder Verschiebung ihres Sinngehaltes erfaßt werden:

„ … Dagegen kann der Strafausspruch nicht bestehen bleiben. Die Revision dringt mit einer Verfahrensrüge durch. **Die Verteidigung hatte mit einem Hilfsbeweisantrage behauptet, der Angeklagte sei zur Tatzeit heroinabhängig gewesen** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.** Das Gericht hat die Beweiserhebung in den Urteilsgründen (UA S. 22) für entbehrlich erklärt, weil als wahr unterstellt werde, daß bei dem Angeklagten 'die körperlichen Symptome einer gewissen Rauschgiftabhängigkeit' vorlagen.

210 BGH, Urteil vom 06.07.1988 - 2 StR 315/88

Diese Behandlung des Beweisantrages war fehlerhaft. Eine Wahrunterstellung erledigt den Beweisantrag nur dann, wenn sie die Beweisbehauptung in ihrem vollen Umfang ohne jede Einengung oder Verschiebung ihres Sinngehaltes erfaßt (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGH NStZ 1982, 213 Nr. 24; zuletzt BGH, Urteil vom 21. September 1983 - 2 StR 151/83 - und Beschluß vom 15. November 1983 - 5 StR 615/83). Dies hat das Landgericht nicht beachtet. Behauptet war Heroinabhängigkeit. Als wahr unterstellt worden ist eine 'gewisse' Rauschgiftabhängigkeit. Der Zusatz 'gewisse' ist einschränkend; er verdeutlicht, daß von der Beweisbehauptung Abstriche gemacht worden sind. Die Wahrunterstellung hat deshalb den Hilfsbeweisantrag nicht erledigt.

Auf diesem Verfahrensfehler kann der Strafausspruch auch beruhen. Zwar liegt die Möglichkeit fern, daß die Strafkammer bei uneingeschränkter Wahrunterstellung die Voraussetzungen des § 21 StGB bejaht hätte; nicht ausschließen läßt sich jedoch, daß sie innerhalb des nicht nach §§ 21, 49 StGB ermäßigten Strafrahmens eine mildere Strafe verhängt hätte, wenn dem Angeklagten nicht nur eine 'gewisse' Rauschgiftabhängigkeit (UA S. 24) zugutegehalten worden wäre. ...“[211]

Die Wahrunterstellung muss dem vollen Sinn des Antrags gerecht werden:

„ … 2. Die Ablehnung des Hilfsbeweisantrags begegnet durchgreifenden Bedenken.

a) Zwar muß nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Tatrichter aus einer im Sinne des § 244 Abs. 3 StPO als wahr unterstellten Tatsache nicht die vom Antragsteller ins Auge gefaßten und gewünschten Schlüsse ziehen; er darf jedoch sein Urteil nicht auf Erwägungen stützen, die der als wahr unterstellten Tatsache widersprechen. Zudem muß die Wahrunterstellung die behauptete Tatsache in ihrem vollen Inhalt ohne jede Einengung und Verschiebung oder sonstige Änderung erfassen. Durch Wahrunterstellung wird ein Beweisantrag nur dann erledigt, wenn sie dem vollen Sinn des Antrags gerecht wird (BGH NJW 1959, 396; NJW 1968, 1293; BGH 2 StR 135/80 bei Holtz MDR 1980, 986 f). Diese Grundsätze hat das Landgericht nicht beachtet.

Durch die vom Angeklagten beantragte Zeugenvernehmung sollte bewiesen werden, daß der Zeuge V in der Tatnacht einige Zeit nach der Heimkehr der Eheleute S in ihre Wohnung ein Streitgespräch zwischen dem Angeklagten und seinem Stiefvater gehört und daß weiterhin, wieder einige Zeit später, Frau S um Hilfe gerufen habe. Der Sinn dieses hilfsweise gestellten Beweisantrags ging dahin, aufzuzeigen, daß der eigentlichen Tötungshandlung eine Auseinandersetzung zwischen dem Angeklagten und seinem Opfer vorausging, die geeignet sein konnte, die Arglosigkeit des Getöteten zu beseitigen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Im Urteil ist indessen festgestellt, der Angeklagte habe, schon bei der Heimkehr zur Tat entschlossen, in der Küche ein Brotmesser mit einer 21 cm langen Klinge aus einer Schublade des Küchenschranks genommen, in Küche und Flur das Licht gelöscht und in der Nähe der Schlafzimmer- und Toilettentür, seinem Stiefvater aufgelauert, da er angenommen habe, daß dieser - wie üblich - das Schlafzimmer vor dem Zubettgehen nochmals verlassen werde, um die Toilette aufzusuchen. Es heißt dann weiter: "Als Hermann S entweder aus der Schlafzimmer- oder Toilettentür auf den Flur trat, stand der Angeklagte seitlich vor ihm und stieß ihm das Brotmesser nach einer großen Ausholbewegung mit Wucht in die rechte Brustseite; ein Wortwechsel hatte

211 BGH, Beschluss vom 16.03.1984 - 2 StR 719/83; BGH, Urteil vom 23.09.1983 - 2 StR 151/83; BGH, Urteil vom 13.04.1983 - 2 StR 676/82 - kein Fall einer unzulässigen Einengung; BGH, Urteil vom 17.09.1982 - 2 StR 139/82 - ebenfalls kein Fall einer unzulässigen Einengung; BGH, Urteil vom 16.07.1980 - 2 StR 135/80 - Tatgericht hielt sich nicht an die Wahrunterstellung:

vorher nicht stattgefunden ... Hermann S schleppte sich noch in das Schlafzimmer, wo er zusammenbrach". Frau S schrie daraufhin laut auf und verließ die Wohnung, um Hilfe zu holen (UA 7).

Die Schwurgerichtskammer meint zu Unrecht, die Beweisbehauptung, daß der Zeuge V "einige Zeit" nach dem Streitgespräch die Schreie von Frau S gehört habe, stehe nicht in Widerspruch zu den getroffenen Feststellungen, wonach es unmittelbar vor der Tat nicht zu einer verbalen Auseinandersetzung gekommen sei, denn die Hilferufe von Frau S seien unmittelbar nach der Tat erfolgt. Sie übersieht hierbei, daß zwischen der behaupteten Auseinandersetzung und den Hilferufen "einige Zeit" verstrichen sein muß, in der nichts zu hören war, nämlich die Zeitspanne, in welcher der Angeklagte seinem Stiefvater die tödlichen Stiche beigebracht und dieser sich dann in das Schlafzimmer geschleppt hat, wo er vor den Augen seiner Frau zusammengebrochen ist. Das Landgericht hat sich danach einerseits mit der Wahrunterstellung in Widerspruch gesetzt, zum anderen den Beweisantrag entgegen seinem erkennbaren Sinn eingeengt.

b) Da die Wahrunterstellung, auch wenn sie verfahrensrechtlich ein Grund für die Ablehnung eines Beweisantrages ist, einer erfolgreichen Beweiserhebung gleichkommt (vgl. Alsberg/Nüse, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 4. Aufl., S. 161 und Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, 23. Aufl., § 244 Rdn. 205 a.E.), ist es schon fraglich, ob hier der Beweisantrag nach Erledigung durch Wahrunterstellung noch wegen Prozeßverschleppung zurückgewiesen werden konnte. Jedenfalls darf die Ablehnung eines Hilfsbeweisantrags wegen Verschleppungsabsicht nicht den Gründen des Urteils überlassen werden (BGHSt 22, 124). Dies muß vielmehr in der Hauptverhandlung durch Beschluß geschehen, um dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, den Vorwurf, in Verschleppungsabsicht gehandelt zu haben, zu entkräften.

Auf der fehlerhaften Behandlung des Hilfsbeweisantrags kann das Urteil beruhen. Es ist deshalb auf die Revision des Angeklagten aufzuheben. ...“[212]

In die gleiche Richtung bei einer angeblich versehentlichen Wahrunterstellung:

„ … **Dazu regte der Verteidiger des Angeklagten H. an, die Zeugin B. zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, daß auf Grund der Rechnungen der Firma F. A. Schecks auch an die Londoner Anschrift gesandt worden seien** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Die Strafkammer hat die Beweisanregung als Beweisantrag behandelt und abgelehnt, weil 'diese Tatsache als wahr unterstellt werden kann'.

In den Urteilsgründen heißt es dazu: 'Die Kammer hat als wahr unterstellt, daß einzelne Schecks von der Dr. B. AG oder der W. an die Londoner Anschrift gesandt wurden. Dies geschah jedoch nur versehentlich...' (UA S. 14). Im Rahmen der Beweiswürdigung wird ergänzend ausgeführt: 'Die Kammer hat zwar als wahr unterstellt, daß Schecks auch an die Londoner Adresse der Firma F. A. geschickt worden sind. Dies könnte jedoch angesichts der von dem Zeugen K. geschilderten Abmachung mit den Angeklagten allenfalls in Einzelfällen versehentlich geschehen sein...' (UA S. 37).

Zu Recht beanstanden die Beschwerdeführer, daß damit der Sinngehalt des Beweisantrags nicht erschöpft, sondern vielmehr seines Beweiswertes entkleidet wird. Zwar ist der Tatrichter grundsätzlich frei in der Würdigung der als wahr unterstellten Tatsachen und nicht gehalten, den vom Antragsteller erstrebten Schluß zu ziehen. Die Beweisbehauptung muß aber so ausgelegt werden, daß der volle Sinn des Antrags ausgeschöpft wird und die als wahr unterstellten Tatsachen in vollem Umfang ohne jede

212 BGH, Urteil vom 26.08.1982 - 4 StR 357/82

> Einengung und Verschiebung oder sonstige Änderung erfaßt werden (BGH NStZ 1982, 213; BGHR StPO § 244 III 2 Wahrunterstellung 4, 6; vgl. auch Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 90 f.).
>
> Sinn und Zweck der Beweisbehauptung war der Nachweis, daß neben den über die Angeklagten geleiteten Verrechnungsschecks von den Firmen Dr. B. AG und W. bewußt "auch" Schecks an die Londoner Anschrift der Firma F. A. als eigentlicher Zahlungsempfängerin übersandt wurden, deren Vermittlungstätigkeit durch die Provisionszahlungen honoriert werden sollte. Damit sollte erkennbar die Existenz eines tatsächlich existierenden Büros der Gesellschaft in London dargetan werden. Die von der Kammer vorgenommene Würdigung des Beweisthemas, die Übersendung einzelner Schecks sei nur "versehentlich" erfolgt, engt die zugesagte Wahrunterstellung in unzulässiger Weise ein. Da die Kammer nur von einem statuarischen Sitz der Gesellschaft in London ausgeht und unter anderem daraus den Rückschluß auf deren rechtsmißbräuchliche Einschaltung zieht, beruht das Urteil insgesamt auch auf der fehlerhaften Behandlung dieses Beweisantrags. ...“[213]

Bedenklich sind modifizierende Auslegungen von Beweisbehauptungen:

> „ ... **Die Verteidigung beantragte deshalb die Vernehmung der Zeugin Emmy F. zum Beweis der Tatsache, die Nebenklägerin habe anläßlich ihres ersten Besuches bei Frau F. unter Verwendung dieser Worte erklärt, sie sei von ihrem Vater "sexuell belästigt" worden** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Das Landgericht hat diesen Beweisantrag, soweit es um den konkreten Wortlaut der behaupteten Äußerung geht, mit der Begründung abgelehnt, die Zeugin sei ein untaugliches Beweismittel. Nach allgemeiner Lebenserfahrung erscheine es unmöglich, daß die Zeugin sich an den genauen Wortlaut einer Äußerung erinnern könne, die im Rahmen eines Gesprächs vor über acht Jahren getätigt worden sei. Zwar habe die Zeugin bei einer telefonischen Befragung durch den Vorsitzenden Richter die Beweisbehauptung bestätigt und angegeben, sie könne sich deshalb so genau an den Wortlaut dieser Äußerung erinnern, weil sie "diese als ungehörig empfunden" und danach und in späteren Jahren (auch während des laufenden Verfahrens) im ganzen Verwandtenkreis immer wieder weitererzählt habe. Nach dem Ablauf "von vielen Jahren" könne aber der konkrete Wortlaut der Äußerung nicht reproduziert werden. Das häufige Weitererzählen könne allenfalls dazu führen, daß die Erinnerung an den Ursprungsvorgang hinsichtlich des Wortlauts schlechter werde und zum Schluß eine Rückbesinnung an den Ursprungswortlaut ganz unmöglich werde. Soweit der Antrag des Angeklagten dahin auszulegen sei, daß die Nebenklägerin bei einem Gespräch mit Frau F. Übergriffe ihres Vaters geschildert habe, die diese als sexuelle Übergriffe verstanden habe, könne die behauptete Tatsache als wahr unterstellt werden. ...
>
> Rechtsfehlerhaft ist auch die Wahrunterstellung der vom Landgericht dahin modifizierten Beweisbehauptung, die Zeugin habe die Äußerungen der Nebenklägerin als Schilderung sexueller Übergriffe verstanden. Diese Auslegung des eindeutig auf die Beweiserhebung über den genauen Wortlaut der Äußerungen der Nebenklägerin gerichteten Antrages verkürzt die Beweisbehauptung in unzulässiger Weise (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 4). Der Beweisantrag war objektiv nicht unklar und deshalb einer Auslegung nicht zugänglich (vgl. Herdegen in KK-StPO 5. Aufl. § 244 Rdn. 47 m.w.N.). ...“[214]

Zu beachten ist, dass Änderungsbeschlüsse hinsichtlich der als wahr unterstellten

213 BGH, Beschluss vom 30.05.1990 - 3 StR 55/90
214 BGH, Beschluss vom 14.09.2004 - 4 StR 309/04

Tatsachen für möglich gehalten und als zulässig angesehen worden sind:

> „ … **Mit einer Reihe einzelner Beweisbehauptungen hatte die Verteidigung beantragt, ausländische Zeugen über die angeblichen Prinzipien der 'Weltfriedensbewegung' und deren Geltung beim 'Friedenskomitee' zu vernehmen** (Anmerkung des Verf.: erfolglos). Diesen Antrag hat das Landgericht am 14. Januar 1960 dahin beschieden, die behaupteten Tatsachen könnten zu Gunsten der Angeklagten so behandelt werden, als wären sie wahr. Am 22. Februar 1960 hat es diesen Beschluß geändert, die Wahrunterstellung nunmehr auf zwei genau umrissene Punkte beschränkt und bekanntgegeben, die übrigen Beweisbehauptungen enthielten nur von mehrdeutigen politischen Begriffen getragene Werturteile; wegen ihres unbestimmten und unbestimmbaren Inhalts könnten sie nicht nach § 244 StPO beurteilt und auch nicht als wahr unterstellt werden. Den Angeklagten stehe es frei, stattdessen bestimmt bezeichnete Tatsachen unter Beweis zu stellen.
>
> Gegen dieses Verfahren bestehen rechtlich keine Bedenken. Der Änderungsbeschluß ließ keinen Zweifel über den beschlossenen Umfang der Wahrunterstellung, an den sich das Landgericht im Urteil auch gehalten hat. Die Angeklagten waren in der Hauptverhandlung durch fünf Verteidiger vertreten, die über die Bedeutung des unmißverständlichen Änderungsbeschlusses und der gerichtlichen Anregung, nunmehr hinreichend bestimmte Tatsachen unter Beweis zu stellen, nicht im Zweifel gewesen sein können. Von unzulässiger Beschränkung der Verteidigung kann daher keine Rede sein. ...“[215]

Zum Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung gibt es eine neue Entscheidung des BGH nach dem Inkrafttreten des sogenannten Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens am 13.12.2019. In diesem Verfahren hatte die Revision Erfolg, weil die Beweistatsache überhaupt für eine Wahrunterstellung geeignet sein muss (Wahrunterstellung zu Lasten von Angeklagten).

> „ … 1. Diese Verfahrensrüge hat die rechtsfehlerhafte Behandlung eines Beweisantrages zum Gegenstand, den das Landgericht mittels Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 6 Satz 1, Abs. 3 Satz 3 Nr. 6 StPO) erledigt hat.
>
> a) Der Beanstandung liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:
>
> Dem Angeklagten, der zur Sache geschwiegen hat, wird vorgeworfen, die Nebenklägerin, seine minderjährige Stiefenkelin, vielfach in schwerer Weise sexuell missbraucht zu haben. Nach der Vernehmung der Nebenklägerin und ihrer Mutter, der Zeugin T., **beantragte der Verteidiger, den Zeugen D. zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, die Mutter habe dem Angeklagten während eines Streits zum Jahreswechsel 2016/2017 in Gegenwart dieses Besuchers gedroht, sie werde dafür sorgen, dass der Angeklagte ins Gefängnis komme** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Diesen Beweisantrag lehnte das Landgericht mit der Begründung ab, die unter Beweis gestellte Tatsache werde als wahr behandelt. In den Urteilsgründen führt das Landgericht aus, ein Zusammenhang zwischen der - dem Beweisantrag entnommenen - Androhung und den abgeurteilten Taten sei nicht ersichtlich. Es gebe weder einen Anhaltspunkt dafür, dass die Nebenklägerin von dieser Drohung Kenntnis erlangt, noch, dass die Zeugin T. das Aussageverhalten ihrer Tochter beeinflusst habe; diese habe die Missbrauchstaten erstmals gegenüber ihrem Freund offenbart (UA S. 20).

215 BGH, Urteil vom 03.07.1962 - 3 StR 22/61

b) Diese Vorgehensweise verstößt gegen § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 6, Abs. 6 Satz 1 StPO, da die behauptete Beweistatsache für eine Wahrunterstellung ungeeignet war.

aa) Das Tatgericht darf eine Beweistatsache - neben dem Rechtsfehler einer unzulässigen Einschränkung - nicht als wahr unterstellen, wenn es dadurch die vorrangige Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) verletzt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn an die Beweistatsache sich weitere aufklärungsbedürftige Umstände knüpfen.

Denn in einer solchen Sachverhaltskonstellation können diese zusätzlichen Begleitumstände über die Tragweite der als wahr unterstellten Tatsache entscheiden. Deshalb darf ein dem Angeklagten günstiger Schluss nicht allein mit der Begründung versagt werden, es sei mit Rücksicht auf solche Umstände ein anderer Schluss möglich, wenn diese Umstände weder feststehen noch von der Beweisbehauptung umfasst werden (BGH, Beschlüsse vom 19. Juli 2005 - 4 StR 164/05 Rn. 6 f. [Entlastung des Angeklagten durch die Geschädigte gegenüber ihrem Bruder, um diesen zu schützen] und vom 14. August 1996 - 3 StR 262/96 Rn. 6, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 32 [Einschätzung der Nebenklägerin, dass der Angeklagte keinen Analverkehr erzwungen habe, vor dem Gespräch mit einer Lebensberaterin]; Urteile vom 6. Juli 1988 - 2 StR 315/88 Rn. 8, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 10 [Verständigungsschwierigkeiten und Missverständnis bei polizeilicher Vernehmung] und vom 26. Januar 1982 - 1 StR 802/81, NStZ 1982, 213 [hellhöriges Hotelzimmer]; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 27. April 2004 - 3 StR 112/04 Rn. 19 und vom 17. August 2011 - 5 StR 263/11 Rn. 18; Urteil vom 29. September 1998 - 1 StR 420/98 Rn. 17; LR StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 291; KK StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 194).

Auf dieser Grundlage sind behauptete Tatsachen, die die Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen erschüttern sollen, für eine Wahrunterstellung regelmäßig ungeeignet. Denn das Tatgericht wird die Glaubwürdigkeit eines den Angeklagten belastenden Zeugen und die Glaubhaftigkeit von dessen Angaben in der Regel nur dann zuverlässig beurteilen können, wenn es über die insoweit behaupteten Tatsachen Beweis erhebt (BGH, Beschlüsse vom 4. Juni 1996 - 4 StR 242/96 Rn. 5, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 31; vom 16. März 1990 - 2 StR 51/90 Rn. 15 f. und vom 3. Oktober 1989 - 4 StR 394/89 Rn. 3, BGHR StPO § 244 Abs. 2 Wahrunterstellung 3; vgl. auch BGH, Urteil vom 6. August 1986 - 3 StR 234/86 Rn. 3, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 1). Einer Aufklärung bedarf es nur dann nicht, wenn das Tatgericht den Zeugen rechtsfehlerfrei aus anderen als gewichtiger erachteten Gründen, also unabhängig von der Indiztatsache, für glaubwürdig und dessen Aussage für glaubhaft hält; dann ist die behauptete Tatsache tatsächlich bedeutungslos (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Oktober 1998 - 1 StR 287/98 Rn. 7, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 33; Urteile vom 2. März 1993 - 1 StR 860/92 Rn. 10, 13 und vom 10. Mai 1988 - 1 StR 80/88 Rn. 15, BGHR StPO § 244 Abs. 2 Wahrunterstellung 2; generell ablehnend gegenüber der Erstreckung des Ablehnungsgrundes der Wahrunterstellung auf Hilfstatsachen etwa LR StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 292, 296).

bb) An diesen Maßstäben gemessen hält die Behandlung des Beweisantrages der Nachprüfung nicht stand. Mit dem Beweisantrag wollte der Angeklagte ersichtlich (vgl. insbesondere 'sie werde dafür sorgen') eine Anknüpfungstatsache dafür beweisen, die Zeugin T. habe - entgegen ihrer Aussage - die Nebenklägerin doch beeinflusst. Diese Beweisführung durfte ihm das Landgericht in der hier gegebenen schwierigen Aussage-gegen-Aussage-Konstellation (dazu im Einzelnen etwa BGH, Beschlüsse vom 5. April 2016 - 1 StR 53/16 Rn. 3 und vom 20. April 2017 - 2 StR 346/16 Rn. 6; jeweils mit weiteren Nachweisen), bei der es seine Überzeugung vom Tatgeschehen im Wesentlichen allein auf die Vernehmung der Nebenklägerin als der einzigen Belastungszeugin stützen konnte, nicht mittels einer Unterstellung der behaupte-

ten Androhung als wahr in der Hauptverhandlung und nachfolgender Behandlung als 'zusammenhanglos' im Urteil abschneiden. Es hat allein - für sich genommen rechtsfehlerfrei - den möglichen Schluss aus dem unter Beweis gestellten Inhalt des Streitgesprächs gezogen, die Mutter habe ihre Androhung nicht umgesetzt. Damit hat die Kammer aber auch diesen Begleitumstand einer Nichtumsetzung als wahr unterstellt, indes ausschließlich zu Lasten des Angeklagten. Dadurch hat das Landgericht dem Angeklagten verwehrt, einen Anhaltspunkt für eine Fremdbeeinflussung zu gewinnen, um letztendlich die Glaubwürdigkeit der Belastungszeugin zu erschüttern. Vielmehr hätte es zum rechtsfehlerfreien Ausschluss einer Fremdsuggestion den Inhalt des Streitgesprächs zwischen dem Angeklagten und der Mutter der Nebenklägerin aufklären müssen; indes hat das Landgericht die Zeugin T. nicht einmal mit der unter Beweis gestellten Wahrnehmung des Zeugen D. konfrontiert. Unter diesen Umständen musste der Angeklagte nicht mit einer Aufklärungsrüge beanstanden, dass die Zeugin T. nochmals hätte vernommen werden müssen.

cc) Da die behauptete Tatsache nach alledem von vornherein zur Wahrunterstellung ungeeignet war, kann offenbleiben, ob das Landgericht vor Urteilsverkündung darauf hätte hinweisen müssen, aus dem Inhalt des Streitgesprächs keinen dem Angeklagten günstigen Schluss ziehen zu wollen (vgl. dazu insbesondere einerseits BGH, Beschlüsse vom 18. Februar 1982 - 2 StR 798/81, BGHSt 30, 383, 385 und vom 27. März 2012 - 3 StR 31/12 Rn. 7 f.; andererseits BGH, Beschlüsse vom 28. August 2019 - 4 StR 199/19; vom 24. Februar 2009 - 5 StR 605/08 und vom 23. Juli 2008 - 5 StR 285/08, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 40; Urteil vom 24. Januar 2006 - 5 StR 410/05 Rn. 16, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 37: Einengung der Beweislage durch die Wahrunterstellung zugunsten des Angeklagten - ohne Vorabbeurteilung der Sach- oder Rechtslage und ohne Auswirkung auf den Schuld- oder Strafausspruch - verbunden mit der Zusage, aus der als wahr unterstellten Tatsache im Urteil keine Schlüsse zu seinen Lasten zu ziehen; vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. Februar 2020 - 3 StR 313/19 Rn. 6 f.).

2. Die Sache bedarf daher der umfassenden neuen Aufklärung und Bewertung. Sollte das nunmehr zuständige Tatgericht wiederum die Anordnung von Sicherungsverwahrung nach der Ausnahmevorschrift des § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB in Betracht ziehen, wird es zu beachten haben, dass es eine solche Ermessensentscheidung nicht auf zulässiges Verteidigungsverhalten (wie hier Schweigen) stützen kann (vgl. nur BGH, Beschluss vom 26. März 2020 - 4 StR 134/19 Rn. 24 mwN). ..."[216]

Tatsachen zur Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen können allerdings Tatsachen sein, die für eine Wahrunterstellung geeignet sind:

„ … Die Revision meint, die zur Frage der Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen unter Beweis gestellten Tatsachen, die der Zeuge bestritten hat, seien einer Wahrunterstellung nicht zugänglich (vgl. Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 672; Gollwitzer in LR 24. Aufl. § 244 Rdn. 253; Herdegen in KK 3. Aufl. § 244 Rdn. 97). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies jedoch nicht stets der Fall (BGH NStZ 1988, 423; StV 1986, 467). Das Beweisantragsrecht ist jedenfalls dann nicht verletzt, wenn das Tatgericht die unter Beweis gestellte (Hilfs-)Tatsache ohne Einengung, Umdeutung oder sonstige dem Antragsteller nachteilige inhaltliche Änderung als erwiesen betrachtet und sie auch mit der im Antrag geltend gemachten Beweisbedeutung in seine Gesamtwürdigung der Beweise einbezieht.

Hier steht die als wahr unterstellte Tatsache, der Belastungszeuge B. habe Gelder aus (weiteren) Drogengeschäften besessen, im Widerspruch zu seiner Aussage, er habe

216 BGH, Beschluss vom 12.11.2020 - 1 StR 354/20

> weitere Drogengeschäfte nicht getätigt. Das Landgericht geht im Sinne der unterstellten Tatsache von weiteren Geschäften des Zeugen aus. Es hat damit auch den von der Verteidigung begehrten Schluß gezogen, der Zeuge habe insofern gegenüber den vernehmenden Polizeibeamten die Unwahrheit gesagt. Dieses Einzelindiz ist folglich im Sinne des Beweisbegehrens behandelt worden. Hiernach war das Landgericht indes bei der Gesamtwürdigung der Beweise (vgl. dazu Schlüchter, Wahrunterstellung und Aufklärungspflicht bei Glaubwürdigkeitsfeststellungen 1992 S. 27 ff.) nicht an der Annahme gehindert, die Aussage des Zeugen sei von dessen nachvollziehbarem Bemühen geprägt gewesen, die eigene Verstrickung in Rauschgiftgeschäfte geringer darzustellen, und seine Angaben zu den Taten der Angeklagten seien glaubhaft.
>
> Auch der Vorrang der Aufklärungspflicht (Schlüchter aaO S. 18 ff. m.w.Nachw.) stand der Wahrunterstellung hier nicht entgegen. Denn es lagen keine konkreten Hinweise darauf vor, daß sich aus der beantragten Zeugenvernehmung mehr als nur die bereits von der Wahrunterstellung erfaßte Hilfstatsache ergeben konnte, daß B. über größere Geldmengen aus Drogengeschäften verfügt hatte. ...“[217]

Zur Wahrunterstellung bei Glaubwürdigkeitsfragen im Widerstreit mit der Aufklärungspflicht weiter:

> „ … Die unter Beweis gestellte Tatsache durfte nicht als wahr unterstellt werden; die Vernehmung des Zeugen hätte durchgeführt werden müssen. Mit dem Beweisantrag sollte die Unglaubwürdigkeit des Mitangeklagten, auf dessen Angaben die zugelassene Anklage beruhte, dargetan werden. Eine Wahrunterstellung ist grundsätzlich nur zulässig, wenn dies ohne Verletzung der Aufklärungspflicht geschehen kann. Von der Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder Mitangeklagten, der den Angeklagten belastet, hat sich das Gericht jedoch in aller Regel durch Klärung von behaupteten Hilfstatsachen einen umfassenden Eindruck zu verschaffen. In solchen Fällen läßt sich ein zutreffendes Bild von der Beweisperson meist nur dadurch gewinnen, daß über diese Tatsachen Beweis erhoben wird, es sei denn, sie sind für die Entscheidung ohne Bedeutung (BGH MDR 1988, 981; 1990, 98; StV 1990, 293; NStZ 1992, 28). Dies kann hier nicht ohne weiteres angenommen werden. Abgesehen davon, daß der Senat Gründe für die Ablehnung eines Beweisantrages nicht austauschen darf (vgl. Kleinknecht/ Meyer-Goßner StPO 42. Aufl. § 244 Rdn. 86 m.w.N.), ist die Bedeutungslosigkeit hier auch nicht ersichtlich: Bei der Frage, ob H. an dem Kauf der Tatwaffe beteiligt war, handelt es sich nicht um einen nur nebensächlichen Umstand für die Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit; denn die Beschaffung des Tatwerkzeugs ist ein zentraler Punkt im Rahmen der Tatplanung und -vorbereitung. Sollte H. entgegen seinen Angaben tatsächlich die Waffe gekauft haben, so könnte dies durchaus auch auf die Frage Einfluß haben, ob er zur Tat angestiftet wurde oder von sich aus den Tatentschluß gefaßt hat. Es hätte daher näher begründet werden müssen, weshalb die Strafkammer die Beweistatsache - obwohl sie falsche Angaben der Hauptbelastungsperson zu einem wesentlichen Umstand darlegt - trotzdem für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit H.'s hinsichtlich der behaupteten Anstiftung durch den Angeklagten für bedeutungslos halten durfte. ...“[218]

Das Kammergericht befasste sich ebenfalls mit der Neufassung und zeigt zwischen den Zeilen für Tatrichterschaft mutmaßlich modernisierte Wege auf, wie die Probleme mit der Wahrunterstellung ggf. galant umgangen werden könnten:

---

217 BGH, Beschluss vom 07.10.1998 - 1 StR 287/98; BGH, Beschluss vom 20.09.1995 - 5 StR 435/95 zu den Anforderungen an die Urteilsgründe

218 BGH, Beschluss vom 04.06.1996 - 4 StR 242/96

„ … Zwar ist als Grundsatz anerkannt, dass weder das Tat- noch das Revisionsgericht die in § 244 StPO bezeichneten Ablehnungsgründe austauschen darf. Denn der Angeklagte muss sich auf den ihm bekannt gemachten Ablehnungsgrund ggf. einstellen und seine Verteidigung darauf ausrichten können (vgl. BGHSt 48, 268; Senat StV 2019, 834 [Volltext bei juris], hierzu auch Krenberger, jurisPR-VerkR 1/2019 Anm. 5). Dies hat z. B. Bedeutung bei der Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO), auf deren Einhaltung der Angeklagte ein schutzwürdiges Vertrauen haben kann (BGHSt 32, 44; Hamm/Pauly in: Hamm/Pauly a.a.O., Rn. 927).

Etwas anderes muss allerdings beim Ablehnungsgrund der Unzulässigkeit gelten, weil er objektiv besteht und sich mit ihm keinerlei prozessuale Weiterungen verbinden. Dem Angeklagten können hier keine Nachteile dadurch entstanden sein, dass er von einer auf § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO gestützten Ablehnung ausging, der Senat die Ablehnung aber (bereits) als nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gerechtfertigt und geboten bewertet. Wegen der objektiv bestehenden Bindungswirkung hätte sich der Angeklagte auch dann nicht anders verteidigen können, wenn bereits die Strafkammer den Beweisantrag als unzulässig abgelehnt hätte. ...“[219]

Unzureichend konkretisierte, unklare oder widersprüchliche Beweistatsachen dürfen grundsätzlich nicht als wahr unterstellt werden. Darin liegt aber nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die zugesagte Wahrunterstellung:

„ … Nicht ausreichend konkretisierte, unklare oder widersprüchliche Beweistatsachen dürfen zwar grundsätzlich nicht als wahr unterstellt werden. Enthält das Beweisbegehren derartige Behauptungen, so hat das Gericht vor der Wahrunterstellung darauf hinzuwirken, dass die Beweisbehauptung präzisiert oder ihr Sinn klargestellt wird. Unterlässt es dies jedoch und unterstellt das Vorbringen gleichwohl als wahr, so ist es an diese Zusage in derselben Weise gebunden, als wenn es sich hierbei um eine ausreichend konkretisierte Beweisbehauptung gehandelt hätte. Hieraus folgt zunächst, dass es sich in den Urteilsgründen nicht in Widerspruch zu der Wahrunterstellung setzen darf. Im Übrigen kann das Revisionsgericht angesichts der Zusage einer Wahrunterstellung nicht darauf abstellen, dass es dem Tatgericht möglich gewesen wäre, eine unzureichende Konkretisierung der Beweisbehauptung anzunehmen; vielmehr ist es im Falle einer Wahrunterstellung unerheblich, ob das Antragsvorbringen den Konkretisierungsanforderungen an eine Beweisbehauptung genügt (vgl. zu alldem BGH, Urteil vom 9. Mai 1994 - 5 StR 354/93, BGHSt 40, 169, 185; Beschluss vom 16. September 1997 - 5 StR 440/97, NStZ-RR 1998, 13, 14; LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 304 mwN). Dies bedeutet, dass sich die revisionsrechtliche Überprüfung bei Behauptungen, deren Inhalt als wahr unterstellt wird, einheitlich nach den im Rahmen des § 244 Abs. 3 StPO geltenden Maßstäben vollzieht, nicht aber - wie sonst bei einem Vorbringen, das die Anforderungen an eine Beweisbehauptung wegen mangelnder Bestimmtheit nicht erfüllt - nach denjenigen des § 244 Abs. 2 StPO.

Dessen eingedenk hat die Strafkammer in den Urteilsgründen nicht gegen die zugesagte Wahrunterstellung verstoßen. Die Auslegung des Beweisvorbringens (zu dem hieran anzulegenden Maßstab vgl. etwa BGH, Urteile vom 13. August 1991 - 5 StR 263/91, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 23; vom 15. November 1994 - 1 StR 550/94, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 27; Beschluss vom 9. Januar 2008 - 5 StR 549/07, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 39) ergibt, dass das Landgericht dieses nicht in unzulässiger Weise eingeengt oder verändert hat. Der Beweisantrag, der der Wahrunterstellung zugrunde gelegen hat, enthält zunächst als Reaktion auf Hinweise des Gerichts in einem ersten Teil unter I. 1.

219 KG Berlin, Urteil vom 30.06.2021 - (3) 161 Ss 61/21 (28/21)

> und 2. Ausführungen dazu, weshalb aus Sicht der Verteidigung die Zeiträume von 10:02 Uhr bis 10:22 Uhr und 10:30 Uhr bis 11:00 Uhr nicht als Tatzeiträume in Betracht kamen, ohne dass insoweit Beweisangebote gemacht werden. Sodann folgen in einem neuen Abschnitt unter II. Ausführungen dahin, dass es ausgeschlossen sei, 'nach der Wegstrecke Jet-Tankstelle bis zum Funkmast Barmen um 10:22:55 Uhr, gleichwohl im Zeitfenster 10:34 Uhr bis 10:43 Uhr den Tatortbereich zu erreichen'. Im Anschluss wird - ebenfalls noch unter II. - beantragt, zu der Frage, ob es dem Angeklagten Je. P. aufgrund der besonderen Umstände im Wuppertaler Straßenverkehr möglich gewesen sei, den Tatortbereich 'im streitbefangenen Zeitfenster' zu erreichen, ein Sachverständigengutachten einzuholen und weitere Beweise zu erheben. Damit belegen sowohl der Wortlaut des Antrags als auch dessen Sinnzusammenhang unter Berücksichtigung von Ablauf und Stand der Hauptverhandlung, dass die begehrte Beweiserhebung sich lediglich auf das Zeitfenster 10:34 Uhr bis 10:43 Uhr bezog. Nur soweit reicht folglich auch die Wahrunterstellung des Landgerichts. Nach den Urteilsfeststellungen begann der Überfall auf den Zeugen C. am 22. Juli 2014 erst gegen 11:00 Uhr, mithin außerhalb des in Rede stehenden Zeitraumes.[220]

Zum Verhältnis der Wahrunterstellung und der Aufklärungspflicht des Tatgerichts folgende bedenkliche Ausführungen zu beachten:

> „ … Anderes ergibt sich auch nicht aus der Behandlung eines Hilfsbeweisantrags des Angeklagten auf Einholung eines Sachverständigengutachtens, mit dem 'festgestellt werden' sollte, 'dass der Angeklagte zur Tatzeit aufgrund seiner Betäubungsmittelabhängigkeit und des hieraus erwachsenen Beschaffungsdrucks in seiner Fähigkeit zu einem einsichtsgemäßen Verhalten erheblich eingeschränkt war.' Das Landgericht hat 'diese Tatsache' als wahr unterstellt. Insoweit gilt: Die erheblich eingeschränkte Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit ist bereits keine bestimmte Beweistatsache, die zum tauglichen Gegenstand eines Beweisantrags gemacht werden kann (vgl. LR-Becker, 26. Aufl., § 244 Rn. 98 mwN). Eine Wahrunterstellung kommt zudem nur in Betracht, wenn damit keine Verletzung der Aufklärungspflicht verbunden ist. Sie hat zu unterbleiben, wenn konkrete Anhaltspunkte es als möglich erscheinen lassen, dass die zugunsten des Angeklagten wirkende Beweisbehauptung widerlegt werden kann (vgl. LR-Becker, aaO Rn. 291). ...“[221]

Etwas klarer zuvor zum Vorrang der Aufklärungspflicht:

> „ … **Die Verteidigung beantragte am vorletzten Verhandlungstag die Vernehmung der Nebenklägerin, die an dem vorangegangenen Verhandlungstag vernommen worden war, zum Beweis der Tatsache, daß diese gegenüber ihrem Bruder Dirk geäußert habe, 'es würde ihr leid tun, was sie mit ihrer Anzeige verursacht hat, daß sie ihre Mama, ihren Papa, die Hunde und Dirk vermissen würde und daß es zwar stimmen würde, daß ihr Papa sie geschlagen hätte und ihr Hausarrest gegeben hätte, daß das Weitere aber von den Nachbarn käme'. In der Begründung des Beweisantrages ist u.a. ausgeführt, aus dem etwa drei bis vier Wochen vor der Hauptverhandlung geführten Telefongespräch ergebe sich, daß die Nebenklägerin 'die von ihr im Verfahren bis jetzt getätigte Aussage dahingehend revidiert hat, daß es zwar mit den Körperverletzungen und dem Hausarrest stimme, jedoch die weitergehenden Anschuldigungen nicht von ihr sondern von den Nachbarn stammen'** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Das Landgericht hat diesen Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, daß die behaupteten Tatsachen zu Gunsten des Angeklagten so behandelt werden, als wären sie wahr.

220 BGH, Beschluss vom 13.06.2017 - 3 StR 48/17
221 BGH, Urteil vom 02.09.2010 - 3 StR 273/10

Das Landgericht, das sich dem Gutachten der Sachverständigen zur Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin angeschlossen hat, hat im Rahmen der Beweiswürdigung ausgeführt, die Sachverständige habe sich mit der als wahr unterstellten Aussage der Nebenklägerin gegenüber ihrem Bruder auseinandergesetzt und die Hypothese einer Suggestion durch das Verhalten Dritter, etwa der Nachbarn, zurückgewiesen. Ein erklärbares Motiv für diese Aussage sei, daß die Nebenklägerin ihren Bruder schützen wolle, der sich nach der Interpretation seiner Mutter in einer seelisch instabilen Lage befinde und den Angeklagten sehr vermisse. Im Verhältnis zu ihrem Bruder habe sich der Angeklagte nach dem Empfinden der Nebenklägerin 'nicht so 'falsch' verhalten, so daß sie dem Bruder nicht sein Bild vom Vater nehmen wollte' (UA 20/21).

Die Revision beanstandet die Ablehnung des Beweisantrages zu Recht. Es kann dahinstehen, ob darin, daß das Landgericht nur die Tatsache, daß es ein Gespräch des behaupteten Inhalts zwischen der Nebenklägerin und deren Bruder gegeben hat, als erwiesen betrachtet hat, nicht aber auch den Inhalt der Äußerungen der Nebenklägerin, eine unzulässige Einschränkung oder Veränderung der Beweisbehauptung liegt (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 10, 19 m.w.N.). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist anerkannt, daß eine Wahrunterstellung nicht in Betracht kommt, wenn die Sachaufklärung vorrangig ist (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 32 m.N.). Dies ist der Fall, wenn die Beweisbehauptung wegen ungeklärter Umstände für eine Sachbehandlung durch Wahrunterstellung ungeeignet ist (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 10, 32). So liegt es hier:

Nach den Feststellungen hatte die Nebenklägerin im Verlauf eines Gesprächs mit zwei Nachbarinnen deren Frage, ob sie mißbraucht würde, bejaht, worauf diese gegen den Angeklagten Strafanzeige erstatteten. Im Hinblick darauf ließen sich nach der vom Landgericht vorgenommenen Wahrunterstellung die Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin erschütternde Widersprüche zwischen deren Angaben zu den Mißbrauchsfällen in der Hauptverhandlung und in dem mit dem Bruder Dirk geführten Telefongespräch nur dadurch ausschließen, daß das Landgericht der Sachverständigen folgend davon ausging, die Nebenklägerin habe, um ihren Bruder zu schützen, ihre den Angeklagten belastenden Angaben im Ermittlungsverfahren, obwohl diese der Wahrheit entsprachen, als von „den Nachbarn“ stammend und damit als unzutreffend bezeichnet. Damit ist das Landgericht zugunsten der Nebenklägerin aber zu Lasten des Angeklagten von besonderen Umständen ausgegangen, auf deren Klärung sich die beantragte Beweiserhebung durch die Vernehmung der - wie die Revision geltend macht und die Urteilsgründe belegen - zu dem behaupteten Telefongespräch bei ihrer Zeugenvernehmung nicht gehörten Nebenklägerin hätte erstrecken können und müssen, zumal die Erwägungen der Sachverständigen zu dem als wahr unterstellten Telefongespräch in dem in den Urteilsgründen mitgeteilten Beweisergebnis keine Stütze finden. Können nicht feststehende Umstände, die von der Beweisbehauptung nicht umfaßt werden, über die Tragweite einer als wahr unterstellten Tatsache entscheiden, darf eine dem Angeklagten günstige Schlußfolgerung aber nicht allein mit der Begründung abgelehnt werden, mit Rücksicht auf solche Umstände sei eine andere Schlußfolgerung möglich. Vielmehr ist dann die Sachaufklärung vorrangig (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 10). ...“[222]

222 BGH, Beschluss vom 19.07.2005 - 4 StR 164/05; siehe auch BGH, Beschluss vom 14.08.1996 - 3 StR 262/96 und BGH, Urteil vom 02.03.1993 - 1 StR 860/92; BGH, Beschluss vom 16.03.1990 - 2 StR 51/90: "Die Ablehnung von Beweisanträgen wegen Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung (oder durch Wahrunterstellung) darf nicht dazu führen, daß aufklärbare (oder unwiderlegbare) zugunsten eines Angeklagten sprechende Umstände einer gebotenen Gesamtwürdigung im Rahmen der Beweiswürdigung entzogen werden (vgl. BGH, Urt. v. 3. Mai 1989 -

Die Wahrunterstellung kommt nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht. Der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung und der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit schließen einander aus:

> „ … Das Landgericht hat die Beweisbehauptung als wahr unterstellt und in der Beschlussbegründung weiter ausgeführt, dass die behaupteten (Indiz-)Tatsachen für die Entscheidung ohne Bedeutung seien, weil die Strafkammer im Falle ihres Erwiesenseins daraus nicht den zwingenden Schluss ziehen werde, das bei dem Angeklagten sichergestellte Rauschgift sei vollständig für den Zeugen A. oder eine unbekannte Person namens 'Ma.' und deshalb nicht für die Angeklagte K. bestimmt gewesen. Der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung, der nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht kommt, und der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit schließen einander aber aus (BGH, Beschluss vom 30. November 2005 - 2 StR 431/05, StV 2007, 18, 19; Urteil vom 28. Mai 2003 - 2 StR 486/02, NStZ-RR 2003, 268). Die für den revisionsgerichtlichen Prüfungsumfang allein maßgebliche Angriffsrichtung dieser Verfahrensrüge (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 14. Juli 1998 - 4 StR 253/98, NStZ 1998, 636 sowie jüngst BGH, Urteil vom 14. April 2015 - 5 StR 20/15, Tz. 19) geht indes nicht auf den in der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags liegenden Verfahrensmangel. Die Revision sieht diesen vielmehr in der fehlenden Auseinandersetzung des Urteils mit den als wahr unterstellten Tatsachen im Hinblick auf eine mögliche Erschütterung der Glaubhaftigkeit der die Angeklagte belastenden Angaben des Mitangeklagten S., nachdem dieser zunächst einen 'Ma.' als Empfänger der Rauschgiftlieferung benannt hatte (RB S. 6, 10 oben). Wegen der Widersprüchlichkeit der Beschlussbegründung ist aber schon fraglich, ob in ihr überhaupt die Zusage einer Wahrunterstellung gesehen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 aaO). Jedenfalls übersieht der Beschwerdeführer, dass nicht jede Nichterwähnung einer als wahr unterstellten Beweistatsache im Urteil gleichbedeutend ist mit einem Erörterungsmangel.
>
> Vielmehr bedarf es einer Auseinandersetzung mit den als wahr unterstellten Tatsachen in den Urteilsgründen nur, wenn sie sich angesichts der im Übrigen gegebenen Beweislage aufdrängt und die Beweiswürdigung sich sonst als lückenhaft erwiese (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 aaO; Beschluss vom 6. Juni 2002 - 1 StR 33/02, StV 2002, 641). Die Möglichkeit einer Falschbezichtigung der Angeklagten durch den Mitangeklagten hat die Strafkammer auch im Hinblick auf einen möglichen alternativen Adressaten der Betäubungsmittel-Lieferung namens 'Ma.' im Urteil im erforderlichen Umfang erörtert. Die Ausführungen stehen ersichtlich nicht im Widerspruch zur Begründung des Ablehnungsbeschlusses. Einer weiter gehenden Erörterung bedurfte es nicht. Denn die Vernehmung des Zeugen M. war, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist, auf den Nachweis gerichtet, der Zeuge A. sei in früheren, nicht näher gekennzeichneten Fällen Abnehmer des Zeugen Kr. Gewesen.
>
> Das angefochtene Urteil würde auf einer fehlerhaften Handhabung der Ablehnungsgründe durch die Strafkammer auch nicht beruhen. Der Angeklagte war über die tatrichterliche Bewertung der Beweistatsache bereits durch die Begründung des Ablehnungsbeschlusses umfassend informiert. Er konnte sein Verteidigungsverhalten danach darauf einstellen, dass das Landgericht den ihm durch den Antragsinhalt angesonnenen Schluss auf die Unglaubwürdigkeit des Mitangeklagten allein auf der Grundlage der Beweisbehauptung voraussichtlich nicht ziehen würde, die endgültige Bewertung indes der abschließenden Gesamtwürdigung der Beweise vorbehalten bleiben würde. Schon damit waren seine Verteidigungsinteressen umfassend gewahrt; das Fehlen eines - hier nicht erforderlichen - Hinweises auf eine etwaige ab-

2 StR 735/88)."

> weichende Beurteilung durch das Gericht im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung (vgl. dazu LR-StPO/Becker, 26. Aufl., § 244 Rn. 310 mwN) wird von der Revision folglich auch nicht beanstandet. ...“[223]

Als wahr unterstellte Tatsachen dürfen in den schriftlichen Urteilsgründen als unerheblich behandelt werden:

> „ … Es ist unschädlich, dass das Landgericht die als wahr unterstellten Aussagen des Zeugen E. B. in den Urteilsgründen als unerheblich angesehen hat (UA S. 31). Zwar dürfen nur erhebliche Tatsachen, die zu Gunsten des Angeklagten wirken und zu seiner Entlastung behauptet werden, als wahr unterstellt werden (KK-Fischer, StPO, 6. Aufl., § 244 Rn. 185). Da Beweisthema und damit Gegenstand der Wahrunterstellung jedoch - wie bereits ausgeführt - nicht die unmittelbar beweiserheblichen Tatsachen (tätlicher Angriff auf den Zeugen G. , wechselseitige Faustschläge, Angeklagter nicht im Besitz eines Messers), sondern die hierzu gemachten Angaben des Zeugen B. betrafen, war die Kammer nicht gehalten, davon auszugehen, das tatsächliche Geschehen habe diesen Bekundungen entsprochen. Die Bewertung und Einstellung der Aussageinhalte in das Beweisgefüge war vielmehr Sache der Strafkammer (BGH, Urteil vom 20. April 1993 - 1 StR 886/92, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 25). Im Hinblick auf die sonstige Beweislage, insbesondere die Einlassung des Angeklagten, der den tödlichen Messerstich eingeräumt hat, sowie die glaubhaften Aussagen der Zeugen Ki. und D. , musste die Strafkammer aus den als wahr unterstellten Angaben des Zeugen B. nicht die von der Antragstellerin bzw. dem Angeklagten an gestrebten Schlussfolgerungen ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 - 5 StR 410/05, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 37; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 244 Rn. 71a). Der Tatrichter braucht den Angeklagten in der Regel nicht vom Wechsel der Bewertung einer Beweisbehauptung zu unterrichten, wenn eine als wahr unterstellte Indiztatsache sich nach dem Ergebnis der Urteilsberatung als bedeutungslos erweist. Umstände, die eine Ausnahme von dieser Regel gebieten können, liegen nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 1990 - 3 StR 109/89, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 20). ...“[224]

Die Grenzen der Wahrunterstellung werden immer wieder aufgezeigt, u.a. weil sie sich nicht auf die Schlussfolgerungen aufgrund der als wahr unterstellten Tatsache bezieht:

> „ … Auch die Rüge, das Landgericht habe die als wahr unterstellten Äußerungen P. s in einer früheren Beschuldigtenvernehmung vom 12. April 2012 zu Lasten des Angeklagten verwertet, greift nicht durch. Das Landgericht hat sich auf UA 21 mit den Darstellungen P. s zu seinen verschiedenen Schwarzfahrten auseinandergesetzt. Es hat aus der als wahr unterstellten Tatsache, P. habe eingeräumt, öfter bzw. "fast jedes Mal" beim Schwarzfahren auf der Strecke von C. nach T. 'erwischt' worden zu sein, allerdings nicht den vom Angeklagten gewünschten Schluss auf fehlende Konstanz zur Angabe weiterer Schwarzfahrten in der späteren polizeilichen Vernehmung gezogen. Hierzu war es nicht gehalten. Das Gericht braucht aus einer als wahr unterstellten Indiztatsache nicht die Schlussfolgerungen zu ziehen, die der Antragsteller gezogen wissen will (BGH, Urteile vom 6. August 1986 - 3 StR 234/86, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 1, und vom 7. Februar 2008 - 4 StR 502/07, Tz. 27, inso-

223 BGH, Beschluss vom 02.06.2015 - 4 StR 111/15; siehe auch BGH, Beschluss vom 03.02.2015 - 3 StR 544/14: die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit und der Wahrunterstellung schließen einander grundsätzlich aus; ebenso BGH, Beschluss vom 02.10.2012 - 3 StR 366/12, BGH, Beschluss vom 30.11.2005 - 2 StR 431/05, BGH, Urteil vom 28.05.2003 - 2 StR 486/02, BGH, Beschluss vom 07.11.2002 - 3 StR 216/02; vgl. auch BGH, Beschluss vom 15.01.1991 - 4 StR 539/90

224 BGH, Urteil vom 28.02.2013 - 4 StR 357/12

weit in NJW 2008, 1093 nicht abgedruckt). ..."[225]

Ebenso:

> „ … Der Verteidiger hatte in der Hauptverhandlung vom 31. Oktober 1988 beantragt, die ehemalige Sekretärin des Angeklagten, Frau A, als Zeugin zu vernehmen. In dem Beweisantrag (Bd. XVI Bl. 146 d.A.), mit dem zugleich auch die Verlesung von Briefen beantragt worden war, fand sich die Beweisbehauptung, daß die Öffentliche Bausparkasse, eine Abteilung der B Landesbank, in den Fällen C 2, C 3 und C 4 der Urteilsgründe "Kenntnis vom beurkundeten Kaufpreis" hatte. Weiter heißt es in dem Beweisantrag, der Angeklagte habe jeweils nach der Beurkundung beglaubigte Kopien der Verträge, die den zutreffenden Kaufpreis enthielten, an die Öffentliche Bausparkasse gesandt; die Zeugin A habe die Briefe geschrieben und den Versand erledigt; die Briefe seien bei der Öffentlichen Bausparkasse eingegangen (Anmerkung des Verf.: erfolglos).
>
> Das Landgericht hat 'die behauptete Tatsache' als wahr unterstellt (Bd. XVI Bl. 164, 170 d.A.). Die Revision macht zu Unrecht geltend, daß die Feststellungen der Wahrunterstellung widersprächen. Der Beweisantrag mußte in dem Sinne ausgelegt werden, daß die benannte Zeugin (nur) Aussagen über die Anfertigung und Absendung der Schreiben und Vertragskopien machen sollte. Mit diesen Beweisbehauptungen sind die Feststellungen vereinbar. Das Landgericht hat darüber hinaus angenommen, daß die Briefe "innerhalb der üblichen Postlaufzeit bei der B Landesbank/ÖBS eingegangen sind" (UA S. 35). Der Tatrichter war nicht genötigt, aus den im Zusammenhang mit der Benennung der Zeugin A als wahr unterstellten Tatsachen weitere Folgerungen zugunsten des Beschwerdeführers zu ziehen. ..."[226]

Ein günstiger Schluss darf aber nicht allein mit der Begründung versagt werden, es sei mit Rücksicht auf solche Umstände ein anderer Schluss möglich, wenn diese Umstände weder feststehen noch von der Beweisbehauptung umfasst werden.[227]

Wahrunterstellung und Urteilsgründe

Das ist eine unendliche Geschichte, mit sich der BGH immer wieder befassen musste und sich zuletzt zu weiteren Klarstellungen veranlasst sah:

> „ … b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt im Fall der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Wahrunterstellung:
>
> Das Tatgericht muss bei der Urteilsfindung die Zusage einlösen, eine bestimmte Behauptung zugunsten des Angeklagten als wahr zu behandeln. Die Urteilsgründe dürfen sich mit einer - bis zum Schluss der Hauptverhandlung unwiderrufen gebliebenen - Wahrunterstellung nicht in Widerspruch setzen. Denn der Angeklagte kann grundsätzlich auf die Einhaltung einer solchen Zusage vertrauen und danach seine Verteidigung einrichten. In diesem berechtigten Vertrauen wird er enttäuscht, wenn das Gericht von der Wahrunterstellung abrückt (s. BGH, Urteil vom 6. Juli 1983 - 2 StR 222/83, BGHSt 32, 44, 46 f.; Beschlüsse vom 28. August 2002 - 1 StR 277/02, NStZ 2003, 101; vom 13. Juni 2017 - 3 StR 48/17, NStZ 2018, 48; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 317 mwN).
>
> Stehen die Urteilsgründe nicht in Widerspruch zu der als wahr unterstellten Tatsache,

225 BGH, Urteil vom 17.07.2014 - 4 StR 78/14; BGH, Urteil vom 27.05.1982 - 4 StR 34/82
226 BGH, Urteil vom 05.12.1989 - 5 StR 208/89
227 BGH, Urteil vom 26.01.1982 - 1 StR 802/81

so müssen sie sich grundsätzlich nicht explizit zu ihr verhalten. Im Einzelfall kann die in der Wahrunterstellung liegende Zusage es allerdings ausnahmsweise weitergehend gebieten, die Tatsache im Rahmen der Beweiswürdigung ausdrücklich mit zu erwägen. Das ist dann der Fall, wenn sich dies angesichts der im Übrigen gegebenen Beweislage aufdrängt und die Beweiswürdigung sich sonst als lückenhaft erwiese (s. BGH, Urteil vom 21. Februar 1979 - 2 StR 749/78, BGHSt 28, 310, 311 f.; Beschlüsse vom 7. November 2000 - 1 StR 303/00, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 36; vom 16. November 2010 - 4 StR 530/10, NStZ 2011, 231; vom 2. Juni 2015 - 4 StR 111/15, juris Rn. 7; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 317 mwN).

c) Gemessen an diesen Maßstäben begegnet es durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht die als wahr unterstellte Tatsache - die legale Bezugsquelle für die bezeichneten Blutzuckerteststreifen zu einem Preis von unter 14 € je Packung - nicht in die Beweiswürdigung einbezogen hat. Vielmehr befassen sich die Urteilsgründe mit dieser Tatsache allein im Rahmen der rechtlichen Würdigung unter dem Gesichtspunkt der vom Tatbestand der Hehlerei vorausgesetzten Bereicherungsabsicht.

aa) Der Angeklagte hat sich nicht zur Sache eingelassen. Die Strafkammer hat als Indiz dafür, dass alle fünf Lieferungen Teststreifen enthielten, die C. durch Betrugstaten erlangt hatte, sowie dafür, dass der Angeklagte diese deliktische Herkunft für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, unter anderem den zwischen beiden vereinbarten Kaufpreis (nahezu durchgehend 13,85 € netto je Packung) herangezogen. Nach den Angaben eines als Zeugen vernommenen Apothekers habe dieser Preis deutlich unter denjenigen eines Großhändlers (mindestens 16 € je Packung) gelegen.

bb) Die Beweiswürdigung zur deliktischen Herkunft der Teststreifen deckt sich nicht mit der als wahr unterstellten Tatsache. Denn die Strafkammer hat die Feststellung, dass C. betrügerisch erlangte Ware lieferte, ergänzend mit der Erwägung belegt, für ihn hätte sich ein Erwerb "auf legale Weise ... auch nicht rentiert", wobei sie allein die von dem Apotheker bekundeten Großhandelspreise in den Blick genommen hat (UA S. 31). Trotz der Wahrunterstellung hat die Strafkammer bei ihrer Überzeugungsbildung somit die Möglichkeit eines legalen Erwerbs der Teststreifen durch C. unterhalb des von ihm vereinnahmten Kaufpreises ausgeblendet. Die Erwägung, dass sich ein legaler Erwerb der Teststreifen über das Internet für C. auch dann von vorneherein nicht hätte wirtschaftlich lohnen können, wenn er je Packung zwischen 13,85 € und 13,99 € gezahlt hätte, könnte den Widerspruch zwar auflösen. Eine solche Auslegung der Beweisbehauptung würde allerdings nicht ihrer vollen, sich aus Sinn und Zweck ergebenden Bedeutung gerecht, wie sie sich aus der Antragsbegründung eindeutig ergibt ("erheblich unter 14 €", beginnend "mit einem Gebotspreis von einem Euro").

cc) Die Beweiswürdigung zum Vorsatz ist jedenfalls lückenhaft. Denn in den Urteilsgründen ist dargelegt, der für den Angeklagten äußerst günstige Kaufpreis sei geeignet gewesen, bei ihm begründete Zweifel an der legalen Herkunft der Teststreifen zu wecken. Ihm habe sich die Frage gestellt, weshalb C. , der weder Großhändler sei noch naheliegender Weise die Ware von einem solchen bezogen habe, in der Lage gewesen sei, die gelieferte Menge so preiswert anzubieten (s. UA S. 33). Diese Ausführungen lassen außer Acht, dass C. - was das Landgericht als wahr unterstellt hat - die Möglichkeit gehabt hatte, sich die gelieferten Teststreifen über das Internet zu einem derart günstigen Preis zu beschaffen. Diese Möglichkeit zu erwägen, hätte sich aufgedrängt, weil aus Sicht des Angeklagten ein solcher strafloser Bezug der Ware C.s Verhalten hätte wirtschaftlich sinnvoll erscheinen lassen können. In Anbetracht der Beweiswürdigung zur deliktischen Herkunft ist überdies zu besorgen, dass die Strafkammer auch bezogen auf den Vorsatz von vorneherein ausgeschlossen hat,

dass sich für C. ein legaler Erwerb der Teststreifen rentieren konnte. ..."[228]

Dazu eine neuere Entscheidund, die deutlich macht, dass es Instanzgerichte mit der Wahrunterstellung nicht so ganz so ernst nehmen:

" … Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt und Einziehungsentscheidungen getroffen. Die hiergegen gerichtete, auf mehrere Verfahrensbeanstandungen und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat mit der Rüge eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 6 StPO Erfolg.

I. Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen suchte der Angeklagte die Nebenklägerin am Tattag in dem festen Entschluss auf, sie zu töten. Nachdem er die Tür zu ihrer Wohnung eingetreten hatte, wo sie gerade den gemeinsamen Sohn im Badezimmer versorgte, lief er zügig auf sie zu und hielt dabei die mitgeführte Schusswaffe samt Schalldämpfer mit ausgestrecktem Arm in der rechten Hand. Etwa eine Armlänge von ihr entfernt blieb der Angeklagte stehen, zielte mit der Waffe auf „Kopf-/Brusthöhe" der Nebenklägerin und drückte unvermittelt ab, um sie zu töten. Der Schuss verfehlte die Nebenklägerin knapp. Im Anschluss an die Schussabgabe wirkte der Angeklagte in fortbestehender Tötungsabsicht durch Schläge mit der Waffe auf den Kopf der Nebenklägerin ein, bis ein hinzueilender Nachbar ihn von der Fortsetzung der Tat abhielt.

Die Strafkammer hat ihre Überzeugung von einer gezielten Schussabgabe des Angeklagten auf Kopf-/Brusthöhe der Nebenklägerin maßgeblich auf deren Angaben und ein waffentechnisches Gutachten gestützt. Die Nebenklägerin habe bekundet, der Angeklagte habe die Waffe auf Höhe ihrer Brust oder ihres Kopfes gerichtet und sodann geschossen. Auf Grundlage der waffengutachterlichen Feststellungen ist das Landgericht zu der Annahme gelangt, das Fehlgehen des Schusses sei auf die ungenaue Anvisierungsmöglichkeit der verwendeten Waffe und die Instabilität der Fluglage des Geschosses zurückzuführen, welches mit der in dem verwendeten Schalldämpfer verbauten Gummi-Lochscheibe in Kontakt gekommen sei.

II. 1. Die Revision beanstandet mit Recht, das Landgericht habe sich im Rahmen der Beweiswürdigung zu einer gemäß § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 6 StPO als wahr unterstellten Beweistatsache in Widerspruch gesetzt.

a) Dieser Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

In der Hauptverhandlung vom 16. September 2022 **beantragte die Verteidigung die Vernehmung (Anm.: erfolgreich) der Zeugin KOK'in K. zum Beweis der Tatsache, dass die Nebenklägerin im Rahmen ihrer Vernehmung vom 12. Januar 2022 befragt dazu, wie der Angeklagte die Waffe zum Zeitpunkt der Schussabgabe gehalten habe, antwortete: 'Er stand tatsächlich dann mit der Waffe vor mir, hatte dann geschossen, aber ich weiß nicht, wohin er geschossen hat. Ob es jetzt an meinem Kopf war, daneben oder in die Richtung, ich kann es nicht sagen.'**

Die Schwurgerichtskammer wies den Antrag in der Hauptverhandlung vom 30. September 2022 zurück, da die behauptete Beweistatsache so behandelt werden könne, als wäre sie wahr.

In den Urteilsgründen hat das Landgericht im Rahmen der Beweiswürdigung ausge-

228 BGH, Beschluss vom 04.02.2020 - 3 StR 313/19; so schon BGH, Beschluss vom 22.12.1988 - 2 StR 685/88: eben so zuletzt KG Berlin, Beschluss vom 30.03.2022 - (2) 121 Ss 133/21 (34/21)

führt, die Angaben der Nebenklägerin stünden einem bewussten Danebenhalten und Zielen in Richtung des Badezimmers entgegen. Sie habe in der Hauptverhandlung als Zeugin bekundet, der Angeklagte sei bis auf Armeslänge schnell an sie herangelaufen. Zu dieser Zeit habe er die Schusswaffe in der rechten Hand etwa in Brust-/Bauchhöhe gehalten. Dann habe er die Waffe mit ausgestrecktem Arm 'auf Höhe ihrer Brust oder ihres Kopfes gerichtet und sogleich abgedrückt'. Aus welchem Grund die Kugel sie nicht getroffen habe, könne sie nicht sagen. 'Diese Angaben stimmten mit ihrer Aussage im Rahmen der polizeilichen Vernehmung überein.'

b) Im Falle der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Wahrunterstellung gilt Folgendes:

Das Tatgericht muss bei der Urteilsfindung die Zusage einlösen, eine bestimmte Behauptung zugunsten des Angeklagten als wahr zu behandeln. Die Urteilsgründe dürfen sich mit einer - bis zum Schluss der Hauptverhandlung unwiderrufen gebliebenen - Wahrunterstellung nicht in Widerspruch setzen. Denn der Angeklagte kann grundsätzlich auf die Einhaltung einer solchen Zusage vertrauen und danach seine Verteidigung einrichten. In diesem berechtigten Vertrauen wird er enttäuscht, wenn das Gericht von der Wahrunterstellung abrückt (BGH, Beschluss vom 4. Februar 2020 - 3 StR 313/19, NStZ 2020, 690 Rn. 6 mwN; Urteil vom 6. Juli 1983 - 2 StR 222/83, BGHSt 32, 44, 46 f.; s. zum Ganzen auch LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 288 ff., zu den Urteilsgründen Rn. 315 ff.). Die als wahr unterstellte Beweistatsache ist in ihrer Bedeutung, wie sie sich nach dem Sinn und Zweck des Beweisantrags ergibt, ohne Verkürzung, Umdeutung oder sonstige inhaltliche Änderung als wahr - d.h. als erwiesen (so schon BGH, Urteile vom 14. Juli 1961 - 4 StR 191/61, NJW 1961, 2069; vom 4. Mai 1951 - 4 StR 216/51, BGHSt 1, 137, 139) - zu behandeln und dem Urteil zugrunde zu legen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 28. August 2002 - 1 StR 277/02, NStZ 2003, 101 Rn. 3; vom 13. Oktober 2021 - 2 StR 477/19, NStZ 2022, 501 Rn. 10 mwN; Urteile vom 8. November 1999 - 5 StR 632/98, NJW 2000, 443, 445; vom 13. Dezember 1967 - 2 StR 619/67, NJW 1968, 1293; s. hierzu auch MüKoStPO/Trüg/Habetha, 2. Aufl., § 244 Rn. 344 mwN).

c) Gemessen an diesen Maßstäben liegt ein Verstoß gegen das Kongruenzgebot des § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 6 StPO vor.

Die Strafkammer hat sich mit ihren die Konstanz der Angaben der Nebenklägerin betreffenden Ausführungen in den Urteilsgründen zu der von ihr als wahr unterstellten Beweistatsache in Widerspruch gesetzt.

Der als wahr unterstellten Beweisbehauptung zufolge hat die Nebenklägerin im Ermittlungsverfahren angegeben, nicht sagen zu können, wohin der Angeklagte geschossen habe, und hierbei auch die Variante, er habe '**daneben**' geschossen, ausdrücklich genannt. Demgegenüber besteht bei den in den Urteilsgründen genannten Angaben der Nebenklägerin zu der Schussabgabe die Varianz lediglich in Bezug auf die Körperregion (**Brust oder Kopf**). **Die explizite Nennung der Variante 'daneben' stellt sich vorliegend als erhebliche Abweichung zu den in den Urteilsgründen genannten Angaben der Nebenklägerin dar, so dass entgegen den Ausführungen der Strafkammer diese gerade nicht mit ihrer als wahr unterstellten Aussage im Rahmen der polizeilichen Vernehmung übereinstimmen.**

Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts sind die divergierenden Angaben insoweit auch nicht lediglich als unterschiedliche Formulierungen einer Unsicherheit der Nebenklägerin in Bezug auf die Frage zu verstehen, wohin der Angeklagte die Waffe vor der Schussabgabe richtete. Bei einer Schussabgabe in Höhe der Brust oder des Kopfes der Nebenklägerin oder aber eines „daneben“ Schießens handelt

es sich nach dem maßgeblichen Sinngehalt der Angaben um zwei unterschiedliche Sachverhaltsvarianten, da einzig die letztgenannte Alternative die Möglichkeit einer das Tatopfer intentional verfehlenden Schussabgabe eröffnet.

d) Das Urteil beruht auch auf dem dargelegten Verfahrensfehler, § 337 Abs. 1 StPO. Es ist nicht auszuschließen, dass die Strafkammer hinsichtlich der für die Annahme des Tötungsvorsatzes des Angeklagten relevanten Beurteilung der gezielten Schussabgabe auf Kopf-/Brusthöhe der Nebenklägerin zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn die als wahr unterstellte Tatsache widerspruchsfrei Berücksichtigung gefunden hätte. ...“[229]

Vorsicht ist dennoch geboten. Deshalb nochmals:

„ … Vielmehr bedarf es einer Auseinandersetzung mit den als wahr unterstellten Tatsachen in den Urteilsgründen nur, wenn sie sich angesichts der im Übrigen gegebenen Beweislage aufdrängt und die Beweiswürdigung sich sonst als lückenhaft erweise (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 aaO; Beschluss vom 6. Juni 2002 - 1 StR 33/02, StV 2002, 641). Die Möglichkeit einer Falschbezichtigung der Angeklagten durch den Mitangeklagten hat die Strafkammer auch im Hinblick auf einen möglichen alternativen Adressaten der Betäubungsmittel-Lieferung namens 'Ma.' im Urteil im erforderlichen Umfang erörtert. Die Ausführungen stehen ersichtlich nicht im Widerspruch zur Begründung des Ablehnungsbeschlusses. Einer weiter gehenden Erörterung bedurfte es nicht. Denn die Vernehmung des Zeugen M. war, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist, auf den Nachweis gerichtet, der Zeuge A. sei in früheren, nicht näher gekennzeichneten Fällen Abnehmer des Zeugen Kr. Gewesen. ...“[230]

Widersprüche in den Urteilsgründen und gesetzliche Grenzen können der Wahrunterstellung entgegen stehen:

„ … Das Landgericht hat dem Angeklagten A. zwar Strafmilderung nach § 31 Nr. 1 BtMG zugebilligt, diese jedoch dahin eingeschränkt, er habe zur Überführung des Mitangeklagten C. nicht beigetragen (UA S. 28). Gegen diese Feststellung wendet sich der Beschwerdeführer mit der Rüge, das Landgericht habe insoweit eine zugesagte Wahrunterstellung nicht eingehalten. Die Beanstandung ist begründet.

Der Angeklagte A. hat in der Hauptverhandlung den Zeugen Mehmet G. zum Beweis dafür genannt, daß der Mitangeklagte C. bei der Einfuhr der am 18. Oktober 1990 sichergestellten Heroinmenge von 16,4 kg wesentlich und über sein Eingeständnis hinaus mitgewirkt hat (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, die behaupteten Tatsachen könnten als wahr unterstellt werden. Diese Wahrunterstellung steht im Widerspruch zu der Feststellung, der Angeklagte A. habe zur Überführung des Mitangeklagten C. nicht beigetragen.

Dabei kann dahinstehen, ob es zulässig ist, Beweisanträge, mit denen der Angeklagte die Voraussetzungen des § 31 Nr. 1 BtMG dartun will, durch Wahrunterstellung zu erledigen (vgl. BGH StV 1986, 63 und 1989, 391), oder ob in solchen Fällen nicht die Sachaufklärung der Wahrunterstellung vorzugehen hat auch mit der Folge, daß bei nicht durchführbarer Beweiserhebung - etwa wegen Unerreichbarkeit eines Zeugen -

229 BGH, Beschluss vom 30.04.2024 - 3 StR 90/23

230 BGH, Beschluss vom 02.06.2015 - 4 StR 111/15; siehe dazu auch BGH, Beschluss vom 02.08.1989 - 3 StR 110/89

> der Aufklärungserfolg des § 31 Nr. 1 BtMG verneint werden müßte. Denn es erscheint bedenklich und mit dem Sinn der Vorschrift schwer vereinbar, sie lediglich auf Grund einer Wahrunterstellung anzuwenden; § 31 Satz 1 BtMG geht von einem tatsächlichen Aufklärungserfolg aus, der bei bloßer Wahrunterstellung gerade nicht erzielt ist.
>
> Nachdem das Landgericht jedoch zu Gunsten des Angeklagten so verfahren ist, mußte es sich auch an die Wahrunterstellung halten mit der Folge, daß es im Rahmen der schon aus anderen Gründen gewährten Strafrahmenverschiebung nach § 31 BtMG auch die - wahrunterstellte - Aufklärung der Tatbeteiligung des Mitangeklagten C. berücksichtigen mußte. Der Senat kann nicht ausschließen, daß sich dieser Mangel auf den Strafausspruch hinsichtlich des Angeklagten A. Ausgewirkt hat. ..."[231]

Die als wahr unterstellten Tatsachen dürfen in den schriftlichen Urteilsgründen nicht nachträglich ausdrücklich in Zweifel gezogen werden.[232]

Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, welche Tatsachen das Tatgericht als wahr unterstellt hat:

> „ … Allerdings bestehen gegen die Behandlung der Hilfsbeweisanträge im Urteil im übrigen auch jedenfalls insoweit rechtliche Bedenken, als das Gericht auf UA 29 bis UA 32 insgesamt zehn Anträge mittels Wahrunterstellung abgelehnt hat, ohne auch nur andeutungsweise die jeweilige Beweistatsache zu benennen. Grundsätzlich müssen die Urteilsgründe jedoch erkennen lassen, was das Gericht als wahr unterstellt (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 256). Andernfalls ist für das Revisionsgericht nicht ohne weiteres ersichtlich, was die unterstellten Tatsachen im Rahmen der Urteilsfeststellungen sachlich besagen und wie die Beweiswürdigung des Urteils und die Wahrunterstellung miteinander in Einklang gebracht werden können (vgl. BGHSt 28, 310, 311; BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung, unzureichende 11; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. S. 686/687). ..."[233]

Deshalb müssen die als wahr unterstellten Tatsachen in den Urteilsgründen erwähnt werden:

> „ … **Mit diesem Antrag war behauptet und unter Beweis gestellt worden, daß - entgegen den Angaben des Zeugen D. - der Zeuge J. ihm in der Zeit von Juli 1982 bis Januar 1983 keine 19,5 kg, sondern höchstens 10 kg Haschisch geliefert und niemals der Angeklagten persönlich Haschisch gegeben habe** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.**
>
> Das Landgericht hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, die darin behaupteten Tatsachen könnten so behandelt werden, als seien sie wahr. In den Urteilsgründen werden die als wahr unterstellten Tatsachen nicht erwähnt; weder erscheinen sie bei der Sachverhaltsschilderung noch setzt sich die Strafkammer im Rahmen der Beweiswürdigung mit ihnen auseinander.
>
> Dieses Verfahren war rechtsfehlerhaft. Wird ein Beweisantrag mit der Begründung zurückgewiesen, die behaupteten Tatsachen könnten als wahr unterstellt werden, so darf sich das Gericht dazu nicht in Widerspruch setzen, ist also gehindert, dem Urteil damit unvereinbare Feststellungen oder Erwägungen zugrundezulegen. Darin er-

231 BGH, Beschluss vom 03.12.1991 - 1 StR 619/91
232 BGH, Beschluss vom 14.11.1990 - 2 StR 454/90
233 BGH, Beschluss vom 08.02.1996 - 4 StR 776/95; BGH, Urteil vom 19.07.1983 - 1 StR 365/83

schöpft sich die Bedeutung der Wahrunterstellungszusage jedoch nicht; da nur erhebliche Tatsachenbehauptungen als wahr unterstellt werden dürfen, erwächst dem Gericht aus der Wahrunterstellungszusage zugleich die Pflicht, sich in der Beweiswürdigung des Urteils mit den als wahr unterstellten Tatsachen jedenfalls dann auseinanderzusetzen, wenn es sich dazu gedrängt sehen muß (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHSt 28, 210 f; BGH StV 1983, 441).

So lag es hier. Die Wahrunterstellung bezog sich nicht nur auf die Behauptung eines bestimmten Geschehensablaufs unter Ausschluß anderer Möglichkeiten, sondern auch darauf, daß die Angaben des Zeugen D. damit nicht übereinstimmten ("entgegen der Angabe des Zeugen"). Mithin war davon auszugehen, daß der Zeuge D. in zweierlei Hinsicht objektiv unrichtige Angaben gemacht hatte: zum einen über die von dem Zeugen J. an ihn gelieferte Rauschgiftmenge, zum anderen darüber, ob dieser Zeuge der Angeklagten einmal persönlich Haschisch übergeben hatte. Was den ersten Punkt anbelangt, so mag offenbleiben, welche Bedeutung ihm zukommt. Die Frage, von wem der Zeuge D. das Haschisch bezogen hatte, berührte den gegen die Angeklagte erhobenen Tatvorwurf nicht unmittelbar; immerhin wäre insoweit denkbar, daß es die Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen D. über die an die Angeklagte gelieferten Rauschgiftmengen nicht beeinträchtigen muß, wenn er über die Herkunft des Haschischs teilweise unrichtige Angaben gemacht hat. Im zweiten Punkt betrifft der Widerspruch zwischen den Bekundungen des Zeugen D. und dem wahren Sachverhalt aber ein Geschehen, das unmittelbar zu einem der Einzelakte gehörte, aus denen sich die der Angeklagten vorgeworfene Fortsetzungstat - den Feststellungen zufolge - zusammensetzt. Da das Tatgericht seine Feststellungen wesentlich auf die Angaben des Zeugen D. gestützt hat, mußte sich ihm hier die Notwendigkeit aufdrängen, die als wahr unterstellten Tatsachen in die Beweiswürdigung einzubeziehen und in den Urteilsgründen darzulegen, wieso es trotz der Bedenken, die sich daraus möglicherweise gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen D. ergeben, seinen Angaben über die Lieferung von Rauschgift an die Angeklagte gefolgt ist. Dies hat die Strafkammer unterlassen. ...“[234]

Nachteilige Umdeutungen als wahr unterstellter Tatsachen kommen nicht in Betracht:

„ … **Am Schluß der Beweisaufnahme hat der Verteidiger des Angeklagten den Beweisantrag gestellt, A. L. als Zeugen dazu zu hören, 'daß die Zeugin M. geschlechtliche Beziehungen zu A. L. unterhalten hat'** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Daraufhin wurde die Zeugin M. ergänzend vernommen und hat 'auf Vorhalt... diesen Geschlechtsverkehr unumwunden eingeräumt, hierzu allerdings ausgeführt, daß der Angeklagte sie vor die Alternative gestellt habe, sie habe entweder nochmals mit den beiden 'Onkels' zu schlafen oder mit seinem Vetter A. L.'.

Anschließend hat die Jugendkammer die Beweisbehauptung als wahr unterstellt und den Beweisantrag abgelehnt.

Mit Recht beanstandet die Revision, daß das Landgericht die Beweisbehauptung nicht in ihrer vollen, aus Sinn und Zweck sich ergebenden Bedeutung als wahr behandelt, sondern in unzulässiger Weise eingeengt und verändert hat (vgl. dazu Herdegen in KK 3. Aufl. § 244 Rdn. 94 m.w.N.). Mit dem Antrag sollte die Glaubwürdigkeit der Zeugin in Zweifel gezogen werden mit der Behauptung, sie habe zu einem anderen Mann geschlechtliche Beziehungen unterhalten. Den Weg der insoweit eventuell

234 BGH, Beschluss vom 04.12.1987 - 2 StR 529/87; ebenso zuvor BGH, Beschluss vom 26.06.1987 - 3 StR 87/87

möglichen Ablehnung des Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit hat das Landgericht nicht gewählt; dem Revisionsgericht ist die Ersetzung des Ablehnungsgrundes nicht gestattet. Nachdem das Landgericht jedoch die Beweisbehauptung als wahr unterstellt hat, mußte das Urteil an diesem Ablehnungsgrund gemessen werden. Danach wurde die Wahrunterstellung nicht eingehalten:

Anstatt davon auszugehen, daß die Zeugin und A. L. 'geschlechtliche Beziehungen unterhalten' haben, hat das Landgericht im Urteil diesen Inhalt des Beweisantrages durch die Feststellung unzulässig verändert, es habe nur ein Geschlechtsverkehr stattgefunden, und die Zeugin sei hierzu außerdem vom Angeklagten genötigt worden. Das Landgericht durfte die als wahr unterstellte Behauptung nicht ersetzen durch die engeren und teilweise entgegenstehenden Angaben der Zeugin, deren Glaubwürdigkeit mit der Behauptung gerade in Zweifel gezogen werden sollte. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugin kann von der Nichteinhaltung der Wahrunterstellung beeinflußt sein. ..."[235]

Diesbezüglich müssen unter Umständen Hinweispflichten beachtet werden:

„ … a) 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 (BGH, Urteile vom 15. Mai 1979 - 5 StR 746/78, NStZ 1981, 96; vom 2. November 1982 - 5 StR 308/82, NStZ 1983, 357; vom 24. Januar 2006 - 5 StR 410/05, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 37; Beschlüsse vom 23. Juli 2008 - 5 StR 285/08, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung; vom 24. Februar 2009 - 5 StR 605/08, NStZ-RR 2009, 179). Danach soll auch eine Verpflichtung, die Verfahrensbeteiligten vor der Urteilsverkündung auf die geänderte Rechtsauffassung des Gerichts hinzuweisen, grundsätzlich nicht bestehen (aA mit beachtlichen Gründen etwa KK-Fischer, 6. Aufl., § 244 Rn. 187; LR-Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 310 jeweils mwN). 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 18. Februar 1982 - 2 StR 798/81, BGHSt 30, 383, 385).

b) Ein derartiger Fall liegt hier vor. Der die Beweisanträge im Wege der Wahrunterstellung zurückweisende Beschluss enthält - für sich rechtsfehlerfrei (LR/Becker aaO Rn. 305 mwN) - keine nähere Begründung. Hätte die Strafkammer die gestellten Beweisanträge in der Hauptverhandlung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit der vorgebrachten Beweistatsachen zurückgewiesen, hätte sie dagegen deren Bedeutung für die Entscheidung in freier Würdigung des bisherigen Beweisergebnisses zu beurteilen gehabt und diese Würdigung im Ablehnungsbeschluss im Einzelnen darlegen müssen (LR/Becker aaO Rn. 225 mwN). Da sie die Änderung ihrer Beurteilung in der Hauptverhandlung nicht offengelegt hat, hat sie entsprechende Ausführungen erst in den schriftlichen Urteilsgründen nachgeschoben. Die Revision legt plausibel dar, dass sich im vorliegenden Fall aufgrund der bestehenden Beweislage und der in Betracht kommenden weiteren Beweisaufnahme bei Kenntnis der in den Urteilsgründen für die Bedeutungslosigkeit der Beweistatsachen angeführten Gründe weitere

235 BGH, Urteil vom 15.11.1994 - 1 StR 550/94; BGH, Beschluss vom 10.08.1993 - 1 StR 389/93: Werden Tatsachen als wahr unterstellt, verletzt das Tatgericht den Zweifelsgrundsatz, wenn es diesen Sachverhalt zu Lasten des Angeklagten wertet.

> Verteidigungsmöglichkeiten ergeben hätten. Diese Möglichkeiten - insbesondere, auf zusätzliche, hier nicht fernliegende Beweiserhebungen anzutragen - war der Verteidigung aufgrund des Verfahrensablaufes genommen. Die Verfahrensbeteiligten haben auch aus dem weiteren Geschehen in der Hauptverhandlung nicht schließen können, dass sich die Ansicht der Strafkammer geändert hatte; denn eine weitere Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden und das Tatgericht ist ausweislich der Urteilsbegründung erst in der Urteilsberatung zu seiner neuen Auffassung gelangt. Unter diesen Umständen war eine effektive, die berechtigten Interessen des Angeklagten wahrende Verteidigung nicht möglich. ..."[236]

Das kann streng gesehen werden und hat womöglich Folgen, weil In der Wahrunterstellung eine Zusicherung liegt, die eingehalten werden muss:

> „ … Das Gericht war an einer Verwertung der nach § 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 7 StPO allein zur Entlastung des Angeklagten als wahr unterstellten Beweistatsache zu dessen Nachteil gehindert (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 16; Alsberg/ Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozess 5. Aufl. S. 654 f.). Wäre die unter Beweis gestellte Tatsache hingegen mit Ablehnung des Beweisantrags nach § 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 3 StPO als bereits erwiesen angesehen worden, so hätte sie zu Gunsten oder zu Lasten des Angeklagten verwertet werden dürfen (vgl. Alsberg/Nüse/Meyer aaO S. 599; Gollwitzer in: Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 244 Rdn. 236, 242). Auf einen so geänderten Ablehnungsgrund hat sich das Schwurgericht im Urteil berufen. Hierauf wäre der Angeklagte aber, damit er seine Verteidigung darauf einrichten konnte, in der Hauptverhandlung hinzuweisen gewesen; dies durfte ihm nicht erst im Urteil bekanntgemacht werden (vgl. BGHSt 19, 24, 26; Gollwitzer aaO Rdn. 150 f.; Herdegen in: KK-StPO 5. Aufl. § 244 Rdn. 59). Wäre die Inaugenscheinnahme, der das Schwurgericht im Urteil das Erwiesensein der Beweistatsache entnommen hat, nach der abweichend begründeten Ablehnung des Beweisantrags mit Wahrunterstellung erfolgt, hätte der unerlässliche Hinweis auf die abweichende Beurteilung möglicherweise im Rahmen dieser Beweisaufnahme als schlüssig erteilt angesehen werden können (vgl. hierzu Gollwitzer aaO Rdn. 247). Die Inaugenscheinnahme erfolgte indes bereits vor der Bescheidung des Beweisantrags.
>
> In der Wahrunterstellung liegt eine Zusicherung, auf deren Einhaltung sich der Angeklagte aus Fairnessgründen unbedingt verlassen können muss (vgl. BGHSt 32, 44; 40, 169, 185). Das bezieht sich auf alle Konsequenzen der Wahrunterstellung: primär auf die Berücksichtigung der als wahr unterstellten Beweistatsache im Urteil, in dem nicht im Widerspruch dazu stehende Tatsachen festgestellt werden dürfen; aber auch auf den Ausschluss der Verwendung zum Nachteil des Angeklagten, der darauf vertrauen darf, keine negativen Schlussfolgerungen auf der Grundlage dieser Beweistatsache zu riskieren, so dass er sie bei seiner weiteren Verteidigung nicht kritisch auf ihre möglichen Beweisauswirkungen zu hinterfragen braucht.
>
> Nach alledem durfte das Schwurgericht, selbst wenn es das Fehlen von Blutanhaftungen an der Kleidung für erwiesen hielt, dies nicht zum Nachteil des Angeklagten den Feststellungen zugrunde legen, weil es dadurch gegen die vorher zugesagte Wahrunterstellung verstoßen hat. ..."[237]

Eine zugesagte Wahrunterstellung muss ernst genommen werden:

> „ … Nach den Feststellungen bedrohte der Angeklagte zwei Angestellte einer Postagentur mit einer ungeladenen Waffe und erpresste die Herausgabe von 9.520,21

236 BGH, Beschluss vom 27.03.2012 - 3 StR 31/12
237 BGH, Beschluss vom 21.06.2007 - 5 StR 189/07

DM. Das Landgericht ist aufgrund der Angaben der beiden Tatopfer davon ausgegangen, daß der Täter bei Begehung des Überfalls eine blaue Arbeitshose ("Blaumann"), eine schwarze Lederjacke, Arbeitshandschuhe und eine schwarze Wollmütze trug, die er mit Sehschlitzen versehen und über das Gesicht gezogen hatte. Diese Kleidungsstücke wurden nach der Tat sichergestellt. Der Angeklagte bestreitet, Täter des Überfalls gewesen zu sein. Er räumt zwar ein, die sichergestellten Kleidungsstücke von Bekannten ausgeliehen zu haben; er habe sie jedoch sofort an eine andere Person weitergegeben.

Im Rahmen der Beweiswürdigung hat die Strafkammer unter anderem ausgeführt:

'Auch wird der Angeklagte nicht durch das negative Untersuchungsergebnis bezüglich der aufgefundenen Zigarettenkippen entlastet. Der Zeuge O. hatte diesbezüglich angegeben, der Tatverdächtige habe eine Zigarette nach der anderen geraucht. Die Auswertung der Kippen hat keine Übereinstimmung mit der DNA des Angeklagten ergeben. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, daß der Zeuge O. nicht den späteren Täter, sondern eine andere Person beobachtet hat, zumal er im Rahmen seiner Einvernahme als Zeuge ausgeschlossen hat, die beobachtete Person habe einen Blaumann getragen' (UA 11).

Diese Ausführungen widersprechen einer zugesagten Wahrunterstellung. Um seine Täterschaft zu widerlegen, hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung folgenden Beweisantrag gestellt:

'Es wird beantragt, dem bereits vernommenen Zeugen O. erneut die sichergestellte blaue Hose zu zeigen. Bei der ersten Inaugenscheinnahme war die Hose 'auf links' gezogen, 'auf rechts' gezogen ist die Hose deutlich dunkler. Die Beweisaufnahme wird ergeben, daß Herr O. nun bekunden wird, daß die Person, die er beobachtet hat, durchaus eine derartige Hose getragen haben könnte. Von dieser Person wurden Zigarettenkippen sichergestellt; Herr K. [der Angeklagte] scheidet insoweit als Spurenleger eindeutig aus. Die Gesamtumstände lassen darauf schließen, daß Herr O. den Täter des Überfalls vom 29. Dezember 2000 beobachtet hat. Das DNA-Gutachten belegt allerdings, daß eine andere Person als Herr K. [der Angeklagte] sich am Tattag auffällig in der Nähe des Tatortes verhalten und mehrere Zigaretten geraucht hat (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).'

Diesen Beweisantrag hat die Strafkammer mit der Begründung abgelehnt, es könne als wahr unterstellt werden, daß der Zeuge O. bekunden werde, daß die Person, die er beobachtet habe, 'die ihm gezeigte asservierte Hose getragen haben könnte'.

An diese Zusage hat sich das Landgericht nicht gehalten. Die Annahme, der Zeuge habe nicht den späteren Täter sondern eine andere Person beobachtet, hat es vielmehr maßgeblich darauf gestützt, daß die vom Zeugen beobachtete Person nach dessen Aussage gerade keine blaue Arbeitshose ('Blaumann') getragen habe.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Urteil auf diesem Rechtsfehler beruht. Bei Einhaltung der Zusage wäre die Strafkammer möglicherweise zu der Überzeugung gelangt, daß der Zeuge O. den späteren Täter des Überfalls beobachtet hatte, da die von ihm beschriebene Kleidung mit den Angaben der Geschädigten über die Täterbekleidung übereingestimmt hätte. Diese Schlußfolgerung hätte zu Zweifeln an der Täterschaft des Angeklagten Anlaß geben können, da die am Tag nach dem Überfall sichergestellten Zigarettenkippen zwar von der vom Zeugen beobachteten Person, mithin vom Täter, herrühren konnten, der Angeklagte aber nicht als Verursacher der daran sichergestellten Spuren in Betracht kommt. Zwar hat das Landgericht als "denkbar" in Betracht gezogen, daß die sichergestellten Zigarettenkippen auch

> von einer nicht mit dem Täter identischen Person stammen könnten, die "am späten Abend oder am nächsten Morgen an dieser Stelle auf der Straße ebenfalls stand und geraucht hat" (UA 12). Diese Hilfserwägung ist jedoch nicht mit Tatsachen belegt und deshalb für den Senat anhand des Urteils nicht überprüfbar. Die Urteilsgründe enthalten weder Ausführungen zu den vom Zeugen O. beobachteten Örtlichkeiten noch zum Zeitpunkt seiner Beobachtungen, die die Annahme des Landgerichts tragfähig machen und damit ein Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler ausschließen könnten. Gleiches gilt für die Erwägung der Strafkammer, möglicherweise hätten 'die Stadtreinigung oder ordnungsliebende Personen die vom Angeklagten zurückgelassenen Zigarettenkippen ... entsorgt'. ...“[238]

Das mit den Hinweispflichten wird allerdings, je nach dem, welches Ziel erreicht werden soll, nicht ganz so streng gehandhabt:

> „ … Das Landgericht hat als wahr unterstellt, dass der Angeklagte L. nicht in dem Taxifahrzeug saß, in welchem sich die Mittäter G. und U. in die Nähe des abgestellten, bei dem ersten Tankstellenüberfall benutzten Pkw fahren ließen. Dieser Umstand durfte als wahr unterstellt werden. Er war nicht von vornherein bedeutungslos, sondern geeignet, zu Gunsten des Angeklagten die belastende Beweislage einzuengen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 37; 40).
>
> Ein Verstoß gegen die zugesagte Wahrunterstellung liegt nicht darin, dass das Landgericht bei der Wiederinbesitznahme des Tatfahrzeugs durch die Mittäter von der Anwesenheit des Angeklagten L. ausgegangen ist (UA S. 22). Eine gänzliche Abwesenheit L.'s folgt nicht aus dessen Nichtteilnahme an der Taxifahrt, sondern stellte insoweit lediglich eine auf Letzterem aufbauende Schlussfolgerung dar, zu der das Landgericht indes nicht genötigt war (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 20).
>
> Die unterstellte Nichtteilnahme L.'s an der Taxifahrt tritt auch nicht in Widerspruch zu der von G. und U. bekundeten Fahrt zum Abstellort 'zusammen mit L.' (UA S. 22). Eine gemeinsame Fahrt mehrerer Personen zu einem bestimmten Ziel umfasst nicht die Nutzung nur eines Fahrzeugs. Der Angeklagte L. konnte beispielsweise - nach Verabredung - mit seinem Pkw oder mit einem anderen Taxi oder Fahrzeug gefahren sein. Gerade die Vermeidung einer eine Nachforschung ermöglichenden gemeinsamen Taxifahrt lag bei dem überaus vorsichtigen, jede Tatspur vermeidenden Angeklagten L. nicht fern.
>
> Das Landgericht war nicht gehalten, die als wahr unterstellte Tatsache noch im Urteil als bedeutsam anzusehen und sie als solche in die Beweiswürdigung und seine Abwägung einzustellen (vgl. BGHR StPO § 244 III 2 Wahrunterstellung 37 m.w.N.). Dass der als wahr unterstellte Umstand nun tatsächlich bedeutungslos geworden war, nötigte das Landgericht auch nicht zu einem Hinweis vor Urteilsverkündung (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 40 m.w.N.). ...“[239]

Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Reichweite einer Wahrunterstellung nicht über das hinausgehen kann, was äußerstenfalls anhand des Beweismittels festgestellt werden kann.[240] Dazu ergänzend:

> „ … 1. Das Landgericht hat mit folgenden Erwägungen die als wahr unterstellte Be-

238 BGH, Beschluss vom 27.04.2004 - 4 StR 126/04
239 BGH, Beschluss vom 24.02.2009 - 5 StR 605/08
240 BGH, Beschluss vom 12.03.2014 - 1 StR 605/13

weisbehauptung in seine Würdigung einbezogen:

'Gegen die Täterschaft des Angeklagten sprach auch nicht, dass zwischen der Jeansjacke der Zeugin T. und der beim Angeklagten sichergestellten schwarzen Jacke Textilfasern weder ein- noch wechselseitig übertragen worden waren (siehe Wahrunterstellung der Kammer, Anlage 2 zum Hauptverhandlungsprotokoll vom 11. Januar 2008). Bei der mehr als sechs Monate nach der Tat erfolgten Durchsuchung beim Angeklagten war zwar - wie der Kriminalbeamte L. der Kammer berichtete - eine schwarze Jacke sichergestellt worden, die der vom Angeklagten bei der Tat getragenen ähnelte. Gesicherte Erkenntnisse dazu, ob es sich tatsächlich um ein und dieselbe Jacke gehandelt hatte, hatten - wie der Kriminalbeamte R. bestätigte - nicht festgestellt werden können. Anders als bei den von den Überwachungskameras aufgenommenen und bei den beim Angeklagten sichergestellten Sportschuhen, konnten visuell wahrnehmbare, individuelle Auffälligkeiten, die für eine Identität zwischen der auf den Überwachungsfotos zu sehenden und der später sichergestellten Jacke gesprochen hätten, nicht festgestellt werden. Aus diesem Grund hat die Kammer aus dem Auffinden dieser dunklen Jacke keinerlei Rückschlüsse weder für noch gegen den Angeklagten ziehen können' (UA S. 21 f.). Zudem hat das Landgericht aufgrund eines weiteren Hilfsbeweisantrags im Urteil unterstellt, dass bei der von der Geschädigten geschilderten Tatbegehung Textilfaserübertragungen auf die Jacke des Täters und von dieser hätten erfolgen müssen.'

2. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

Der Umstand, dass keine Faserübertragungen von der Jacke des Tatopfers auf die als Indizgegenstand beim Angeklagten sechs Monate nach der Tat sichergestellte - der beobachteten Täterjacke ähnliche - schwarze Jacke und umgekehrt stattgefunden haben, konnte nicht zum Ausschluss des Angeklagten als Täter führen. Er engte indes zum Zeitpunkt der Ablehnung des hierauf gerichteten Beweisantrags die den Angeklagten belastende Beweislage durch das Entfallen eines bei Feststellung entsprechender Faserspuren wesentlichen weiteren Belastungsindizes maßgeblich ein. Das gestattete die Ablehnung des Antrags zu diesem Zeitpunkt mit Wahrunterstellung (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 37). Dabei hing das Maß der Einengung der belastenden Beweislage zudem noch vom Grad der Ähnlichkeit der sichergestellten Jacke mit der beobachteten Täterjacke ab. Eine besondere individuelle Ähnlichkeit zwischen der sichergestellten Jacke und der beobachteten Täterjacke ist indes weder festgestellt noch von der Verteidigung unter Beweis gestellt worden, auch in der Revision nicht behauptet worden.

Von der als wahr unterstellten Tatsache ist das Landgericht im Urteil nicht abgewichen. Dass diese sich im Urteil nicht mehr günstig für den Angeklagten auf die Schuld- oder Straffrage ausgewirkt hat, mithin nun tatsächlich bedeutungslos war, nötigte das Landgericht nicht zu einem Hinweis vor Urteilsverkündung (h.M. und Rspr.; vgl. Herdegen in KK 5. Aufl. § 244 Rdn. 92; Eisenberg, Beweisrecht der StPO 5. Aufl. Rdn. 243 ff.; a. A. allerdings Niemöller in Festschrift für Hamm 2008 S. 537, 549 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen, auch zu h.M.). Auf die mögliche und nicht etwa fern liegende Annahme, der Angeklagte könne die Tat begangen und dabei eine andere schwarze Jacke als die sichergestellte getragen haben, brauchte er nicht zur Vermeidung einer unfairen Überraschungsentscheidung besonders hingewiesen werden. ...“[241]

Die Wahrunterstellung hat für die Beweiswürdigung eine Bedeutung, die nicht ver-

241 BGH, Beschluss vom 23.07.2008 - 5 StR 285/08 mit der erkennbaren Tendenz den Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung restriktiv zu handhaben

nachlässigt werden darf:

> „ … Die Revision beanstandet mit Recht, daß sich das Landgericht in der Beweiswürdigung mit der als wahr unterstellten Tatsache nicht auseinandergesetzt hat. Das erweist sich hier als Verfahrensmangel (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, daß sich der Tatrichter in den Urteilsgründen grundsätzlich nicht ausdrücklich mit als wahr unterstellten Tatsachen auseinandersetzen muß. Feststellungen und Beweiswürdigung dürfen der Wahrunterstellung lediglich nicht widersprechen; sie müssen sich mit ihr in Einklang bringen lassen. Die in der Wahrunterstellung liegende Zusage kann es aber im Einzelfall ausnahmsweise und weitergehend gebieten, die als wahr unterstellte Tatsache im Rahmen der Beweiswürdigung ausdrücklich mit zu erwägen. Das ist dann der Fall, wenn sich dies angesichts der im übrigen gegebenen Beweislage aufdrängt und die Beweiswürdigung sich sonst als lückenhaft erwiese (so schon BGHSt 28, 310, 311; vgl. auch BGH StV 1984, 142; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 12, 13). So aber liegt es hier. Gerade weil die Strafkammer nach ausführlicher Würdigung der Zeugenaussagen zur Frage einer Darlehensgewährung von einem "non liquet" ausgeht und seine Überzeugung maßgeblich auf eine Bewertung der wirtschaftlichen Verhältnisse sowohl der Angeklagten als auch des Dr. L. stützt, hätte die unterstellte Tatsache, daß die Angeklagte wirklich, wie von ihr behauptet, am 20. Mai 1986 in Zürich bei ihrer Freundin "etwas" aus deren Tresor entnommen hat, für ihre Einlassung sprechen und ein bedeutsames Indiz für ihre Sachverhaltsdarstellung sein können. Sie war ersichtlich geeignet, das Verteidigungsvorbringen in einem wesentlichen Detail zu stützen. Deshalb durfte sie in der Beweiswürdigung nicht übergangen werden, wenn auch gewichtige Indizien für eine Täterschaft der Angeklagten sprechen mochten. ...“[242]

Die Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung hat das Tatgericht zu vermeiden:

> „ … Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die bei der Ablehnung von Beweisanträgen wegen Erwiesenseins von Tatsachen entsprechend gilt (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 1988 - 1 StR 410/88, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 erwiesene Tatsache 1), ist eine Auseinandersetzung mit als wahr unterstellten Tatsachen unter anderem dann erforderlich, wenn die Beweiswürdigung ohne deren Erörterung lückenhaft bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1979 - 2 StR 749/78, BGHSt 28, 310, 311; BGH, Beschluss vom 28. August 1991 - 5 StR 303/91 mwN). ...“[243]

In die gleiche Richtung:

> „ … Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen sich die Urteilsgründe zwar nicht stets mit einer als wahr unterstellten Behauptung auseinandersetzen. Eine Stellungnahme ist aber dann erforderlich, wenn nicht ohne Weiteres zu ersehen ist, wie die Beweiswürdigung mit der Wahrunterstellung in Einklang gebracht werden kann, oder wenn aus sonstigen Gründen ohne ausdrückliche Erörterung der als wahr unterstellten Tatsache die Überlegungen des Gerichts zur Beweisführung lückenhaft

242 BGH, Urteil vom 07.11.2000 - 1 StR 303/00

243 BGH, Beschluss vom 13.04.2011 - 5 StR 86/11; BGH, Beschluss vom 28.08.1991 - 5 StR 303/91: "Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist aber eine Auseinandersetzung mit den als wahr unterstellten Tatsachen dann erforderlich, wenn nicht ohne Weiteres zu ersehen ist, wie Beweiswürdigung und Wahrunterstellung in Einklang gebracht werden können, oder wenn die übrigen Feststellungen dazu drängen und die Beweiswürdigung ohne eine Erörterung lückenhaft bliebe (BGHSt 28, 310; BGHR StPO § 244 III 2 Wahrunterstellung 5, 10, 13)." - siehe auch BGH, Urteil vom 21.02.1979 - 2 StR 749/78: Die notwendige Auseinandersetzung mit der als wahr unterstellten Tatsache darf nicht unterlassen werden.

bleiben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 7. November 2000 - 1 StR 303/00, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 36, und vom 6. Juni 2002 - 1 StR 33/02, StV 2002, 641, 642; Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 317 jeweils m.w.N.). ..."[244]

Ebenso:

„ … 3. Diese Zurückweisung des Beweisbegehrens hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Abgesehen davon, dass die gleichzeitige Ablehnung eines Beweisantrags durch Wahrunterstellung und wegen Bedeutungslosigkeit nicht möglich ist, weil eine Wahrunterstellung nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht kommt (BGH NStZ-RR 2003, 268, 269; NStZ 2004, 51), begegnen beide Ablehnungsgründe durchgreifenden rechtlichen Bedenken:

a) Die als wahr unterstellten Umstände zum Ablauf der Durchsuchung sind mit den im Urteil getroffenen Sachverhaltsfeststellungen offensichtlich nicht in Einklang zu bringen. Die Kammer wäre deshalb gehalten gewesen, in den Urteilsgründen auf die als wahr unterstellten Tatsachen ausdrücklich einzugehen und näher zu erläutern, wie sie trotz der Wahrunterstellung zu den Sachverhaltsfeststellungen gelangt ist (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung, unzureichende, 11; BGH NStZ-RR 2001, 261).

b) Ebenso wenig begründet die Strafkammer in ihrem Urteil, warum es die unter Beweis gestellten Behauptungen für bedeutungslos hält. Dies stellt einen bedeutsamen Rechtsfehler dar, weil es hier keineswegs auf der Hand liegt, dass eine Bestätigung der unter Beweis gestellten Tatumstände für die Sachverhaltsannahme des Landgerichts ohne Bedeutung gewesen wäre. Im Gegenteil wäre die Feststellung des Landgerichts, der Angeklagte sei am Tag der Durchsuchung im Besitz eines Tachomanipulationsgerätes sowie von Fälschungsunterlagen gewesen und habe diese belastenden Gegenstände mit Hilfe der Zeugin M. beim Eintreffen der Polizeibeamten deren Zugriff entzogen, so nicht mehr aufrechtzuerhalten gewesen. ..."[245]

Die Wahrunterstellung muss - grundsätzlich - eingehalten werden:

„ … Den Weg der insoweit eventuell möglichen Ablehnung des Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit hat das Landgericht nicht gewählt; dem Revisionsgericht ist die Ersetzung des Ablehnungsgrundes nicht gestattet. Nachdem das Landgericht die Beweisbehauptung als wahr unterstellt hat, muß das Urteil an diesem Ablehnungsgrund gemessen werden. Danach wurde die Wahrunterstellung nicht eingehalten: Anstatt davon auszugehen, daß sich nach der Behauptung im Beweisantrag die gegenseitigen Kontaminationen (gemeint ist: allein) mit einer Rangelei um die Waffe in Einklang bringen ließen, hat das Landgericht im Urteil diesen Inhalt des Beweisantrages durch die Feststellung verändert, die Spuren könnten auch von einer zufälligen Berührung oder einer Umarmung bei der Begrüßung herrühren. Damit zieht die Strafkammer nicht etwa nur, was zulässig wäre, aus der als wahr unterstellten Tatsache - der Vielzahl festgestellter Faserspuren und Hautpartikel - einen anderen als den vom Angeklagten gewünschten Schluß. Sie ersetzt vielmehr diesen Schluß durch eine dem Sinn des Beweisantrags zuwiderlaufende Vermutung (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 9, 27). Das wird der Wahrunterstellung nicht gerecht. ..."[246]

Die Wahrunterstellung muss mit den rechtlichen Wertungen in den schriftlichen Ur-

244 BGH, Beschluss vom 16.11.2010 - 4 StR 530/10
245 BGH, Beschluss vom 30.11.2005 - 2 StR 431/05
246 BGH, Beschluss vom 28.08.2002 - 1 StR 277/02

teilsgründen in Einklang stehen:

> „ … Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue hinsichtlich seiner Auszahlungsanordnungen für Rauchgasmessungen und weiterer in diesem Zusammenhang in Rechnung gestellter Leistungen. Das Landgericht hat als wahr unterstellt, daß nur aufgrund der vom Zeugen K mit seinem Orsatgerät ermittelten Werte ein Schaden an den Kaminzügen durch SO2-Einwirkung - je Kamin in Höhe von ca. 80.000,- DM - verhindert werden konnte und daß trotz mit dem Brigonkoffer ermittelter hervorragender Rauchgaswerte die SO2-Einwirkung binnen Kürze zu einer Versottung des Schornsteins führen kann (UA S. 12 f). Damit unvereinbar ist die rechtliche Wertung des Landgerichts, daß die vom Angeklagten veranlaßte Ermittlung der SO2-Werte ohne Weisung der Wehrbereichsverwaltung 'für die Bundeswehr nicht von Interesse' gewesen sei (UA S. 33). Ob der Angeklagte als Sachgebietsleiter der Standortverwaltung für Liegenschaftsangelegenheiten, "insbesondere der Bauunterhaltung", mit drei nachgeordneten Bezirksverwaltungen und ca. 25 Liegenschaften sowie ca. 25 Schutzbereichen (UA S. 4) insoweit nur auf Weisung handeln konnte, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Selbst wenn das aber der Fall gewesen sein sollte, ist nicht erkennbar, inwieweit der Bundeswehr ein Nachteil entstand, wenn durch vergleichsweise billige Messungen 'binnen Kürze' mögliche Schäden in Höhe von ca. 80.000,- DM wirksam verhütet werden. ...“[247]

Die Wahrunterstellung lässt sich nicht mit einer „vorweggenommenen“ Beweiswürdigung in Einklang bringen:

> „ … Allein auf die Verurteilung des Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Haschisch) in zwei Fällen bezieht sich die Rüge, das Gericht habe einen Beweisantrag der Verteidigung zu Unrecht abgelehnt. Diese Rüge dringt durch.
>
> a) Mit dem Beweisantrag waren insgesamt neun Zeugen benannt; im Antrag hieß es u.a.:
>
> **'Insbesondere die Zeugen ... W., F., ... werden bekunden, daß sie zu keinem Zeitpunkt im Zusammenwirken mit dem Angeklagten ... oder für diesen mit dem Zeugen H. oder durch Vermittlung desselben Rauschgiftgeschäfte durchgeführt haben. Die Zeugen werden ferner aussagen, daß die entgegenstehenden Bekundungen des Zeugen H. unwahr sind'** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Das Gericht wies, nachdem es einen der Zeugen vernommen und einen zweiten für unerreichbar erklärt hatte, den danach verbleibenden Teil des Beweisantrags, soweit er die wiedergegebene Behauptung zum Gegenstand hatte, mit folgender Begründung zurück:
>
> 'Hinsichtlich der Zeugen ... F., W. ... unterstellt die Kammer als wahr, daß sie bekunden werden, ... sie hätten zu keinem Zeitpunkt im Zusammenwirken mit dem Angeklagten ... oder für diesen mit dem Zeugen H. oder durch Vermittlung desselben Rauschgiftgeschäfte durchgeführt; die entgegenstehenden Bekundungen des Zeugen H. seien unwahr'.
>
> In den Urteilsgründen heißt es im Anschluß an die wörtliche Wiedergabe dieser Wahrunterstellung, keiner der genannten Zeugen hätte mit einer Aussage dieses Inhalts die Überzeugung der Kammer von der Richtigkeit der Angaben des Zeugen H. über die Beteiligung des Angeklagten an den zwei festgestellten Haschischkäufen erschüttern können.

247 BGH, Beschluss vom 04.03.1988 - 3 StR 518/87

b) Die Ablehnung des Beweisantrags mit dieser Begründung war rechtsfehlerhaft. Gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO 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 abzusprechen (st. Rspr., BGH StV 1984, 61; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 20; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 41. Aufl. § 244 Rdn. 71; Alsberg/Nüse/Meyer, Beweisantrag 5. Aufl. S. 676 f, jeweils m.w.N.). Eben dies aber hat das Gericht im vorliegenden Falle getan.

Auf diesem Verfahrensfehler kann das Urteil beruhen, soweit der Schuldspruch das Handeltreiben mit Haschisch zum Gegenstand hat. Wäre als wahr unterstellt worden oder hätte die beantragte Beweisaufnahme ergeben, daß die benannten Zeugen, insbesondere L. F. und W., "zu keinem Zeitpunkt im Zusammenwirken mit dem Angeklagten ... Rauschgiftgeschäfte durchgeführt haben", so wäre dieser Umstand geeignet gewesen, Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen H. zu wecken, dessen Bekundungen alleinige Grundlage der Überzeugung des Gerichts von der Täterschaft des Angeklagten gewesen sind; denn H. hatte - wie sich aus den Urteilsgründen ergibt - mit seiner Aussage L. F. und W. in einer Weise belastet, die sie für das Gericht als "Mittäter oder zumindest Gehilfen des Angeklagten" erscheinen ließ (UA S. 22). Dies steht zu der mit dem Antrag vorgebrachten Beweisbehauptung in einem nicht aufzulösenden Widerspruch. ...“[248]

Der Beweiswert eines Beweismittels darf nicht vorweggenommen werden:

„ … Die Revision beanstandet zu Recht, daß die Feststellungen mit der vom Landgericht als wahr unterstellten Tatsache nicht in Einklang stehen. Ausweislich der Feststellungen hat der Angeklagte das Opfer erst "kurz vor 18.00 Uhr" in Lütjenburg abgesetzt (UA S. 10). Nach der als wahr unterstellten Behauptung hat sich der Angeklagte indessen "etwa um die Zeit von 17.15 Uhr bis 18.00 Uhr" mit seinen Kindern auf der Fahrt nach Hamburg befunden. Das verträgt sich nicht miteinander. Was das Landgericht in den Urteilsgründen dazu anführt (UA S. 32), löst diesen Widerspruch nicht auf. Sollten die Erwägungen des Landgerichts besagen, daß nicht eine Fahrt am Tattage, sondern an einem anderen behauptet worden sei, so wäre - worauf die Revision zutreffend hinweist - der Grundsatz verletzt, daß eine Wahrunterstellung die behauptete Tatsache in ihrem wirklichen Sinn und in ihrem vollen Inhalt ohne jede Einengung, Verschiebung und sonstige Änderung erfassen muß (BGH, Urteil vom 20. November 1979 - 5 StR 639/79 im Anschluß an BGH in NJW 1968, 1293; BGH NStZ 1982, 213); nur dann erledigt sie den Beweisantrag in vollem Umfang (BGH, Beschluß vom 3. August 1979 - 5 StR 366/79). Hier sollte mit der behaupteten Tatsache ersichtlich bewiesen werden, daß der Angeklagte sich an dem Tattage zu der angegebenen Zeit auf der Fahrt nach Hamburg befunden hat. Denn eine Fahrt an einem anderen Tag gab nach der Verfahrenslage und dem sonstigen Beweisergebnis keinen beweiserheblichen Sinn. Daß der Angeklagte ein solches Ergebnis erreichen wollte, ergab sich im übrigen auch aus dem Zusammenhang dieses Beweisantrages mit anderen, durch die der Angeklagte ebenfalls ein Alibi nachweisen wollte. Unzulässig wäre aber auch

248 BGH, Beschluss vom 23.11.1994 - 2 StR 593/94: Das Tatgericht unternahm in diesem Fall einen durchaus eindrucksvollen Versuch, die Verteidigung lächerlich zu machen und vorzuführen; siehe auch BGH, Beschluss vom 15.11.1983 - 5 StR 615/83

eine dahin zu verstehende Erwägung, daß lediglich entsprechende Zeugenaussagen als wahr unterstellt, ihnen aber die Zuverlässigkeit abgesprochen würde. Das liefe auf eine Vorwegnahme des Beweiswerts der Zeugenaussagen hinaus, die unzulässig ist (Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. S. 676 mit Nachw.). ..."[249]

Die als wahr unterstellte Tatsache muss als erwiesen betrachtet werden. Dazu ebenfalls:

„ … In der Hauptverhandlung vor dem Landgericht hatte die Hauptbelastungszeugin Romana K., die Tochter des Angeklagten, ausgesagt, sie sei nicht nur von ihrem Vater, sondern noch von einem weiteren Mann, Mario G., sexuell mißbraucht worden; letzterer habe ihr im Keller ihres Wohnhauses an die Scheide gefaßt und sie gezwungen, mit der Hand an seinem Glied zu reiben. **Mit einem auf Vernehmung des Zeugen G. gerichteten Hilfsbeweisantrag hatte daraufhin die Verteidigung des Angeklagten unter Beweis gestellt, G. habe Romana K. zu keinem Zeitpunkt sexuell belästigt; insbesondere habe es den von ihr geschilderten Vorfall nicht gegeben** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Mit Recht beanstandet der Angeklagte, daß das Landgericht die Beweiserhebung in den Urteilsgründen mit der Begründung abgelehnt hat, es werde als wahr unterstellt, daß der Zeuge G. im Falle seiner Vernehmung die ihm unterstellte Aussage machen werde und hierzu ausgeführt hat: "Da es sich bei dem, dem Zeugen gemachten Tatvorwurf um einen sehr unangenehmen Sachverhalt handelt, wäre es auch nicht lebensfremd, daß der Zeuge das ihm von Romana K. zur Last gelegte strafbare Verhalten ... in Abrede stellen würde. Ein solches Aussageverhalten würde aber aus den vorstehend ausgeführten Gründen nicht zu Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der Zeugin Romana K. führen" (UA 44/45).

Es kann dahinstehen, ob eine Wahrunterstellung regelmäßig unzulässig ist, wenn der Angeklagte zur Prüfung der Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen Tatsachen unter Beweis stellt, die dieser bestreitet (vgl. dazu BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 1 m.w.N.). Jedenfalls ist die Beweisbehauptung ohne Einengung, Umdeutung oder sonstige dem Antragsteller nachteilige inhaltliche Änderung als erwiesen zu betrachten (BGHR aaO Wahrunterstellung 19). Insbesondere muß sich die Wahrunterstellung auf die Beweistatsache selbst beziehen, nicht nur darauf, daß der benannte Zeuge sie bekunden werde (Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 41. Aufl. § 244 Rdn. 71 m.w.N.).

Gegen diesen Grundsatz hat das Landgericht verstoßen, indem es zwar eine dem Inhalt des Hilfsbeweisantrages entsprechende Aussage des Zeugen G. unterstellt, diese jedoch - ohne sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen - als unglaubhaft wertet.

Da sich die Jugendkammer nicht damit auseinandersetzt, ob Romana K. in bezug auf die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat auch dann für glaubwürdig zu erachten wäre, wenn diese Zeugin G. zu Unrecht einer gegen sie gerichteten Sexualstraftat bezichtigt hätte, kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß das Landgericht den Hilfsbeweisantrag in Wahrheit wegen Bedeutungslosigkeit ablehnen wollte und nur die falsche Bezeichnung gewählt hat (zu einer solchen Fallgestaltung vgl. BGHR aaO Wahrunterstellung 22).

Auf der fehlerhaften Ablehnung des Hilfsbeweisantrages kann das Urteil beruhen, zumal eine Vielzahl weiterer Umstände geeignet ist, die Glaubwürdigkeit von Romana

249 BGH, Beschluss vom 15.11.1983 - 5 StR 615/83

K. in Frage zu stellen. In diesem Zusammenhang wird der neue Tatrichter zu beachten haben, daß es nicht ausreicht, jeden gegen die Glaubwürdigkeit der Belastungszeugin sprechenden Umstand einzeln unter Zugrundelegung der jeweils für die Zeugin günstigsten Deutungsmöglichkeit zu entkräften. Vielmehr ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob die Häufung der Indizien, die gegen die Glaubwürdigkeit der Belastungszeugin sprechen, zu berechtigten Zweifeln an der Schuld des Angeklagten führen (vgl. BGHR StPO § 261 Indizien 1).

Steht - wie im vorliegenden Fall - Aussage gegen Aussage, so ist das Gericht zudem gehalten, alle Umstände, die die Entscheidung zu beeinflussen geeignet sind, in seine Überlegungen einzubeziehen (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 1; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 261 Rdn. 11). Der neue Tatrichter wird deshalb auch den Arzt, demgegenüber Romana K. eine Vergewaltigung ihrer Schwester durch den Angeklagten behauptet haben soll, sowie die Schwester selbst zu jenem angeblichen Vorfall zu vernehmen haben. ..."[250]

Zur Wahrunterstellung, wenn die als wahr unterstellten Tatsachen die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen betreffen:

„ … **Die Verteidigung des Angeklagten hatte beantragt, H. als Zeugen zu hören zu der Behauptung, daß es ein Zusammentreffen unter Beteiligung des Angeklagten, des früheren Mitangeklagten P., des benannten Zeugen und zweier anderer Personen, bei dem der Angeklagte zwei Stück 100-US-$-Noten schlechter Qualität gezeigt habe, nicht gegeben habe** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Ein solches Vorzeigen von Dollarscheinen hatte der frühere Mitangeklagte P. bei seiner polizeilichen Vernehmung, die die Kammer in das Verfahren eingeführt hatte, bekundet.

Diesem, auf eine Erschütterung der Glaubwürdigkeit des P. zielenden Beweisantrag ist der Tatrichter dadurch begegnet, daß er die in das Wissen des Zeugen gestellte Behauptung als wahr unterstellt hat (§ 244 Abs. 3 StPO). Er hat diese Wahrunterstellung aber in den Urteilsgründen nicht eingehalten. Die Kammer war vielmehr "der Überzeugung, daß P. bei seinen polizeilichen Vernehmungen die Wahrheit gesagt hat" (UA S. 12). Eine Auseinandersetzung mit der Wahrunterstellung enthalten die Urteilsgründe nicht.

Auf diesem Fehler (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 19) kann das Urteil beruhen, nachdem die Kammer ihre die Verurteilung tragenden Feststellungen aufgrund der Bekundungen der früheren Mitangeklagten J. und des P. getroffen hat (UA S. 7). ..."[251]

Dazu ergänzend:

„ … In der Hauptverhandlung vor dem Landgericht hatte die Hauptbelastungszeugin Romana K., die Tochter des Angeklagten, ausgesagt, sie sei nicht nur von ihrem Vater, sondern noch von einem weiteren Mann, Mario G., sexuell mißbraucht worden; letzterer habe ihr im Keller ihres Wohnhauses an die Scheide gefaßt und sie gezwungen, mit der Hand an seinem Glied zu reiben. **Mit einem auf Vernehmung des Zeugen G. gerichteten Hilfsbeweisantrag hatte daraufhin die Verteidigung des Angeklagten unter Beweis gestellt, G. habe Romana K. zu keinem Zeitpunkt sexuell belästigt; insbesondere habe es den von ihr geschilderten Vorfall nicht gegeben** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

250 BGH, Beschluss vom 14.09.1994 - 4 StR 451/94; BGH, Beschluss vom 18.01.1990 - 4 StR 688/89; BGH, Beschluss vom 08.12.1989 - 3 StR 401/89

251 BGH, Beschluss vom 20.09.1995 - 5 StR 435/95; ebenso BGH, Urteil vom 15.11.1994 - 1 StR 550/94

Mit Recht beanstandet der Angeklagte, daß das Landgericht die Beweiserhebung in den Urteilsgründen mit der Begründung abgelehnt hat, es werde als wahr unterstellt, daß der Zeuge G. im Falle seiner Vernehmung die ihm unterstellte Aussage machen werde und hierzu ausgeführt hat: 'Da es sich bei dem, dem Zeugen gemachten Tatvorwurf um einen sehr unangenehmen Sachverhalt handelt, wäre es auch nicht lebensfremd, daß der Zeuge das ihm von Romana K. zur Last gelegte strafbare Verhalten ... in Abrede stellen würde. Ein solches Aussageverhalten würde aber aus den vorstehend ausgeführten Gründen nicht zu Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der Zeugin Romana K. führen' (UA 44/45).

Es kann dahinstehen, ob eine Wahrunterstellung regelmäßig unzulässig ist, wenn der Angeklagte zur Prüfung der Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen Tatsachen unter Beweis stellt, die dieser bestreitet (vgl. dazu BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 1 m.w.N.). Jedenfalls ist die Beweisbehauptung ohne Einengung, Umdeutung oder sonstige dem Antragsteller nachteilige inhaltliche Änderung als erwiesen zu betrachten (BGHR aaO Wahrunterstellung 19). Insbesondere muß sich die Wahrunterstellung auf die Beweistatsache selbst beziehen, nicht nur darauf, daß der benannte Zeuge sie bekunden werde (Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 41. Aufl. § 244 Rdn. 71 m.w.N.).

Gegen diesen Grundsatz hat das Landgericht verstoßen, indem es zwar eine dem Inhalt des Hilfsbeweisantrages entsprechende Aussage des Zeugen G. unterstellt, diese jedoch - ohne sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen - als unglaubhaft wertet.

Da sich die Jugendkammer nicht damit auseinandersetzt, ob Romana K. in bezug auf die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat auch dann für glaubwürdig zu erachten wäre, wenn diese Zeugin G. zu Unrecht einer gegen sie gerichteten Sexualstraftat bezichtigt hätte, kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß das Landgericht den Hilfsbeweisantrag in Wahrheit wegen Bedeutungslosigkeit ablehnen wollte und nur die falsche Bezeichnung gewählt hat (zu einer solchen Fallgestaltung vgl. BGHR aaO Wahrunterstellung 22).

Auf der fehlerhaften Ablehnung des Hilfsbeweisantrages kann das Urteil beruhen, zumal eine Vielzahl weiterer Umstände geeignet ist, die Glaubwürdigkeit von Romana K. in Frage zu stellen. In diesem Zusammenhang wird der neue Tatrichter zu beachten haben, daß es nicht ausreicht, jeden gegen die Glaubwürdigkeit der Belastungszeugin sprechenden Umstand einzeln unter Zugrundelegung der jeweils für die Zeugin günstigsten Deutungsmöglichkeit zu entkräften. Vielmehr ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob die Häufung der Indizien, die gegen die Glaubwürdigkeit der Belastungszeugin sprechen, zu berechtigten Zweifeln an der Schuld des Angeklagten führen (vgl. BGHR StPO § 261 Indizien 1).

Steht - wie im vorliegenden Fall - Aussage gegen Aussage, so ist das Gericht zudem gehalten, alle Umstände, die die Entscheidung zu beeinflussen geeignet sind, in seine Überlegungen einzubeziehen (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 1; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 261 Rdn. 11). Der neue Tatrichter wird deshalb auch den Arzt, demgegenüber Romana K. Eine Vergewaltigung ihrer Schwester durch den Angeklagten behauptet haben soll, sowie die Schwester selbst zu jenem angeblichen Vorfall zu vernehmen haben. ..."[252]

252 BGH, Beschluss vom 14.09.1994 - 4 StR 451/94; BGH, Beschluss vom 19.03.1993 - 2 StR 652/92: Unzulässige Einengungen entgegen der vollen, sich aus dem Sinn und Zweck ergebenden Bedeutung sind nicht erlaubt.

Das Urteil kann auf der fehlerhaften Ablehnung eines Hilfsbeweisantrags auf Vernehmung eines Zeugen aufgrund einer Wahrunterstellung beruhen, wenn die Aussage des Zeugen Bedeutung u.a. für die Glaubwürdigkeit eines anderen Zeugen gehabt hätte:

> „ … Die Revisionen beider Angeklagter rügen mit Recht, daß die Strafkammer § 244 Abs. 3 StPO verletzt hat. Das Gericht hat einen Hilfsbeweisantrag des Angeklagten Dr. J auf Vernehmung des Zeugen Dr. B mit der Begründung abgelehnt, die behaupteten Tatsachen könnten so behandelt werden, als wären sie wahr (UA S. 57). Dazu hat es ausgeführt, der Angeklagte Dr. J wolle mit dem Antrag 'offensichtlich seine Unkenntnis von dem 'Pledge-Agreement' 'beweisen; auch die Kammer sei davon ausgegangen, daß sich die Unterzeichnung der Austrittserklärung des Angeklagten F auf dem Flughafen T so abgespielt hat, wie in dem Hilfsbeweisantrag behauptet.
>
> Damit engt die Strafkammer den klaren Inhalt des Hilfsbeweisantrages unzulässig ein. Denn darin heißt es weiter, daß nach der Unterzeichnung auf dem Flughafen T der Zeuge Dr. B und der Angeklagte Dr. J zurück in die Handels- und Privatbank gefahren seien und die unterzeichnete Vereinbarung dem Zeugen W auf den Tisch gelegt hätten. W und der Zeuge K hätten sich die Vereinbarung kurz durchgelesen, wobei W noch eine Äußerung zu ihrem Inhalt gemacht hätte. Vom Rechtsstandpunkt des Tatrichters aus ist dieser Teil der in das Wissen des Zeugen Dr. B gestellten Behauptungen für beide Angeklagte von besonderer Bedeutung. Wenn die Vertreter der Handels- und Privatbank die Austrittserklärung gelesen hätten, so hätten sie von deren § 7 Kenntnis erhalten, wo der Angeklagte F bestätigte, "seine gesamten Direct Air Inc.-Anteile als Pfand für Mietkaution der A G überlassen zu haben". Dann hätten aber die maßgebenden Vertreter der kreditgebenden Bank nicht über diese Verpfändung geirrt. Die Strafkammer hätte also diesen Teil der einheitlichen Beweisbehauptung in die Wahrunterstellung einbeziehen oder aber den Zeugen vernehmen müssen.
>
> Auf dieser fehlerhaften Behandlung des Hilfsbeweisantrages auf Vernehmung von Dr. B beruht das Urteil insgesamt. Dies gilt auch unabhängig davon, ob es auf die Kenntnis des "Pledge-Agreement" durch die Vertreter der Bank überhaupt ankommt. Denn in jedem Falle wäre die Aussage von Dr. B für die Glaubwürdigkeit des Zeugen W, der die Kenntnis von der Verpfändung in Abrede gestellt hat, von Bedeutung gewesen. Auf W Aussage, dessen Interesse am Ausgang dieses Verfahrens die Strafkammer hervorhebt, stützt sich aber die Feststellung der Strafkammer, die Vertreter der Handels- und Privatbank hätten nichts von dem - von den Angeklagten behaupteten und von der Strafkammer für wahr genommenen (vgl. UA S. 53) - Hergang der Kapitalerhöhung gewußt, sondern entsprechend den Erklärungen der Angeklagten irrig geglaubt, die Kapitalerhöhung der D A GmbH sei aus eigenen Mitteln der beiden Angeklagten erfolgt. Daher hätte der von der Strafkammer vernachlässigte Teil des Hilfsbeweisantrages Dr. B auch von Bedeutung für die Frage sein können, ob weitere Bemühungen erforderlich schienen, um den Zeugen E zum Erscheinen vor der Strafkammer und zur Aussage über den Inhalt der Besprechung vom 11. Dezember 1984 zu veranlassen. Möglicherweise wären bei richtiger Behandlung des Hilfsbeweisantrages auch die Fragen der kommissarischen Vernehmung des Zeugen E und die der Beweiserhebung durch die Vernehmung der beiden weiteren Teilnehmer an der Besprechung (UA S. 40) dem Gericht in einem anderen Licht erschienen. ...“[253]

Bedeutung hat es, wenn sich die als wahr unterstellten Tatsachen auf die Beurtei-

253 BGH, Urteil vom 13.10.1987 - 5 StR 254/87

lung der Zuverlässigkeit eines Zeugen auswirken:

> " ... Zu Recht beanstandet der Angeklagte, daß die Strafkammer die auf seinen "Hauptbeweisantrag Nr. 15" vom 4. Juli 1988 hin zugesagte Wahrunterstellung der unter Beweis gestellten Tatsachen nicht eingehalten habe. Mit diesem Beweisantrag hatte es folgende Bewandtnis:
>
> Der Zeuge B. hatte bekundet, daß finanzielle Zuwendungen der Firma R. an den Angeklagten erfolgt seien und die Beträge diesem in dessen Büroräumen neben dem Büro der Firma R. auf der K.-Hütte übergeben worden seien; beide Büros seien durch eine Tür miteinander verbunden gewesen. **Mit dem genannten Beweisantrag stellte die Verteidigung zur Erschütterung der Aussage B.'s durch Benennung von zwei Zeugen unter Beweis, 'daß der Angeklagte sein Büro nicht neben dem des Zeugen Wilfried R. hatte und beide Räume nicht durch eine Tür miteinander verbunden waren' (Anlage 1 zum Protokoll vom 4. Juli 1988)** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Mit Beschluß vom selben Tage lehnte die Strafkammer den Beweisantrag mit der Begründung ab, die unter Beweis gestellten Tatsachen könnten so behandelt werden, als ob sie wahr seien. Entgegen dieser Zusage wird im Urteil ausgeführt (UA 27): 'Tatsächlich hatte der Angeklagte als Leiter der Technischen Dienste sein Büro direkt neben dem der Fa. R.. Beide Räume waren durch eine Tür miteinander verbunden. Durch diese Tür konnte der Angeklagte das Büro des Zeugen R. aufsuchen, ohne daß dieses von Dritten bemerkt werden mußte'. Mit dem 'Zeugen R.' war der im Beweisantrag erwähnte Wilfried R. gemeint, da nur dieser im Verfahren als Zeuge aufgetreten war. ..."[254]

Zur Ablehnung von Beweisanträgen wegen Prozessverschleppung und Wahrunterstellung in den Urteilsgründen:

> „ … Der Senat bemerkt ergänzend, daß die Ablehnung der 17 Beweisanträge wegen Prozeßverschleppung durch die Strafkammer nur unzureichend begründet worden ist und damit rechtlichen Bedenken begegnet (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 42. Aufl. § 244 Rdn. 67 ff). Die Strafkammer hat aber darüber hinaus in dem die Beweiserhebung ablehnenden Beschluß ausdrücklich erklärt, sie gehe davon aus, 'daß der Angeklagte im Rahmen der Bosnienhilfe zahlreiche Sachleistungen und Geldbeträge zur Weiterleitung nach Bosnien erhalten und daß er diese Aufträge ordnungsgemäß ausgeführt hat' sowie 'daß der Angeklagte das Reizstoff-Sprühgerät wegen Bedrohung durch Serben angeschafft und getragen hat'. Das bedeutet nichts anderes als eine Wahrunterstellung, gegen die die Strafkammer auch bei der Urteilsfällung nicht verstoßen hat; daß sie aus der Wahrunterstellung nicht die von der Verteidigung gewünschten Schlüsse gezogen hat, stellt keinen Rechtsfehler dar (vgl. Herdegen in KK-StPO 3. Aufl. § 244 Rdn. 93). ..."[255]

Wahrunterstellung und Revisionsbegründung

Die Formerfordernisse des § 344 II 2 StPO müssen stets beachtet werden:

> „ … Die Rügen entsprechen nicht den Formerfordernissen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Nach dieser Vorschrift muß die Revision die den Mangel enthaltenden Tatsachen angeben. Das hat so vollständig und so genau zu geschehen, daß das Revisi-

254 BGH, Beschluss vom 17. 01.1989 - 4 StR 607/88

255 BGH, Beschluss vom 06.02.1996 - 4 StR 727/95 - Diese bedenkliche Entscheidung lässt keine rechtsdogmatische Schärfe erkennen. Offenbar sollte eine Aufhebung der Entscheidung des Tatgerichts vermieden werden.

onsgericht aufgrund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (BGHSt 3, 213; BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Beweisantragsrecht 1).

Zur Begründung der genannten Verfahrensbeschwerden hat der Beschwerdeführer die gestellten Beweisanträge und die sie zurückweisenden Gerichtsbeschlüsse im Wortlaut mitgeteilt. Desweiteren hat er die Gründe des angefochtenen Urteils insoweit zitiert, als sie die unter Beweis gestellten Tatsachen behandelt haben.

Den Beweisantrag auf Vernehmung der Zeugen R. und V. hat die Strafkammer am 24. März 1992 zurückgewiesen, den auf Vernehmung des Zeugen S. am 15. September 1992. Gleichwohl hat sie ausweislich der Urteilsgründe weitere Bemühungen entfaltet, um die benannten Zeugen vernehmen zu können. So hat sie die Zeugen R. und V. für den 28. August 1992 über Interpol geladen (UA S. 117), hinsichtlich des Zeugen S. hat sie eine Auskunft des Ausländerzentralregisters eingeholt, die den Prozeßbeteiligten in der Sitzung vom 20. Oktober 1992 bekanntgegeben worden ist (UA S. 106).

Diese Umstände lassen es als möglich erscheinen, daß die Strafkammer im Hinblick auf die in das Wissen der genannten Zeugen gestellten Tatsachen von den zugesagten Wahrunterstellungen abgerückt ist oder die Beweisanträge später mit einer anderen als der ursprünglichen Ablehnungsbegründung zurückgewiesen hat. In einem solchen Fall entspricht eine Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 3 StPO nur dann den Formerfordernissen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, wenn vollständig vorgetragen wird, ob und gegebenenfalls wie das Tatgericht sich nach der Zurückweisung der Beweisanträge weiterhin mit diesen befaßt hat. Nur dann wird dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglicht, ob nach der Zurückweisung der Beweisanträge im weiteren Verfahrensablauf die Zusagen der Wahrunterstellung Bestand hatten. Die Revisionsbegründung läßt diesen Vortrag vermissen.

Vorliegend reichen auch die vom Beschwerdeführer nicht mitgeteilten, aber in den Urteilsgründen enthaltenen Angaben nicht aus, um diese Prüfung vorzunehmen, da sie nicht vollständig sind. So ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen, daß die Strafkammer nach der Zurückweisung des Beweisantrags auf Vernehmung der Zeugen R. und V. am 24. März 1992 bereits am 28. April 1992 mit der Begründung, die Verteidigung habe die Vernehmung dieser Zeugen beantragt, beim Bundeskriminalamt fernschriftlich angefragt hat, ob sich die Zeugen unter bestimmten Anschriften in Jugoslawien aufhielten, und daß sie die - positive - fernschriftliche Antwort im Hauptverhandlungstermin vom 9. Juni 1992 mit den Verfahrensbeteiligten erörtert hat. Hinsichtlich des Zeugen S. lassen die Urteilsgründe nicht erkennen, ob die Anfrage beim Ausländerzentralregister vor oder nach der Zurückweisung des Beweisantrags am 15. September 1992 erfolgte. Tatsächlich datiert sie vom 12. Oktober 1992.

Mangels Zulässigkeit der Verfahrensrügen ist der Senat deshalb gehindert, die ihnen zugrundeliegenden Vorgänge, etwa durch die Einholung dienstlicher Äußerungen, aufzuklären. ..."[256]

Lehr- und aufschlussreich sind folgende Ausführungen zu den Grundsätzen der Wahrunterstellung:

" ... Der Beschwerdeführer beanstandet zu Recht, daß sich die Strafkammer nicht an eine Wahrunterstellung gehalten hat.

256 BGH, Urteil vom 22.10.1993 - 2 StR 466/93

1. Die Rüge ist zulässig erhoben. Die Revisionsrechtfertigung teilt zwar nur mit, was 'im Ablehnungsbeschluß' als wahr unterstellt worden ist und inwieweit - ihrer Meinung nach - die Urteilsgründe dem widersprechen; weder der Beweisantrag noch der vollständige Inhalt des ihn ablehnenden Gerichtsbeschlusses sind wiedergegeben.

Gleichwohl entspricht die Rüge den Erfordernissen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Danach muß der Beschwerdeführer die "den Verfahrensmangel enthaltenden Tatsachen" angeben. Ob dem genügt ist, hängt davon ab, worin er den Verfahrensmangel erblickt.

Hat das Gericht einen Beweisantrag abgelehnt, weil die behauptete Tatsache als wahr unterstellt werden könne, und hält es im Urteil die Zusage der Wahrunterstellung nicht ein, so liegt darin in der Regel ein doppelter Verfahrensfehler. Zum einen verstößt das Gericht gegen § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; denn wenn es im Urteil von der Wahrunterstellung abrückt, so entzieht es damit der Ablehnung des Beweisantrags nachträglich wieder die Grundlage: die Verfahrenslage ist dann regelmäßig dieselbe, als ob das Gericht den Beweisantrag von vornherein mit fehlerhafter Begründung abgelehnt hätte. Zum anderen ist die Nichteinhaltung einer zugesagten Wahrunterstellung aber auch ein Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens, weil sie die berechtigte Erwartung des Angeklagten enttäuscht, das Gericht werde die Zusage einlösen. Beide Verfahrensfehler treffen bei der Ablehnung eines Beweisantrages regelmäßig zusammen. Gleichwohl handelt es sich um selbständige, voneinander unabhängige Gesichtspunkte. Weist das Gericht den Angeklagten noch in der Verhandlung darauf hin, daß es die Zusage der Wahrunterstellung nicht aufrechterhalte, so liegt kein Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens vor, obgleich die Ablehnung des Beweisantrags damit fehlerhaft wird. Umgekehrt muß das erst aus dem Urteil ersichtliche, vorher nicht angekündigte Abrücken des Gerichts von der zugesagten Wahrunterstellung der Ablehnung des Beweisantrags nicht stets die Rechtsgrundlage entziehen. Hat etwa das Gericht den Antrag auf Vernehmung eines Zeugen zurückgewiesen, weil dieser unerreichbar sei (Hauptbegründung), im übrigen aber die Beweisbehauptung als wahr behandelt werden könne (Hilfsbegründung), so ist die Ablehnung des Beweisantrags im Ergebnis nicht zu bemängeln, sofern nur die Annahme der Unerreichbarkeit des Zeugen rechtlicher Prüfung standhält. Der Gerichtsbeschluß über den Beweisantrag verstößt nicht gegen § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO, auch wenn sich das Urteil mit der als Hilfsbegründung benutzten Wahrunterstellung in Widerspruch setzt und dadurch das Gebot des fairen Verfahrens verletzt.

Die Selbständigkeit beider Gesichtspunkte zeigt sich auch darin, daß es Wahrunterstellungen gibt, die sich nicht auf Beweisanträge beziehen. Die Rechtsprechung hat mehrfach entschieden, daß auch solche Wahrunterstellungen - solange sie nicht widerrufen sind - bindende Wirkung erzeugen. Das gilt etwa dann, wenn die Zusage der Wahrunterstellung im Rahmen der Ablehnung eines Beweisermittlungsantrags gegeben worden war (KG JR 1978, 473), das Gericht eine ohne Beweisantritt vorgebrachte Behauptung als wahr unterstellt hatte (BGHSt 21, 38; vgl. Alsberg/Nüse/Meyer, Beweisantrag, 5. Aufl. S. 688) oder der Wahrunterstellung keine inhaltlich übereinstimmende Behauptung des Angeklagten entsprach (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1980 - 2 StR 277/80 - S. 3 f).

Was der Beschwerdeführer zur ordnungsgemäßen Begründung der Verfahrensrüge ausführen muß, richtet sich demgemäß danach, welchen der beiden Verfahrensverstöße er geltend macht. Rügt er, die Ablehnung eines Beweisantrags sei fehlerhaft, weil das Gericht die Zusage der Wahrunterstellung nicht eingelöst und damit dem Ablehnungsbeschluß die Grundlage wieder entzogen habe (Verstoß gegen § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO), so ist er gehalten, sowohl den Beweisantrag als auch den daraufhin ergangenen Ablehnungsbeschluß mitzuteilen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Sieht er

den Verfahrensfehler aber nur darin, daß sich das Gericht in den Urteilsgründen nicht an die - gleichgültig aus welchem Anlaß - zugesagte Wahrunterstellung gehalten habe (Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens), so reicht es aus, wenn er mitteilt, was als wahr unterstellt worden ist und inwieweit die Urteilsgründe dem widersprechen.

Der Beschwerdeführer bezeichnet zwar § 244 StPO als verletzt, beanstandet aber allein, daß eine Wahrunterstellung nicht eingehalten worden sei. Soweit damit ein Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens geltend gemacht wird, genügt sein Vorbringen den dafür zu stellenden Anforderungen.

2. Die Rüge ist auch begründet.
a) Das Gericht muß bei der Urteilsfindung die Zusage, eine bestimmte Behauptung zugunsten des Angeklagten als wahr zu behandeln, einlösen; es darf sich mit einer - bis zum Schluß der Verhandlung unwiderrufen gebliebenen - Wahrunterstellung nicht in Widerspruch setzen, gleichgültig, worauf sie beruht. Der Angeklagte kann grundsätzlich auf die Einhaltung einer solchen Zusage vertrauen und danach seine Verteidigung einrichten. In diesem berechtigten Vertrauen wird er enttäuscht, wenn das Urteil die Wahrunterstellung außer acht läßt.

Will das Gericht - etwa weil es sich nach dem Verlauf der Beweisaufnahme dazu berechtigt oder genötigt glaubt - die Wahrunterstellung widerrufen, so ist es daran nicht gehindert. Ihm erwächst dann aber die verfahrensrechtliche Pflicht, den Angeklagten und seinen Verteidiger vor der Urteilsverkündung davon zu unterrichten, um so deren jetzt irrige Vorstellung zu beseitigen und ihnen Gelegenheit zu geben, sich auf die veränderte Sachlage einzustellen. Unterbleibt dieser Hinweis, so liegt, falls sich das Gericht im Urteil nicht an die Wahrunterstellung hält, ein Verfahrensverstoß vor (BGHSt 1, 51, 53 ff; 21, 38 f; KG JR 1978, 473 f). Verletzt ist der Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 38, 105, 111 ff; 57, 250, 273 ff; BVerfG, Beschluß vom 17. Mai 1983 - 2 BvR 731/80), soweit er die Beachtung einer gerichtlichen, hier dem Rechtsgedanken des § 265 Abs. 4 StPO zu entnehmenden Hinweispflicht gebietet (vgl. Niemöller/ Schuppert, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, in AöR 107 (1982), 387, 424).

Der Senat hat in BGHSt 21, 38 f !X! im Anschluß an BGHSt 1, 51, 54 die Ansicht vertreten, der Verfahrensverstoß stelle sich als Verletzung der gerichtlichen Sachaufklärungspflicht dar (§ 244 Abs. 2 StPO in Verbindung mit §§ 243 Abs. 4 und 136 Abs. 2 StPO); er hält - ohne daß es für die hier zu treffende Entscheidung darauf ankommen könnte - an dieser rechtlichen Einordnung indes nicht mehr fest. Das Verbot, von einer zugesagten Wahrunterstellung ohne vorangegangene Unterrichtung des Angeklagten abzurücken, hat seine Grundlage nicht in der gerichtlichen Pflicht zur Sachaufklärung. Vielmehr liegt ihm der Rechtsgedanke des Vertrauensschutzes zugrunde: der Angeklagte darf nicht in einer Erwartung enttäuscht werden, die das Gericht selbst erst erzeugt hat. Dies verbietet der Grundsatz des fairen Verfahrens. Es handelt sich um denselben Gesichtspunkt, unter dem das Gericht rechtlich gehindert ist, nach Beschränkung des Verfahrens gemäß § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedene Teile der Tat gegen den Angeklagten zu verwerten, es sei denn, er wäre vorher ausdrücklich auf diese Möglichkeit hingewiesen worden (vgl. BGH NJW 1983, 1504 mit weiteren Nachweisen).

b) Im vorliegenden Fall ist der von der Revision gerügte Verfahrensfehler gegeben. Die Strafkammer hat als wahr unterstellt, daß der Angeklagte die aus tatsächlich durchgeführten Geschäften (nicht Scheingeschäften) zwischen den von ihm errichteten Firmen angefallene Umsatzsteuer angemeldet und/oder abgeführt habe (Bd.

V Bl. 167 d.A.). Damit stehen einzelne Feststellungen aus Abschnitt IV B der Urteilsgründe (UA S. 34 - 36) nicht in Einklang.

Im Fall 4 (UA S. 35 f) legt die Strafkammer dem Angeklagten die Hinterziehung von 5.390 DM Umsatzsteuer deshalb zur Last, weil die Firma T Schmuckfabrikation M (vgl. UA S. 4 Nr. 6) in ihrer Umsatzsteuererklärung für das 2. Quartal 1976 nicht den Verkauf von 40.000 Silberringen an die Firma A in A (vgl. UA S. 4 Nr. 5) angegeben hat (UA S. 36, 2. Absatz und letzte Zeile). Im Fall 5 (UA S. 36) wird festgestellt, die Firma P (vgl. UA S. 7 Nr. 3) habe fünf Verkäufe an die Firma H in D (vgl. UA S. 6 Nr. 16) vorgenommen, aber nur einen einzigen Verkauf deklariert und damit 13.782,25 DM Umsatzsteuer hinterzogen. Hiernach haben zwischen einzelnen 'T-Firmen' mehrere Umsatzgeschäfte stattgefunden, ohne daß die hierfür zu entrichtende Umsatzsteuer abgeführt worden ist. Diese Feststellungen stehen zu der dem Angeklagten zugesagten Wahrunterstellung in Widerspruch. Die Strafkammer hat in der Verhandlung auch nicht darauf hingewiesen, daß sie von der Wahrunterstellung abrücken wolle.

Auf diesem Verfahrensverstoß kann das Urteil beruhen. Dagegen läßt sich nicht einwenden, es sei letztlich gleichgültig, ob den jeweiligen Rechnungen wirkliche Lieferungen zugrunde lagen, weil sich, wenn dies nicht der Fall sei, eine ebenso hohe Umsatzsteuerschuld aus § 14 Abs. 3 UStG 1967 ergebe. Denn es ist nicht auszuschließen, daß die nicht befolgte Wahrunterstellung den Angeklagten davon abgehalten hat, sich anders und erfolgversprechender, als es geschehen ist, zu verteidigen. ...“[257]

Eigene Sachkunde - § 244 IV 1 StPO

Gegenstand dieser Bestimmung ist ein ebenfalls nicht zu unterschätzender und die Verteidigungsrechte einschränkender Ablehnungsgrund.[258] Die „eigene“ „Sachkunde“ sind zwei sehr dehnbare Begriffe. Was dazu in Ablehnungsbeschlüssen und/ oder schriftlichen Urteilsgründen darzulegen sein soll, kann je nach „Schwierigkeit der Beweisfrage“ dürftig sein. Eine häufig anzutreffende sportliche Übung ist, sich eigener Sachkunde zu berühmen, die sich mit der „Sachkunde“ aus öffentlich und ungehindert zugänglichen Quellen oftmals nicht in Einklang bringen lässt.

Entscheidung über eigene Sachkunde

Die Interpretation, in der Tatsacheninstanz entscheide der Richter selbst, ob er die erforderliche Sachkunde habe, gibt es tatsächlich. Die Sachkunde des Gerichts kann nicht Gegenstand der Beweisaufnahme sein.[259]

" ... 1. Es ist nicht zu beanstanden, daß der **Antrag auf Einholung eines morphologischen bzw. anthropologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, die Nasenform des Angeklagten ('Knubbelnase') sei bei über 30 % der mitteleuropäischen Bevölkerung vorhanden** (Anmerkung des Verf.: erfolglos), wegen eigener Sachkunde des Gerichts (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) abgelehnt wurde. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: 'Die vier Mitglieder der Strafkammer - Durchschnittsalter 50 Jahre - haben im Laufe ihres überwiegend in Mitteleuropa verbrachten Lebens zigtausende von Nasen gesehen und sehen täglich neue, so daß sie in der Lage sind zu beurteilen, wie häufig die dem Angeklagten eigene Nase in etwa vorkommt.' Entgegen der Ansicht der Revision stellt dies keinen Verstoß gegen § 244 Abs. 4 StPO dar. Über die allgemeine Lebenserfahrung hinausgehendes außerjuristisches Spezialwissen erfordert die Beantwortung der Beweisfrage, die keinen schwer erfaßbaren Sachverhalt betrifft, nicht. Es geht um den Beweiswert des Wiedererken-

257 BGH, Urteil vom 06.07.1983 - 2 StR 222/83
258 dazu die „kurze“ Übersicht in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. A., Rz. 71 bis 77a zu § 244
259 Was würde das auch für Folgen haben!?

nens durch die Hauptbelastungszeugin, eine Bankangestellte, die die Nase des Angeklagten wiedererkannt hat. Diese Beurteilung ist grundsätzlich richterliche Aufgabe. Die Situation ist vergleichbar mit der Fallkonstellation zur Frage, ob die Einholung eines Glaubwürdigkeitsgutachtens (dazu BGHSt 8, 130; 23, 8) erforderlich ist. Anhaltspunkte, die dort für die Einholung eines Gutachtens sprechen (vgl. hierzu Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. Aufl. § 244 Rdn. 74) sind hier nicht gegeben. So befand sich die fragliche Zeugin gerade nicht in einer Extremsituation, da sie den Überfall nicht bemerkt und den Täter lediglich als normalen - allerdings auffällig gekleideten - Kunden angeschaut hatte. Zudem ist der Erwerb von eigener Sachkunde noch während der laufenden Hauptverhandlung möglich (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO, 25. Aufl. § 244 Rdn. 300). Die Zeugin hat drei Wochen vor der Urteilsverkündung ausgesagt, so daß die Richter ausreichend Zeit für intensive Vergleichsbeobachtungen hatten.

2. Auch den Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens dazu, daß Aussagen dieser Zeugin anläßlich der Gegenüberstellungen, der Lichtbildvorlagen und in der Hauptverhandlung keinerlei Beweiswert hätten bzw. die Zeugin unglaubwürdig sei, hat die Kammer rechtsfehlerfrei wegen eigener Sachkunde abgelehnt. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen ist Aufgabe des Tatrichters. Der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedarf es nur, wenn die Eigenart und besondere Gestaltung des Einzelfalles eine Sachkunde erfordern, die ein Richter normalerweise nicht hat (BGH, Urt. vom 21. September 1993 - 1 StR 384/93). Die von der Kammer gesehene Problematik der Lichtbildvorlage, der Gegenüberstellung und des wiederholten Wiedererkennens führt zwar zur Notwendigkeit einer eingehenden Beweiswürdigung (BGHSt 16, 204, 205 f.; BGH StV 1997, 454), erfordert aber kein Spezialwissen.

3. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens dazu, daß Richter nicht in der Lage seien, die Häufigkeitsverteilung von Nasenformen zu beurteilen, hat die Kammer rechtsfehlerfrei mit der Begründung abgelehnt, eine Beweisaufnahme über die Sachkunde des Gerichts fände nicht statt. In der Tatsacheninstanz entscheidet der Richter selbst, ob er die erforderliche Sachkunde hat (KK-Herdegen StPO, 4. Aufl. § 244 Rdn. 27 f.). Die Kammer braucht die in Anspruch genommene eigene Sachkunde nicht zur Erörterung stellen (Gollwitzer aaO § 244 Rdn. 302).

4. Den Beweisantrag auf Vernehmung von Bedienungskräften eines Schnellrestaurants dazu, daß der Angeklagte sich zur Tatzeit in diesem Restaurant aufgehalten habe, hat das Landgericht rechtsfehlerfrei gemäß § 244 Abs. 3 StPO wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels abgelehnt. Bei diesem Ablehnungsgrund folgt das Gesetz der Erwägung, daß es dem Gericht nicht zuzumuten ist, Beweise zu erheben, von deren völliger Nutzlosigkeit es überzeugt ist. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn sich der Zeuge nach feststehender allgemeiner Lebenserfahrung unmöglich mit einiger Zuverlässigkeit an die Beweistatsache erinnern kann, über die er aussagen soll (BGH bei Dallinger MDR 1973, 372). In Fällen, in denen ein Zeuge für länger zurückliegende Vorgänge benannt wird, hat der Tatrichter die Eignung des Beweismittels anhand allgemeiner Lebenserfahrung unter Berücksichtigung aller Umstände, die dafür oder dagegen sprechen, daß der Zeuge die in sein Wissen gestellten Wahrnehmungen gemacht und im Gedächtnis behalten hat, zu beurteilen (BGH NStZ 1993, 295, 296). Maßgebend sind u.a. die Bedeutung des Vorgangs für den Zeugen, die Häufigkeit ähnlicher Vorgänge und die Länge des Zeitablaufs (OLG Köln StV 1995, 293, 294; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. S. 615 f.). Diesen Anforderungen genügt die Entscheidung der Kammer. Es greifen gleich mehrere Gesichtspunkte ein, die sich gegenseitig verstärken: die Sache lag 16 Monate zurück, das Bedienen von Kunden in einem Schnellrestaurant dauert nicht lange, es handelt sich um einen für die Zeugen unbedeutenden Vorgang, die Zeugen erleben täglich

eine Vielzahl ähnlicher Vorgänge und die Zeugen müßten sich nicht nur an die Person des Angeklagten und den Tag, sondern auch noch an die (relativ genaue) Uhrzeit erinnern. ..."[260]

Quellen der Sachkunde

Auf die Herkunft der Sachkunde soll es nicht ankommen:

" ... Ohne Erfolg rügt die Revision die Ablehnung eines **Beweisantrags auf Einholung von Sachverständigengutachten und Vernehmung des Ministerialrats G als sachverständigen Zeugen, Gegenstand der Beweisbehauptung war, daß es vielfältige - legale wie illegale - Möglichkeiten gegeben habe und auch heute noch gebe, Mineralöle aller Art ohne Rechnung zu erwerben** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Die Strafkammer hat dem Beweisantrag hinsichtlich der sogenannten Schiffrestmengen stattgegeben und ihn im übrigen zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sie besitze die zur Beurteilung der Beweisbehauptung erforderliche Sachkunde. Aus einer Vielzahl von Verdieselungsprozessen und nicht zuletzt aus dem vorliegenden Verfahren seien ihr die legalen wie illegalen Methoden, Mineralöl zu erwerben, bekannt. Aus diesem Grunde erübrige sich auch die beantragte Vernehmung des Ministerialbeamten. Auch insoweit handle es sich inhaltlich um einen Sachverständigenbeweis, weil G keine Tatsachen bekunden, sondern aus seiner besonderen Sachkunde Erfahrungssätze über den Mineralölhandel liefern solle.

Die Revision meint, die Sachkunde der Mitglieder des Gerichts sei zweifelhaft. Die Strafkammer stütze die angenommene Sachkunde im übrigen auf die Ergebnisse des laufenden Verfahrens, was nicht zulässig sei. Der Antrag auf Vernehmung des sachverständigen Zeugen G habe nicht in einen Antrag auf Sachverständigenbeweis umgedeutet werden dürfen.

Die Rüge ist unbegründet. Es ist zunächst nicht erforderlich, daß alle Mitglieder des Spruchkörpers von vorn herein über die notwendige Sachkunde verfügen. Diese Sachkunde kann den übrigen Mitgliedern auch von einem Mitglied des Spruchkörpers vermittelt werden (vgl. BGHSt 12, 19; KK-Herdegen, StPO § 244 Rdn. 30).

Daß die Strafkammer zur Annahme berechtigt war, sie verfüge über die zur Beantwortung der Beweisfrage erforderliche Sachkunde, hat sie in den Urteilsgründen nachgewiesen (vgl. RG HRR 1938, 1380; BGHSt 2, 163, 165). Die eingehenden Ausführungen im Urteil zur Frage der Erwerbsmöglichkeiten von Mineralöl lassen erkennen, daß die Strafkammer mit den hier einschlägigen Sachfragen hinreichend vertraut war. Daß sie diese Sachkunde auch im vorliegenden Verfahren gewonnen hat, ist unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 2. September 1981 - 3 StR 222/81).

Ob das Gericht die Vernehmung des als sachverständiger Zeuge benannten Ministerialbeamten G mit zutreffender Begründung abgelehnt hat, kann offen bleiben. Auf einem etwaigen Fehler insoweit würde das Urteil nicht beruhen. Denn das Gericht hat die von der Verteidigung angeführten Möglichkeiten des Erwerbs von Mineralöl als grundsätzlich gegeben erachtet. Es hat jedoch aus im einzelnen dargelegten Gründen rechtsfehlerfrei die Überzeugung erlangt, daß der Angeklagte hinsichtlich der ihm angelasteten Taten nur die im Urteil bezeichneten Möglichkeiten genutzt hat. ..."[261]

260 BGH, Beschluss vom 12.10.1999 - 1 StR 109/99: Das ist eine wichtige Entscheidung, die der Willkür Tür und Tor öffnete. Eine rechtsstaatliche Handhabung und Prüfung dieses Ablehnungsgrundes wird damit in einem sehr bedenklichen Ausmaß eingeschränkt.

261 BGH, Urteil vom 17.12.1982 - 2 StR 83/82 - Diese Entscheidung ist bedenklich, weil intrans-

Die Sachkunde des Gerichts kann auf einem - richtigen - Vorgutachten beruhen:

> „... Das gilt im Ergebnis auch für die Verfahrensrügen, das Landgericht habe **Hilfsbeweisanträge der Verteidigung, zur Beurteilung der Bißspuren am Körper der Getöteten und zur Prüfung der Schuldfähigkeit des Angeklagten jeweils einen weiteren Sachverständigen zu hören** (Anmerkung des Verf.: erfolglos), zu Unrecht wegen eigener Sachkunde abgelehnt. In der Rechtsprechung ist grundsätzlich anerkannt, daß sich der Tatrichter bei der Ablehnung eines Beweisantrags, einen weiteren Sachverständigen hinzuzuziehen, auf eigene Sachkunde berufen kann, die er durch ein in der Hauptverhandlung bereits erstattetes Gutachten erworben hat (BGH, Urteile vom 6. Juni 1972 - 1 StR 116/72 bei Dallinger MDR 1972, 925; vom 23. April 1974 - 5 StR 41/74 bei Dallinger MDR 1975, 24; vom 18. November 1975 - 1 StR 633/75; vom 26. Februar 1980 - 5 StR 681/79 bei Pfeiffer NStZ 1982, 189; vom 2. September 1981 - 3 StR 222/81). Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob - was nahe liegt - dieser Grund für die Ablehnung eines Beweisantrags ausscheidet, wenn einer der in § 244 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 StPO angeführten Fälle gegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 1974 - 5 StR 41/74; Kleinknecht/ Meyer, StPO 36. Aufl. § 244 Rdn. 76) oder der Tatrichter bei einem entsprechenden Vorbringen einen solchen Fall (hier: überlegene Forschungsmittel der weiteren Sachverständigen) nicht ausschließt. Denn die Hilfsanträge der Verteidigung sind keine förmlichen Beweisanträge, bei deren Ablehnung das Landgericht an die Gründe des § 244 Abs. 3 und 4 StPO gebunden gewesen wäre. Vielmehr handelt es sich, soweit sie nicht ohnehin nur prozessuale Fragen betreffen, um Beweisermittlungsanträge, wie sich aus dem Fehlen bestimmter Tatsachenbehauptungen ergibt. Diese Anträge konnte das Landgericht auf der Grundlage der schon erstatteten Gutachten und des Ergebnisses der übrigen Beweisaufnahme im Urteil ablehnen, ohne seine Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu verletzen.
>
> Die Verteidigung hat nicht dargelegt, in welcher Hinsicht das Gutachten des Sachverständigen Dr. Dr. F über die Bißspuren unrichtig sei. Die Bißspuren waren auch nur eines von mehreren Indizien, auf Grund derer der Angeklagte der Tat überführt worden ist. Er wird insbesondere durch das Ergebnis der kriminaltechnischen Untersuchung belastet, die andere Spuren betrifft. Der Sachverständige Prof. Dr. Dr. A–Z ist bei seinen Ausführungen über die Schuldfähigkeit des Angeklagten nach der Überzeugung der Strafkammer von richtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen. Er hat dessen mögliche erbliche Belastung und die Krebserkrankung in die Prüfung einbezogen. Nach seinem Gutachten ist der schon öfter, einmal auch wegen Vergewaltigung vorbestrafte Angeklagte, der bei testpsychologischen Untersuchungen einen Intelligenzquotienten von 109/110 erreichte, in neurologischer, psychischer und charakterologischer Hinsicht nicht auffällig. Unter diesen Umständen brauchte es sich dem Landgericht nicht aufzudrängen, die beantragten weiteren Gutachten einzuholen. ...“[262]

Ebenso zu einem Fall, in dem bereits ein psychiatrisches Sachverständigengutachten vorlag. Es bedarf wegen eigener Sachkunde gegebenenfalls nicht der Einholung eines weiteren Gutachtens eines Psychologen:

> " ... Die Verfahrensbeschwerden, mit denen der Angeklagte Verstöße gegen § 244 StPO geltend macht, greifen nicht durch. Das Landgericht hat die **Beweisanträge, mit denen die Verteidigung die erhalten gebliebene Schuldfähigkeit des Angeklag-**

parente und nicht überprüfbare Bewertungen ermöglicht werden.

262 BGH, Beschluss vom 18.07.1983 - 3 StR 246/83, dazu sehr knapp gehalten BGH, Beschluss vom 13.05.2020 - 4 StR 533/1

ten sowie die Glaubwürdigkeit der Geschädigten und Hauptbelastungszeuginnen in Zweifel zog (Anmerkung des Verf.: erfolglos), ohne Rechtsfehler abgelehnt. Der Erörterung bedarf nur folgendes:

1. Zur Schuldfähigkeit
Der Senat vermag der vom Generalbundesanwalt vertretenen Auffassung, die Begründung, mit der das Landgericht die Anträge auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, der Angeklagte sei zu den Tatzeiten 'zumindest teilweise' schuldunfähig gewesen (RB S. 47, 49), zurückgewiesen habe, halte rechtlicher Nachprüfung nicht stand, nicht zu folgen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei den Anträgen wegen der angeregten 'Prüfung der Schuldfähigkeit' (RB S. 49) überhaupt um nach § 244 Abs. 6 StPO zu bescheidende Beweisanträge oder lediglich um nach § 244 Abs. 2 StPO zu behandelnde Beweisermittlungsanträge handelte; denn die Begründung, daß 'Anhaltspunkte für eine Schuldunfähigkeit nicht vorliegen (§ 244 Abs. 4 StPO)', trägt im Ergebnis die Entscheidung der Strafkammer.

a) Das Landgericht hat in dem den Beweisantrag ablehnenden Beschluß ausgeführt, der Angeklagte habe 'nach dem am 09.06.1989 in dem Verfahren 16 Js 831/88 StA Essen eingeholten Sachverständigengutachten der Sachverständigen Frau Dr. med. M. eine narzißtische Charakterstruktur, die fraglich Borderline-Züge aufweist'. Weiter heißt es in dem Beschluß: 'Da nach dieser Diagnose damals bereits das Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 StGB verneint worden ist und die Ausführungen auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen Dr.G. , der sich allgemein zum Borderline-Syndrom geäußert hat, nichts Gegenteiliges ergeben hat, war der Beweisantrag zurückzuweisen'.

b) Das Landgericht hat sich damit, da der Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 StPO ersichtlich nicht vorlag, auf die eigene Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) berufen. Das begegnet hier keinen rechtlichen Bedenken:

Zunächst geht der nebenbei erhobene Einwand der Revision, die insoweit keine eigene Verfahrensrüge erhoben hat, fehl, das Landgericht habe das frühere Gutachten verwertet, 'ohne daß (es) in die Hauptverhandlung eingeführt worden wäre' (RB S. 50). Da sich die Verteidigung im Beweisantrag selbst auf dieses Gutachten bezogen hat, durfte das Landgericht es auch in seine Entscheidungsfindung mit einbeziehen. Im übrigen übersieht die Revision, daß für die Vorbereitung der Entscheidung über einen Beweisantrag nicht das Recht des Strengbeweises gilt, sondern der Freibeweis stattfindet (BGH NJW 1993, 2881, 2882; Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 43. Aufl. § 244 Rdn. 7 m.w.N.).

Das Landgericht durfte sich für seine Sachkunde zutreffend auf die durch den in der Hauptverhandlung gehörten Sachverständigen Dr. G. zum Borderline-Syndrom vermittelten Erkenntnisse berufen (vgl. Alsberg/Nüse/ Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. <1983>, S. 724 f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2.Aufl. <1996>, Rdn. 254). Daß dessen Gutachten nicht den Angeklagten unmittelbar, sondern die Auswirkungen des Borderline-Syndroms bei der Geschädigten Sch. betraf, steht dem nicht entgegen. Näherer Ausführungen dazu bedurfte es hier nicht, zumal das Landgericht eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) beim Angeklagten im Wege der Wahrunterstellung angenommen hat. Demgegenüber lagen die Voraussetzungen des § 20 StGB offensichtlich nicht vor. Insoweit hatte das Landgericht zu berücksichtigen, daß es sich bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit um eine normative, nicht aber um eine ausschließlich medizinisch- psychiatrisch zu beantwortende Frage handelt (vgl. BGHR StGB § 20 Affekt 4) und in der Rechtsprechung anerkannt ist, daß Zustände, die den schweren anderen seelischen Abartig-

keiten zuzuordnen sind (zur Borderline-Störung vgl. BGH NJW 1997, 1645), überhaupt nur in seltenen Fällen zur Annahme von Schuldunfähigkeit und damit zur Exkulpation führen (BGH StV 1997, 628, 629). Konkrete Anhaltspunkte dafür, der Zustand des Angeklagten könne - und zwar auch unter Berücksichtigung seiner Alkoholisierung - bei ihm zu einem völligen Kontrollverlust oder unwiderstehlichen Zwang zu den sexuellen Übergriffen geführt haben, wie dies die Annahme vollständiger Aufhebung der Steuerungsfähigkeit voraussetzt (vgl. BGH NJW 1997, 1645, 1646; StV 1997, 629; BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 13 - Borderline- Syndrom), sind aber weder den Beweisanträgen zu entnehmen, noch bieten die festgestellten Tatumstände dafür eine Grundlage. Deshalb kann das Urteil - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - auf der Ablehnung der Beweisanträge auch nicht beruhen.

2. Zur Glaubwürdigkeit
Auch die Beanstandung, daß kein psychologischer Sachverständiger bzw. - wie die Verteidigung hinsichtlich der Zeugin V. beantragt hatte - kein Sachverständiger, der 'über psychiatrische und (test-) psychologische Kenntnisse verfüg(t)' (RB S. 32), zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der beiden Geschädigten gehört worden sei, bleibt ohne Erfolg. Die Strafkammer hat die entsprechenden Beweisanträge der Verteidigung unter Berufung auf die eigene Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) abgelehnt. Dies läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

a) Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters (BGHSt 23, 8, 12). Geboten ist die Hinzuziehung eines psychologischen oder psychiatrischen Sachverständigen aber dann, wenn der Sachverhalt solche Besonderheiten aufweist, daß Zweifel aufkommen können, ob die Sachkunde des Gerichts zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den gegebenen besonderen Umständen ausreicht (st. Rspr.; BGH NStZ 1982, 42; BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 2 und Sachkunde 6; Senatsbeschluß vom 12. August 1997 - 4 StR 353/97). Dem hat die Strafkammer entsprochen, indem sie wegen der Auffälligkeiten in der Person der Geschädigten für jede von ihnen einen psychiatrischen Sachverständigen hinzugezogen hat. Dabei hat - wie das Landgericht in dem die Beweisanträge ablehnenden Beschluß dargelegt hat - der Sachverständige Dr.G. bei der Geschädigten Sch. zwar eine 'Borderline-Störung' diagnostiziert; 'diese Erkrankung (habe) aber keinen Einfluß auf die Zeugentauglichkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugin'. Die Geschädigte V. leidet nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. S. an einer 'HIV Encephalitis'; 'ihr Gedankengang (sei) infolge der Krankheit zwar verlangsamt, ihre Konzentrationsfähigkeit und Gedächtnisfähigkeit vermindert, Anhaltspunkte für Halluzinationen und pathologische Denkinhalte fehlen (aber)'. Bei dieser Sachlage liegt in der Ablehnung, auch noch einen psychologischen Sachverständigen hinzuzuziehen, weder eine Verletzung des § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO noch eine Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO).

b) Die - vom Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilende - Sachkunde der vom Landgericht gehörten Sachverständigen (vgl.BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Sachkunde 1 m.w.N.) war hier nicht zweifelhaft. Daß der Sachverständige Dr.G. - wie die Revision vorträgt - 'bisher keine Glaubwürdigkeitsgutachten erstellt hat' (RB S. 14), berührt nicht seine Kompetenz für die Klärung der medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen. Deshalb steht hier allein zur Entscheidung, ob das Landgericht zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Geschädigten zusätzlich noch ein psychologisches Gutachten einholen mußte. Dies ist nicht der Fall.

aa) Erfordern besondere Umstände - wie hier - die Einholung eines Glaubwürdigkeitsgutachtens, so ist es nach feststehender Rechtsprechung grundsätzlich dem Tatrichter überlassen, ob er einen Psychiater oder einen Psychologen zu Rate zieht (BGHSt 23, 8, 12). Dabei wird allerdings in aller Regel die besondere Sachkunde eines Psych-

iaters benötigt, wenn der Zeuge an einer geistigen Erkrankung leidet, die sich auf seine Aussagetüchtigkeit ausgewirkt haben kann, weil die Beurteilung krankhafter Zustände medizinische Kenntnisse voraussetzt, die der Psychologe grundsätzlich nicht besitzt (BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 4 m.w.N.). Dagegen bedarf es zur Beurteilung nicht-krankhafter Zustände und ihrer Auswirkung auf die Glaubwürdigkeit nicht auch grundsätzlich der Hinzuziehung eines Psychologen, denn für die Beurteilung der damit zusammenhängenden Fragen besitzt im Regelfall auch der Psychiater die nötige Sachkunde (vgl. BGHSt 23, 8, 12; zur Beurteilung der Schuldfähigkeit BGHSt 34, 355, 358; BGH NStZ 1990, 400, 401). Daran ändert nichts, daß Grundlage für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen auch nach psychiatrischer Auffassung in erster Linie die Aussagepsychologie ist (vgl. Nedopil, Forensische Psychiatrie <1996>, S. 190).

Deshalb kann der Antrag auf Einholung eines psychologischen Zusatzgutachtens mit der Begründung abgelehnt werden, der gehörte psychiatrische Sachverständige verfüge über die ausreichende Sachkunde und halte es nicht für erforderlich, ein solches Zusatzgutachten beizuziehen (BGH, Beschluß vom 22. Juli 1997 - 1 StR 334/97). In gleicher Weise kann der Tatrichter aber auch dann davon absehen, ein psychologisches Zusatzgutachten einzuholen, wenn er sich aufgrund des psychiatrischen Gutachtens die nötige Sachkunde verschafft hat, daß die Auffälligkeiten in der Person des Zeugen auf dessen Zeugentüchtigkeit keinen Einfluß haben, und keine weiteren Umstände vorliegen, die - wie im Fall BGH StV 1982, 205 mit Anm. Schlothauer, auf den sich die Revision beruft - ausnahmsweise über die Beurteilung der allgemeinen Glaubwürdigkeit hinaus auch die Begutachtung der speziellen Glaubwürdigkeit durch einen (psychologischen) Sachverständigen gebieten. Werden nämlich durch das psychiatrische Gutachten die Zweifel an der Aussagetüchtigkeit des Zeugen ausgeräumt, so befindet sich der Tatrichter in keiner anderen Lage, als sie herkömmlicherweise mit der Beurteilung der Glaubwürdigkeit - erwachsener - Zeugen verbunden ist, die zum Wesen richterlicher Rechtsfindung gehört und daher dem Tatrichter vorbehalten ist (BGHSt 21, 62).

bb) Zu Recht weist der Generalbundesanwalt darauf hin, daß nach dem Ergebnis der Ausführungen des Sachverständigen Dr.S. die Geschädigte V. trotz ihres psychiatrischen Zustandes 'grundsätzlich wie jeder Gesunde Wahrnehmungen machen und wiedergeben kann' (UA 22). Dabei haben der Sachverständige und - ihm folgend - das Landgericht den Anfall berücksichtigt, den die Zeugin einen Tag vor dem Tatgeschehen erlitt und der den 'Verdacht auf einen fokal eingeleiteten sekundär generalisierten Krampfanfall bei bekannter cerebraler HIV-Infektion' (Beweisbeschluß SA Bd. II Bl. 231, 235 f.) begründete. Unter diesen Umständen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß die Strafkammer die eigene Sachkunde zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit dieser Zeugin in Anspruch nahm, zumal 'für eine Alkohol- oder Drogenabhängigkeit der Zeugin - wie sich auch aus den Bekundungen der Sachverständigen Dr. A. -K. ergibt - keine Anhaltspunkte vorliegen und weitere Zeugenaussagen sowie die Angaben des Angeklagten im Ermittlungsverfahren zur Überprüfung ihrer Angaben zur Verfügung stehen' (Beweisbeschluß aaO Bl. 235). Soweit die Verteidigung bereits im Beweisantrag 'Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Aussage der Zeugin' aus deren Aussageverhalten herzuleiten versucht hat, gibt dies zu einer anderen Beurteilung keinen Anlaß. Der Beschwerdeführer hat damit keine Umstände aufgezeigt, die dem gehörten Sachverständigen unbekannt waren und deshalb zu weiterer Begutachtung hätten Anlaß geben müssen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 7). Im übrigen treten bei der Frage, ob der Tatrichter die eigene Sachkunde zu Recht annehmen durfte, Besonderheiten in der Person des Zeugen zurück, wenn dessen Aussage in anderen Umständen erhebliche Unterstützung findet (BGHSt 7, 82, 85; BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 4). Daß es sich hier so verhält, hat das Landgericht ausreichend dargelegt.

> cc) An diesen Grundsätzen gemessen, hält - insoweit entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - auch die Ablehnung der Einholung eines psychologischen Zusatzgutachtens zur Glaubwürdigkeit der Geschädigten Sch. rechtlicher Prüfung stand. Der Revision kann bereits darin nicht gefolgt werden, der gehörte Sachverständige Dr.G. habe sich ausschließlich zum Vorliegen der Borderline- Störung geäußert; vielmehr entnimmt auch die Revision dem Urteil, daß der Sachverständige 'gezielt mit Aussagen der Geschädigten konfrontiert worden (ist), um sie auf ihre Glaubwürdigkeit hin zu beurteilen, und sich in seinem Gutachten nicht auf grundsätzliche Fragen zur Borderline- Erkrankung beschränkt' hat (RB S. 16 Abs. 1). Wenn das Landgericht hiernach - sachverständig beraten - zu der Überzeugung gelangte, die 'Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit der Aussage (könne) nach den gleichen Kriterien wie bei einer psychisch Gesunden beurteilt werden' (UA 17), so brauchte es dem Antrag auf Hinzuziehung eines Psychologen als weiterem Sachverständigen im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO (BGHSt 34, 355, 356) nicht stattzugeben. Daß die Geschädigte im Tatzeitpunkt erheblich alkoholisiert war, hat das Landgericht nicht übersehen; vielmehr hat es zu Recht eine Bestätigung des vom Sachverständigen vermittelten Befundes in Einweisungsberichten anläßlich ihrer früheren Unterbringung nach dem PsychKG gefunden, wonach sie seinerzeit 'trotz zuvor genossenen Alkohols und akuter Suizidgefährdung durch ihr Borderline-Syndrom bewußtseinsklar' war (UA 17). Entscheidend durfte das Landgericht seine Überzeugung von der 'Richtigkeit der Aussage der Geschädigten Sch.' darauf stützen, 'daß diese in vielen Details durch andere Zeugen bestätigt wird' und 'auch der Angeklagte selbst bei seiner polizeilichen und richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren den gesamten äußeren Geschehensablauf im wesentlichen in der gleichen Weise dargestellt' hat (UA 18). Danach hatte das Landgericht auch bei dieser Zeugin gewichtige Anhaltspunkte für die Annahme, daß sie ausreichend in der Lage war, das Tatgeschehen wahrzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 1992 - 2 StR 451/92). Angesichts dessen brauchte die Strafkammer an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussage nicht deshalb zu zweifeln, weil sich die Geschädigte unmittelbar nach dem Tatgeschehen - wie die Notärztin als sachverständige Zeugin bestätigt hat - in einem 'Ausnahmezustand' befand und dabei 'unter Schock und Alkoholeinwirkung' zum Tatort objektiv nicht zutreffende Angaben gemacht hat (UA 10, 21 f.). Unter diesen Umständen ergibt sich entgegen der Annahme des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts ein die Revision begründender Rechtsfehler auch nicht daraus, daß es in der Begründung des ablehnenden Beschlusses heißt, es lägen keine Anhaltspunkte vor, 'daß auch bei dem angeklagten Vorfall ihre Krankheit zum Ausbruch gekommen ist', während das Urteil hierzu ausführt, der Sachverständige halte 'die von der Geschädigten geschilderten Blockierungen und Angstzustände, die sie wie gelähmt sein ließen, krankheitsbedingt durchaus für möglich' (UA 17). Denn maßgeblich ist allein, daß die Wahrnehmungsfähigkeit und Aussagetüchtigkeit der Zeugin trotz ihres Zustands nicht anders als 'bei einer psychisch Gesunden' (UA aaO) zu beurteilen war. Diese Frage fiel aber in die Kompetenz des psychiatrischen Sachverständigen, den die Strafkammer hierzu gehört hat. ..."[263]

Obskur: Die Ablehnung eines Beweisantrages im Fall einer Sicherungsverwahrung unter Berufung auf die eigene Sachkunde soll dem Tatrichter deshalb möglich sein, auch wenn ihm diese erst durch den zunächst vernommenen Sachverständigen vermittelt worden ist und selbst dann, wenn er diesem Gutachten nicht folgen will:

> " ... Im Übrigen hat die Nachprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Näherer Erörterung bedarf allein die erhobene Verfahrensrüge, mit der die Ablehnung eines Beweisantrags auf Hinzuziehung eines weiteren

263 BGH, Urteil vom 22.01.1998 - 4 StR 100/97, ebenso BGH, Beschluss vom 30.07.2003 - 2 StR 246/03

Sachverständigen beanstandet wird. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nachdem der gerichtlich bestellte Sachverständige sein Gutachten erstattet hatte, hat die Verteidigung **beantragt, 'hilfsweise für den Fall, dass die erkennende Kammer entgegen der Einschätzung des Sachverständigen Dr. B. zu dem Ergebnis kommt, dass bei dem Angeklagten ein Hang zu Begehung von Straftaten i. S. d. § 66 StGB vorliegt und auch die übrigen Voraussetzungen einer Sicherungsverwahrung gegeben sind, ein weiteres Sachverständigengutachten zur Frage eines Hanges des Angeklagten zu weiteren erheblichen Straftaten einzuholen.' Mit dem Gutachten solle einer von zwei namentlich benannten Psychiatern beauftragt werden, die als 'anerkannte Kapazitäten auf dem Gebiet der Feststellung eines 'Hanges' überlegene Forschungs- und Erkenntnismittel erworben hätten. Durch das Gutachten seien deshalb 'weitergehende und intensive Erkenntnisse' zu erwarten** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Die Strafkammer hat den Antrag abgelehnt und dies damit begründet, sie habe durch die Anhörung des Sachverständigen ausreichende eigene Sachkunde erlangt. Dass der Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen sei, die Sicherungsverwahrung "könne nicht empfohlen werden", beruhe lediglich darauf, dass er der unzutreffenden Auffassung sei, ein Hang sei deshalb nicht anzunehmen, weil der Angeklagte nur einen Teil der von Habermeyer und Saß aus der Literatur (ersichtlich: Habermeyer/Saß Nervenarzt 2004, 1061, 1066 f.) zusammengestellten Kriterien erfülle und weil der Sachverständige den rechtlich verfehlten Schluss gezogen habe, die Gefährlichkeit könne deshalb nicht festgestellt werden, weil nicht sicher vorherzusagen sei, dass der Angeklagte auch nach einer Therapie rückfällig werde.

Der Beschwerdeführer ist unter Berufung auf die Entscheidung des Senats BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Zweitgutachter 7 (3 StR 240/04) der Ansicht, der Antrag hätte "nur dann" abgelehnt werden können, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen sei. Da der frühere Gutachter einen Hang des Angeklagten indes ausdrücklich verneint habe, hätte der Beweis erhoben werden müssen. Die Rüge zeigt einen Rechtsfehler nicht auf.

a) Es erscheint bereits in zweifacher Weise zweifelhaft, ob es sich vorliegend überhaupt um einen Beweisantrag handelt. Zum einen könnte es schon deshalb an einer bestimmten Beweisbehauptung fehlen, weil die Anhörung eines weiteren Sachverständigen nur 'zur Frage eines Hanges des Angeklagten' beantragt worden ist. Zum anderen handelt es sich bei dem Hang im Sinne des § 66 StGB um einen Rechtsbegriff, der als solcher dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 2). Dass bei dem Angeklagten kein Hang vorliegt, kann allenfalls das Beweisziel sein, also die Folgerung, die das Gericht nach Auffassung des Antragstellers aus dem beantragten Sachverständigengutachten ziehen soll (vgl. Becker in Löwe/Rosenberg, StPO 26. Aufl. § 244 Rdn. 98 - für die Behauptung, bei der Tat hätten "die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB" vorgelegen). Insofern hätte das Bestehen oder das Fehlen bestimmter tatsächlicher Umstände in der Persönlichkeit des Angeklagten oder in den Taten behauptet werden müssen.

b) In jedem Fall hat das Landgericht den Antrag ohne Rechtsfehler abgelehnt. Die Revision verkennt im Ansatz, dass die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Erwiesenheit des Gegenteils der behaupteten Tatsache (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO) nur ein weiterer, allein für den Sonderfall eines Antrags auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen geltender Zurückweisungsgrund ist, der die übrigen Gründe des § 244 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 StPO nicht ausschließt. Die Ablehnung des Antrags unter Berufung auf die eigene Sachkunde ist dem Tatrichter deshalb möglich, auch wenn ihm diese erst durch den zunächst vernommenen Sachverständigen vermittelt wor-

den ist und selbst dann, wenn er diesem Gutachter nicht folgen will (vgl. Becker aaO Rdn. 326 m. w. N.).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Revision zitierten Entscheidung des Senats BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Zweitgutachter 7. In dem dort zugrunde liegenden Fall hatte sich der Tatrichter bei der Ablehnung des Antrags auf Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen auf den Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO gestützt, obwohl der erste Gutachter gerade keine Anhaltspunkte für das Bestehen eines Hangs gefunden hatte. Eigene Sachkunde hatte die Strafkammer erkennbar nicht für sich in Anspruch genommen, so dass auch ein - bei Hilfsbeweisanträgen für das Revisionsgericht mögliches - Austauschen des Ablehnungsgrunds nicht in Betracht kam.

Vorliegend hat das Landgericht eigene Sachkunde, erworben aus dem ausführlichen Gutachten des gehörten Sachverständigen, in Anspruch genommen (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) und diese in den Urteilsgründen ausreichend dargelegt. Es hat zutreffend sowohl die Delinquenzentwicklung beim Angeklagten als progredient eingeschätzt als auch für die Gefährlichkeitsprognose auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung abgestellt und dabei den Mutmaßungen des Sachverständigen zum Erfolg einer notwendigen Therapie keine rechtliche Bedeutung beigemessen. ..."[264]

Vorgutachten reichen aber nicht immer aus:

" ... Das Landgericht hat den **Hilfsbeweisantrag der Nebenklägerin, das Mädchen von der Sachverständigen 'erneut begutachten zu lassen, da erhebliche Punkte in der Hauptverhandlung nach ihrer Entlassung und nach Erstattung ihres Gutachtens erörtert wurden'** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich), abgelehnt mit der Begründung, auf Grund des bereits erstatteten Gutachtens besitze es 'nun selbst die erforderliche Sachkunde' (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO). Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Stellt das Gericht - wie hier - auf Umstände ab, die dem gehörten Sachverständigen unbekannt waren und zu denen sich dieser deshalb nicht äußern konnte, so ist es grundsätzlich im Interesse einer umfassenden Sachaufklärung verpflichtet, dem Sachverständigen Gelegenheit zu geben, sich mit den abweichenden Anknüpfungstatsachen auseinanderzusetzen und sie in seine Begutachtung einzubeziehen (vgl. BGH, Urt. vom 23. Januar 1985 - 1 StR 692/84; BGH StV 1984, 231; BGH NStZ 1985, 421). Die Strafkammer ist ihrer Pflicht, die nachträglich aufgetretene Unstimmigkeit mit der Sachverständigen zu erörtern, nicht nachgekommen.

Zwar beruft sich das Gericht bei der ablehnenden Entscheidung auf die Sachkunde, die es durch das ausführliche Gutachten der gehörten Sachverständigen gewonnen habe. Das angefochtene Urteil weist aber eine solche Sachkunde zu dem Punkt, dem die Strafkammer ausschlaggebende Bedeutung beimißt, nicht hinreichend aus (vgl. dazu Herdegen in KK 3. Aufl. § 244 Rdn. 27, 28).

Was die von der Zeugin behauptete Lkw-Fahrt nach England angeht, ist zwar an einer Stelle des Urteils (UA S. 19) lediglich von einer 'Nichtnachweisbarkeit' die Rede. Doch ergibt sich aus den Urteilsgründen, daß das Gericht die Aussage der Zeugin zu diesem Vorgang für unrichtig erachtet (vgl. UA S. 15 unten, 22 unten). Bei dieser Wertung läßt die Strafkammer jedoch Gesichtspunkte außer acht, die in diesem Zusammenhang in Betracht kamen. Sie führt keine Gründe für ihre Annahme an, die Zeugin habe insoweit bewußt die Unwahrheit gesagt. Unerörtert bleibt insbesondere die Frage, ob die Zeugin die fragliche Lkw-Fahrt mit einer anderen verwechselt hat. Diese

264 BGH, Beschluss vom 12.01.2010 - 3 StR 436/09

> Möglichkeit liegt um so näher, als der Angeklagte mit seinem Lkw im Laufe der Jahre oft Fahrten - auch ins Ausland - unternommen hat, zu denen er das Mädchen mitnahm. Von Bedeutung ist ferner, daß die Zeugin bei ihrer späteren Vernehmung in der Hauptverhandlung Wert legte auf den Umstand, 'daß hierbei auch eine Überfahrt mit einer Fähre gewesen sei' (UA S. 15). Das Urteil geht nicht auf die Frage ein, ob die Zeugin den Angeklagten auf einer einer a n d e r e n Lkw-Fahrt begleitete, die gleichfalls verbunden war mit einer Überfahrt mit einer Fähre (etwa nach Dänemark, vgl. UA S. 5 a). Schließlich wäre zu erwägen gewesen, ob die Zeugin in der prozessualen Lage, in der sie sich sah, meinte, einen bestimmten Zielort nennen zu müssen, um ihre Darstellung der Tat selbst als glaubwürdig erscheinen zu lassen, obwohl sie sich an das Ziel der fraglichen Fahrt nicht mehr erinnerte.
>
> Die Tatsache, daß nach Überzeugung der Strafkammer die fragliche Englandfahrt nicht stattgefunden hat, war angesichts der Anklagevorwürfe auch nicht derart, daß sich aus diesem Umstand z w a n g s l ä u f i g die Unglaubwürdigkeit der Zeugin ergab (vgl. BGH StV 1984, 231). Vielmehr wäre das Gericht gedrängt gewesen, zu diesem Umstand die aussagepsychologische Sachverständige zu befragen. Wäre dies geschehen, hätte die Gutachterin möglicherweise das Aussageverhalten der zur Zeit der Verhandlung 14 Jahre alten Zeugin in einer Weise erklärt, die es dem Gericht nicht mehr gestattete, "ihre Glaubwürdigkeit insgesamt" anzuzweifeln (vgl. UA S. 19 unten/20 oben).
>
> An dieser Beurteilung ändert nichts, daß die Sachverständige ausweislich der Urteilsgründe (UA S. 18 oben) davon ausgegangen ist, die Zeugin habe, da ihre Erinnerungsleistung abgesunken ist, die einzelnen Lkw-Fahrten nicht mehr auseinanderhalten können. Demgegenüber legt die Strafkammer an anderer Stelle (UA S. 16) dar, die Zeugin habe bei ihrer polizeilichen Vernehmung die von ihr angegebenen Lkw-Fahrten ins Ausland 'nur allgemein zusammengefaßt' und diese erst in ihrer Aussage vor Gericht 'im einzelnen' geschildert. Deshalb hätte das Landgericht auch die Frage der Aussageentwicklung mit der Sachverständigen erörtern müssen. ..."[265]

Tatgerichte kommen immer wieder auf neue Ideen, um Beweisanträge leer laufen zu lassen. Das gehört die Aneignung eigener Sachkunde im Freibeweisverfahren zur Verhinderung erfolgreicher Beweisanträge:

> " ... Das Landgericht hat den Angeklagten wegen besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und acht Monaten verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützten Revision. Während die beiden weiteren Verfahrensbeanstandungen ebenso wie die Sachrüge aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführten Gründen erfolglos bleiben, dringt das Rechtsmittel mit der Verfahrensrüge durch, das Landgericht habe einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens rechtsfehlerhaft abgelehnt (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO).
>
> 1. Dieser Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:
> In der Hauptverhandlung vom 17. Mai 2017 waren ein daktyloskopischer Ergebnisbericht sowie ein serologisches Kurzgutachten des Landeskriminalamts Nordrhein-Westfalen verlesen worden, nach deren Inhalt an einem asservierten Hammer - mit dem der Angeklagte nach den Feststellungen des Landgerichts entsprechend dem Anklagevorwurf dem Tatopfer gegen den Kopf schlug und eine Platzwunde im Stirnbereich zufügte - keine auswertbaren daktyloskopischen oder DNA-Spuren gesichert

265 BGH, Urteil vom 27.10.1994 - 1 StR 597/94 - zu Lasten von Angeklagten geht eher

werden konnten. Sodann hatte der **Verteidiger des Angeklagten die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache beantragt, dass an dem Hammer nach gerichtsmedizinischer Erfahrung Blut- und DNA-Spuren des Tatopfers vorhanden sein müssten, wenn diesem hiermit gegen den Kopf geschlagen und eine blutende Wunde zugefügt worden wäre** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Antrag am folgenden Hauptverhandlungstag mit der Begründung abgelehnt, es besitze 'die notwendige eigene Sachkunde zur Beantwortung der Beweisfrage aufgrund der Erkenntnisse zu DNA-Gutachten in anderen Verfahren und aufgrund einer Auskunft des Landeskriminalamts zum vorliegenden Gutachten'. Danach seien bei der Berührung eines Gegenstandes oder einem Schlag mit anschließender Wunde nicht zwingend DNA-Spuren zu erwarten; es seien vielerlei Umstände für das Fehlen solcher Spuren denkbar und möglich.

2. Die zulässig erhobene Verfahrensrüge hat auch in der Sache Erfolg. Mit der gegebenen Begründung durfte der Beweisantrag nicht abgelehnt werden. Die Ablehnung des Antrags durch das Landgericht ist mit § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO nicht vereinbar. Zwar gestattet diese Vorschrift die Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens, wenn das Gericht selbst bereits über die erforderliche eigene Sachkunde verfügt. Es ist jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtsfehlerhaft, einen Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens mit dem Hinweis auf genügende eigene Sachkunde abzulehnen, wenn sich das Tatgericht - wie hier - diese Sachkunde erst zuvor gezielt durch die Befragung eines Sachverständigen im Freibeweisverfahren verschafft hat, um einen erwarteten oder bereits gestellten Beweisantrag ablehnen zu können. Denn wenn das Tatgericht die Anhörung eines Sachverständigen für erforderlich hält, um sich sachkundig zu machen, muss der Sachverständige in der Hauptverhandlung im Strengbeweisverfahren gehört werden (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1995 - 2 StR 702/94, BGHR StPO § 244 Abs. 4 Strengbeweis 1; Beschlüsse vom 26. März 2014 - 2 StR 274/13, BGHR StGB § 244 Abs. 4 Satz 1, Sachkunde 14; vom 23. Mai 2013 - 2 StR 555/12, wistra 2013, 389 f.; SK-StPO/Frister, 5. Aufl., § 244 Rn. 209; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 244 Rn. 73).

3. Auf der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags beruht das Urteil (§ 337 Abs. 1 StPO), da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Landgericht nach Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens zu einer anderen Beurteilung des Tathergangs gekommen wäre. ..."[266]

Bei bestimmten „Zusatztatsachen" funktioniert die eigene Sachkunde nicht, um die Verteidigungsrechte einzuschränken:

Bei Beurteilung der dem Angeklagten anzulastenden Tatfolgen könnte auch Bedeutung gewinnen die Behauptung im **Hilfsbeweisantrag der Verteidigung auf Vernehmung eines (weiteren) Sachverständigen, daß endogene Depression, psychische Belastung, Suizidvorstellung und ein ständiges Gefühl der Beobachtung und des Verfolgtwerdens schon vor den hier zu beurteilenden Taten vorgelegen hätten** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Ein Beweisantrag, der (hier auch) auf die Behauptung bestimmter tatsächlicher Umstände (Zusatztatsachen) abzielt, darf insoweit nicht mit eigener Sachkunde abgelehnt werden. Das gleiche gilt, wenn es sich bei den Behauptungen um Anknüpfungstatsachen handelte und das Gericht nicht beurteilen kann, ob der bisherige Sachverständige von einer zutreffenden Tatsachenbasis ausgegangen ist (vgl. BGH

266 BGH, Beschluss vom 03.07.2018 - 4 StR 621/17

NJW 1951, 412; Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 98).[267]

Eigene Sachkunde kann nicht ausreichen, wenn es um die Frage der verminderten Schuldfähigkeit (Gehirnquetschung) geht:

„ … Nach den Feststellungen hat der Angeklagte im Jahre 1978 bei einem Autounfall eine Gehirnquetschung erlitten und mußte deshalb zwei Monate stationär behandelt werden; seither leidet er häufig an Kopfschmerzen. Die Revision, die ergänzend vorträgt, der Angeklagte sei wegen dieses Unfalls fünf Jahre vom Wehrdienst zurückgestellt worden, sieht eine Verletzung der Aufklärungspflicht darin, daß das Landgericht es unterlassen habe, zur Frage der Schuldfähigkeit des Angeklagten einen Sachverständigen zu hören, vielmehr darüber aus eigener Sachkunde befunden hat. Die Rüge ist begründet.

Das Landgericht hat sich zwar in den Urteilsgründen eingehend mit der Schuldfähigkeit des Angeklagten auseinandergesetzt und dargelegt, der Angeklagte habe weder in seinem weiteren Lebensweg nach dem Unfall noch in der Hauptverhandlung irgendwelche Auffälligkeiten gezeigt, die auf psychische Beeinträchtigungen hinweisen könnten. Das genügt jedoch bei einer Gehirnquetschung nicht, weil es sich dabei um ein gedecktes Hirntrauma mit Beschädigung des Gehirngewebes handelt.

Zwar liegen bei unter unauffälligen Umständen erwachsenen Vorsatztaten auch bei Tätern, die solche Verletzungen erlitten haben, im allgemeinen die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB nicht vor; doch kann es auch unter diesen Voraussetzungen Einzelfälle geben, in denen eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit auch dann zu erwägen ist, wenn die seelisch-geistigen Auffälligkeiten gering sind (vgl. Langelüddeke/Bresser, Gerichtliche Psychiatrie, 4. Aufl. S. 140, 143). Aus diesen Gründen gehört nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Beurteilung der Auswirkungen von Unfällen mit Gehirnbeteiligung auf die Steuerungsfähigkeit zu den Fragen, für die die Sachkunde des Tatrichters regelmäßig nicht ausreicht (BGHR StPO § 244 Abs. 4 Schuldfähigkeitsgutachten 1; § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 3). Der aufgezeigte Verfahrensmangel führt zur Aufhebung des Strafausspruchs; nach den insoweit getroffenen Feststellungen kann ausgeschlossen werden, daß der Angeklagte zur Tatzeit schuldunfähig war. ...“[268]

Ebenso in einem gleichgelagerten Fall des LG Gießen:

„ … Der Senat schließt sich den Ausführungen des Generalbundesanwalts an, der in seiner Antragsschrift vom 27. August 1993 ausgeführt hat:

'Während die Nachprüfung des Schuldspruchs keinen den Angeklagten belastenden Rechtsfehler aufgezeigt hat, die Revision insoweit i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO unbegründet ist, hält der Strafausspruch rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Revision beanstandet zu Recht die Ablehnung eines hilfsweise gestellten Beweisantrages als rechtsfehlerhaft.

Die Verteidigung des Angeklagten hatte hilfsweise die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweise dafür, daß der Angeklagte zur Tatzeit in seiner Schuldfähigkeit erheblich eingeschränkt war, beantragt (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

267 BGH, Urteil vom 10.12.1991 - 1 StR 621/91

268 BGH, Beschluss vom 12.01.1993 - 1 StR 798/92; BGH, Beschluss vom 22.09.1993 - 2 StR 503/93 zu Unfällen mit Gehirnbeteiligung; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 24.01.2001 - 5 StR 523/00 zu Auswirkungen von Unfällen mit Hirnbeteiligung

Diesen Beweisantrag wies der Tatrichter in den Urteilsgründen im wesentlichen mit der Begründung zurück, es lägen "keinerlei Anknüpfungstatsachen vor, die die Einholung eines solchen Gutachtens erforderlich machen" (UA S. 8). Aus der weiteren Begründung der Ablehnung des Antrages ergibt sich, daß die Strafkammer den Antrag aus den Gründen des § 244 Abs. 4 S. 1 StPO, also wegen eigener Sachkunde zur Bewertung der Beweisbehauptung, ablehnte.

Die Inanspruchnahme eigener Sachkunde durch den Tatrichter begegnet hier wegen fallbezogener Besonderheiten durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sie ergeben sich daraus, daß der Angeklagte etwa im Jahre 1966 bei einer Wirtshausschlägerei eine schwere Kopfverletzung erlitt; wegen einer Gehirnblutung befand er sich anschließend mehrere Monate in stationärer Krankenhausbehandlung. Die Kopfverletzung führte zu 30 % Erwerbsminderung und zu einer 'gewissen Vergeßlichkeit' (UA S. 3).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes reicht die eigene Sachkunde eines Tatrichters in der Regel nicht aus, um zu beurteilen, wie sich Unfälle mit Gehirnbeteiligung auf die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt haben (BGHR StGB § 20 Sachverständiger 2, 3, 4; § 21 Sachverständiger 1, 2, 4; StPO § 244 Abs. 4 S. 1 Sachkunde 3; BGH, Beschlüsse vom 19. Juli 1991 - 5 StR 244/91 und vom 12. November 1991 - 5 StR 492/91). Das gilt zwar nicht ausnahmslos; liegt die Auswirkung eines weit zurückliegenden Unfalls, sei es mit Rücksicht auf die weitere Lebensgeschichte des Angeklagten, sei es wegen der Unbestimmtheit des Beweisvorbringens, völlig fern, so kann der Tatrichter ausnahmsweise für sich die eigene Sachkunde zur Beurteilung der Schuldfähigkeit in Anspruch nehmen (vgl. BGH, Beschluß vom 12. November 1991 - 5 StR 492/91 - S. 3). Diese Voraussetzungen sind hier aber nicht gegeben. Da die schwere Kopfverletzung zu einer Schwerbehinderung des Beschwerdeführers zu 30 % führte (UA S. 2), also einen Dauerschaden nach sich zog, waren mögliche Auswirkungen der Verletzung auf das Hemmungs- oder Steuerungsvermögen des Beschwerdeführers nicht von vornherein auszuschließen, zumal auch in Betracht zu ziehen ist, daß zwischen den Dauerfolgen und dem fortgeschrittenen Alter des Beschwerdeführers - dieser war zur Tatzeit 58 Jahre alt - möglicherweise eine Wechselwirkung besteht. Bei dieser Sachlage lag kein Sachverhalt vor, bei dem die Sachkunde des Tatrichters ausnahmsweise ohne weiteres anzunehmen ist. Im übrigen hat der Tatrichter die von ihm in Anspruch genommene Sachkunde nicht belegt. Darlegungen dazu sind aber erforderlich, wenn ein Tatrichter sich Sachkunde zutraut, die er nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht haben kann (vgl. BGHSt 3, 27, 28; 3, 169, 175; BGH, Urteil vom 7. April 1981 - 1 StR 28/81 - S. 4).

Da der Beweisantrag eindeutig darauf abzielte, die Voraussetzungen des § 21 StGB darzutun und Schuldunfähigkeit des Beschwerdeführers nach § 20 StGB auszuschließen ist, wirkt sich der Rechtsfehler nur auf den Strafausspruch aus.

Der die Strafe neu zuerkennende Tatrichter wird zu Gunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen haben, daß ihn die Verbüßung von Freiheitsstrafe im Hinblick auf sein Alter besonders hart treffen wird.' ..."[269]

In Fällen, in denen eine Gehirnschädigung in Betracht kommt, reicht eine allgemeine Sachkunde nicht aus:

" ... Die Revision rügt zu Recht, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens abgelehnt. Dem liegt fol-

269 BGH, Beschluss vom 12.01.1993 - 1 StR 798/92

gendes Prozessgeschehen zugrunde:

1. In der Hauptverhandlung am 30. Juni 2020 stellte der Verteidiger des Angeklagten einen **Beweisantrag zur Einholung eines Schuldfähigkeitsgutachtens. Das Gutachten werde zeigen, dass die Fähigkeit des Angeklagten, das Unrecht seiner Tat einzusehen und/oder nach dieser Einsicht zu handeln, erheblich vermindert gewesen sei. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Angeklagte verfüge gemäß der Angabe von Dr. med. F. lediglich über einen IQ von 92. Zudem habe er eine eigene Missbrauchsgeschichte und sei selbst Opfer sexueller Gewalt gewesen. Zudem leide er an einer hirnorganischen Schädigung, so dass zumindest nicht ausgeschlossen erscheine, dass der Angeklagte während der Tatbegehung diese mindestens im Zustand verminderten Steuerungsfähigkeit im Sinne des § 21 StGB bei nicht auszuschließender vollständiger Aufhebung im Sinne des § 20 StGB begangen habe (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.

Dem Antrag beigefügt war ein Attest des den Angeklagten behandelnden Psychologen Dr. med. F. mit den Diagnosen 'leichte kognitive Störung' und 'sonstige näher bezeichnete Krankheiten des Gehirns'. Weiter heißt es in der Bescheinigung:

'Herr M. gab bei Erstvorstellung an, an einem frühkindlichen Hirnschaden und einer Intelligenzminderung zu leiden. In einer orientierenden Testung erreichte Herr M. einen IQ von 92. Genaue Unterlagen hierzu liegen nicht vor. Im Kontakt und auch in der Beschreibung fallen immer wieder Verhaltensweisen, die für eine verminderte Abgrenzungs- und Steuerungsfähigkeit sprechen, zeitweise sei er stark verschuldet gewesen und habe 25 verschiedene Gläubiger gehabt. Aus psychiatrischer Sicht besteht eine am ehesten hirnorganische Wesensveränderung, die mit einer Minderung der Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit einhergehen kann, weshalb eine psychiatrische Begutachtung empfohlen wird.'

Das Landgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 3. Juli 2020 zurückgewiesen. Es hat darin lediglich einen Beweisermittlungsantrag gesehen und hat sich auch nicht veranlasst gesehen, diesem zur Erforschung der Wahrheit nachzugehen. Es werde keine konkrete Tatsache behauptet, sondern lediglich der Gesetzestext wiedergegeben. Selbst dann, wenn es sich um einen Beweisantrag im engeren Sinn handeln würde, hätte die Kammer diesen zurückgewiesen, weil sie selbst über die erforderliche Sachkunde verfüge (§ 244 Abs. 4 StPO). Es lägen keinerlei Anhaltspunkte für eine erhebliche Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit vor. Die Einsichtsfähigkeit sei vorhanden gewesen. Der Angeklagte habe auf Nachfragen des Gerichts selbst angegeben, dass er gewusst habe, dass das, was er damals mit dem Geschädigten gemacht habe, „Scheiße“ gewesen sei. Er habe im Übrigen ausgeführt, dass er aufgrund der eigenen Missbrauchserfahrungen gewusst habe, wie schlimm die Übergriffe für den Geschädigten gewesen seien. Auch lägen keine Anhaltspunkte für eine erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit vor. Der Angeklagte sei durchschnittlich intelligent. Er habe einen Hauptschulabschluss, eine abgeschlossene Lehre als Beikoch und Berufserfahrung. Er könne lesen und schreiben. Zudem habe er der Hauptverhandlung folgen und Fragen sachgerecht und sinnvoll beantworten können. Soweit eine frühere kindliche hirnorganische Störung angeführt werde, sei diese dem Angeklagten nicht bekannt. Er sei nach eigenen Angaben auch zu keiner Zeit „durch eine Röhre“ untersucht worden. Auch seiner Schwester sei von einer solchen Schädigung nichts bekannt. Soweit in dem Antrag auf das Attest des Dr. F. Bezug genommen werde, ergebe sich aus diesem lediglich, dass der Angeklagte selbst einen frühkindlichen Hirnschaden erwähnt habe und dass dieser vermutlich „am ehesten“ vorliege. Letztlich handele es sich nur um Vermutungen. Eine diesbezügliche Untersuchung habe nicht stattgefunden. Insgesamt reiche dies aus Sicht der Kammer angesichts des sonstigen Verhaltens des Angeklagten nicht

aus, Anhaltspunkte für eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit zu liefern.

Mit einem weiteren Antrag vom 3. Juli 2020 wiederholte und modifizierte der Angeklagte sein Beweisbegehren zum Vorliegen einer hirnorganischen Schädigung bzw. einer frühkindlichen Hirnschädigung und einer dadurch bedingten erheblich verminderten Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit. Auch diesen Antrag wies das Landgericht zurück.

2. Die Zurückweisung des Beweisantrags vom 30. Juni 2020 hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Bei dem Antrag des Angeklagten handelte es sich um einen Beweisantrag. Dieser behauptet mit dem Hinweis darauf, dass der Angeklagte über eine „hirnorganische Schädigung" verfüge, das Vorliegen einer psychiatrisch relevanten Erkrankung des Angeklagten und damit eine bestimmte Tatsache, die auch dem Sachverständigenbeweis zugänglich ist. Dies wird nicht durch die weitere Formulierung in Frage gestellt, dass es aufgrund dessen zumindest nicht ausgeschlossen erscheine, dass der Angeklagte die Taten zumindest im Zustand verminderter Steuerungsfähigkeit gemäß § 21 StGB bei nicht auszuschließender vollständiger Aufhebung im Sinne von § 20 StGB begangen habe. Damit ist weiterhin bestimmt behauptet, dass eine solche hirnorganische Schädigung vorliege, und zudem vorgetragen, dass diese auch Auswirkungen auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit habe.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts liegen der aufgestellten Beweisbehauptung auch nicht lediglich bloße Vermutungen zugrunde, was gegebenenfalls dazu führen könnte, den Beweisantrag als ins Blaue hinein gestellt zu sehen (vgl. dazu Krehl, in: KK-StPO, 8. Aufl., § 244 Rn. 73). Das dem Antrag des Angeklagten beigefügte Attest des Dr. F. bietet hinreichend konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der behaupteten Erkrankung. Es enthält bei verständiger Auslegung seines Inhalts eine eigene ärztliche Stellungnahme, die ersichtlich auf einem persönlichen Kontakt mit dem Angeklagten und nicht allein auf dessen Angaben beruht, und die mit Blick auf eine jedenfalls mögliche hirnorganisch bedingte Wesensveränderung (die mit einer Minderung der Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit einhergehen kann) in die Empfehlung einer psychiatrischen Begutachtung mündet. Dass dieser Einschätzung des Dr. F. selbst keine weitergehende Untersuchung etwa durch bildgebende Diagnostik zugrunde gelegen hat, nimmt ihr nicht die Qualität einer auf Sachkunde gestützten Stellungnahme, die konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer strafrechtlich möglicherweise relevanten psychiatrischen Erkrankung enthält.

b) Die Ablehnung des Beweisantrags begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das Landgericht hat sich für den Fall, dass es sich entgegen der eigenen Ansicht doch um einen Beweisantrag handele, auf den Ablehnungsgrund der eigenen Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) berufen und mit im Einzelnen ausgeführten Erwägungen dargelegt, dass aus seiner Sicht keinerlei Anhaltspunkte für eine erhebliche Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit vorlägen. Diese Zurückweisung des Beweisantrags, die insoweit nicht geltend macht, es fehle bereits an erforderlichen Anknüpfungstatsachen für die Erstattung eines Gutachtens, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reicht die allgemeine Sachkunde eines Gerichts regelmäßig nicht aus, soweit es um die Beurteilung der Auswirkungen von Schädigungen des Gehirns auf die Schuldfähigkeit geht (vgl. etwa BGHR StPO § 244 Abs. 4 Schuldfähigkeitsgutachten 1; § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 3 mwN). Erforderlich ist vielmehr die Hinzuziehung eines auf Hirnverletzungen speziali-

sierten Sachverständigen (vgl. Senat, NStZ 2020, 368, 369), der mit apparativen Untersuchungen hirnorganische Ursachen und Auswirkungen einer Schädigung feststellen kann (vgl. Eschelbach BeckOK StGB, § 20 Rn. 13). Dies kann nicht ersetzt werden durch eigene Erwägungen des Tatrichters, zu denen er aufgrund seiner „Beobachtung des Verhaltens in der Hauptverhandlung“ und aufgrund einer tatrichterlichen Bewertung von für die Beurteilung der Schuldfähigkeit bedeutsamen Umständen wie etwa seiner schulischen und beruflichen Entwicklung gekommen ist. Werden wie hier mit dem ärztlichen Attest Umstände unter Beweis gestellt, die auch nur möglicherweise Anhaltspunkte für ein Abweichen von der Norm aus psychiatrischer Sicht enthalten, scheidet eine auf eigene Sachkunde gestützte Ablehnung des Beweisantrags aus. Dies gilt selbst dann, wenn der Angeklagte sich selbst nicht auf diese Erkrankung beruft (BGH NStZ-RR 2006, 140, 141).

c) Auf der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags beruht jedenfalls der Strafausspruch. Der Senat kann zwar ausschließen, dass ein eingeholtes Sachverständigengutachten zur Annahme der Voraussetzungen des § 20 StGB gekommen wäre, nicht aber, dass sich daraus das Vorliegen einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit ergeben hätte. ..."[270]

Zum Beweisantrag auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens zur Schuldfähigkeit eines im Tatzeitpunkt alkoholisierten Heranwachsenden:

" ... Die Verteidigung des Angeklagten hatte die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür **beantragt, dass der Angeklagte zur Tatzeit schuldunfähig oder zumindest erheblich vermindert schuldfähig gewesen sei. Zur Begründung bezog sie sich auf einen durch das beantragte Gutachten erwarteten Nachweis einer mindestens erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten infolge Alkohols und Erregung (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.

Diesen Beweisantrag wies der Tatrichter im wesentlichen unter Hinweis auf die eigene Sachkunde mit der Begründung zurück, weder aus der Lebensgeschichte noch aus der Tat des Angeklagten ergäben sich Anknüpfungstatsachen, welche die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens erforderlich machten.

Bei - jedenfalls nicht von langer Hand geplanten - Tötungsdelikten erweist es sich, insbesondere im Bereich des Jugendstrafrechts, in der Mehrzahl der Fälle als sachgerecht, einen psychiatrischen Sachverständigen beizuziehen. Daher ist insoweit eine fehlende oder nur knappe, allein auf gerichtliche Sachkunde gestützte Begründung für das Vorliegen uneingeschränkter Schuldfähigkeit schon sachlich-rechtlich nicht unbedenklich (vgl. Senatsurteil vom heutigen Tage - 5 StR 197/07). Eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch Nichthinzuziehung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit liegt regelmäßig nicht fern (vgl. BGH NStZ 2006, 49; BGH, Beschluss vom 29. November 2006 - 5 StR 329/06). Im vorliegenden Fall ergeben sich zudem aus den Urteilsausführungen fallbezogene Besonderheiten, die eine Begutachtung entgegen der Auffassung des Landgerichts nahe legten (vgl. BGH NStZ 2003, 363, 364). Das Landgericht hat seine eigene Sachkunde jedenfalls mangels hinreichender Beachtung dieser Besonderheiten auch weder in dem den Antrag zurückweisenden Beschluss noch in den Urteilsgründen ausreichend belegt.

Der Angeklagte hatte erhebliche Schulprobleme, wiederholte die sechste Klasse und verließ die Schule im Jahre 2002 nach der achten Klasse, die er ebenfalls zweimal durchlaufen musste. Nach dem sich anschließenden berufsvorbereitenden Jahr wurde ihm nicht die Eignung für eine Berufsausbildung, sondern nur die Eignung für

270 BGH, Beschluss vom 15.04.2021 - 2 StR 348/20

eine Helfertätigkeit bescheinigt. Das ihm gleichwohl vermittelte Lehrverhältnis wurde von Seiten des Arbeitgebers noch in der Probezeit gekündigt. Der Angeklagte begann, vermehrt dem Alkohol zuzusprechen und nahm - allerdings in geringen Mengen - auch Cannabis zu sich. Als sich seine Freundin im Sommer 2004 von ihm trennte, steigerte er seinen Alkoholkonsum und ritzte sich möglicherweise an den Armen. Unter Alkoholeinfluss reagiert er besonders aggressiv und fühlt sich schon bei nichtigen Anlässen angegriffen. Im Urteil wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass der Angeklagte nur über eine geringe Frustrationstoleranz verfügt.

All dies kann auch im Zusammenhang mit dem gruppendynamischen Hintergrund des Tatgeschehens die Annahme gedanklicher Beherrschung und willensmäßiger Steuerung der tatlenkenden gefühlsmäßigen Regungen des Angeklagten bei der offensichtlich völlig überzogenen mit bedingtem Tötungsvorsatz geführten Messerattacke in Frage stellen. Hinzu kommt, dass der Tat Handlungen und Wortwechsel vorausgegangen sind, die jedenfalls aus der Sicht eines leicht kränkbaren, zudem angetrunkenen und in diesem Zustand übermäßig reizbaren Heranwachsenden beleidigenden Charakter hatten. Vor diesem Hintergrund ist die Feststellung der Strafkammer, der Angeklagte habe bedächtig, zielgerichtet und „eiskalt“ gehandelt, nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Die Tatsache, dass Zeugen sein äußeres Erscheinungsbild in dieser Weise bewertet haben, genügt jedenfalls nicht, die psychische Befindlichkeit des Angeklagten bei Ausführung der Tat ausreichend zu erfassen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. März 2004 - 5 StR 351/03). Auch die vom Landgericht für die Annahme unverminderter Schuldfähigkeit herangezogenen Tatsachen, nämlich dass der Angeklagte gewaltfrei erzogen worden sei und dass Gehirnverletzungen oder schwere Erkrankungen nicht vorgelegen hätten, sind nicht hinreichend aussagekräftig; jedenfalls sind sie nicht geeignet, eine relevante affektive Erregung des Angeklagten bei Begehung der auch für ihn außergewöhnlichen Tat auszuschließen. ...“[271]

Die eigene Sachkunde des Gerichts bei einer in Betracht kommenden paranoiden Persönlichkeitsstörung einer Zeugin bzw. eines Zeugen dürfte eher selten vorliegen:

" ... 2. Die Revision dringt mit einer Verfahrensrüge durch.

a) Folgendes Geschehen liegt zugrunde:
Der Verteidiger hatte die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens zum Beweis der Behauptung **beantragt, dass die Nebenklägerin, auf deren Aussage die Feststellungen beruhen, an einer paranoiden Persönlichkeitsstörung leide, die ihre Zeugentüchtigkeit in Frage stelle. Zur Begründung führte er eine Reihe von Auffälligkeiten im Verhalten der Nebenklägerin auf (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.

Das Landgericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil die unter Beweis gestellte Tatsache 'für die Entscheidungsfindung unerheblich' sei. Personen mit paranoider Persönlichkeitsstörung seien in ihrer Fähigkeit nicht eingeschränkt, reale Erlebnisse wahrzunehmen und deren äußeres Erscheinungsbild wiederzugeben. Nach ICD-10 gehörten Wahrnehmungsstörungen, Halluzinationen, Wahnerleben oder eine Neigung zur bewussten Erfindung fiktiver Handlungsabläufe nicht zur Symptomatik. Auch eine erhöhte Suggestibilität gehe damit nicht einher. Es würden nur 'reelle Erlebnisse' dahingehend interpretiert, dass neutrale oder freundliche Handlungen der betroffenen Person als feindselige Akte erschienen. Die Nebenklägerin habe das äußere Erscheinungsbild der Vorfälle jedoch konstant und detailliert in einer Art geschildert, die ausschließe, dass es sich dabei um neutrale oder freundliche Handlungen gehandelt haben könnte, die von ihr nur fehlinterpretiert würden. Selbst bei Vorliegen einer pa-

271 BGH, Urteil vom 30.08.2007 - 5 StR 193/07

ranoiden Persönlichkeitsstörung bestünden deshalb keine Anhaltspunkte für deren Auswirkung auf die Aussagetüchtigkeit, weswegen die Strafkammer die Glaubwürdigkeit in eigener Kompetenz bewerten könne.

b) Mit dem Generalbundesanwalt geht der Senat trotz Nichtvorlage einiger im Beweisantrag benannter Schriftstücke von der Zulässigkeit der Verfahrensrüge im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO aus. Denn das Urteil befasst sich mit den maßgebenden auch vom Verteidiger benannten Anknüpfungstatsachen für das Vorliegen eines psychischen Defektzustandes, womit dem Senat die Sachprüfung der Verfahrensbeanstandung eröffnet ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1990 - 1 StR 693/89, BGHSt 36, 384, 385 mwN).

c) Die Rüge hat in der Sache Erfolg. Mit der gegebenen Begründung durfte der Beweisantrag nicht abgelehnt werden.

aa) Hat die Strafkammer den Beweisantrag, wofür der Wortlaut des Ablehnungsbeschlusses spricht, wegen (tatsächlicher) Bedeutungslosigkeit nach § 244 Abs. 3 Satz 2, 2. Variante StPO abgelehnt, so hält dies rechtlicher Nachprüfung schon deswegen nicht stand, weil sie das Beweisergebnis rechtsfehlerhaft vorweggenommen hat. Denn der Verteidiger hatte auch unter Beweis gestellt, dass im Fall einer paranoiden Persönlichkeitsstörung die Zeugentüchtigkeit der Nebenklägerin beeinträchtigt war.

bb) Nichts anderes ergibt sich, wenn man - dem Generalbundesanwalt folgend - eine nur missverständlich formulierte Zurückweisung des Beweisbegehrens unter Inanspruchnahme eigener Sachkunde annimmt (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO). Zwar kann sich das Gericht bei der Beurteilung von Zeugenaussagen grundsätzlich eigene Sachkunde zutrauen; etwas anderes gilt aber, wenn besondere Umstände vorliegen, deren Würdigung eine spezielle Sachkunde erfordert, die dem Gericht nicht zur Verfügung steht (BGH, Beschlüsse vom 1. März 1994 - 5 StR 62/94, StV 1994, 634, vom 29. Oktober 1996 - 4 StR 508/96, NStZ-RR 1997, 106, vom 28. Oktober 2008 - 3 StR 364/08, NStZ 2009, 346, 347, und vom 28. Oktober 2009 - 5 StR 419/09, NStZ 2010, 100, 101). Solche Umstände liegen hier vor. Die Diagnose einer paranoiden Persönlichkeitsstörung und deren Auswirkungen auf die Aussagetüchtigkeit erfordert spezifisches Fachwissen, das nicht Allgemeingut von Richtern ist; demgemäß hätte die eigene Sachkunde näherer Darlegung bedurft (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1958 - 4 StR 211/58, BGHSt 12, 18, 20; Beschluss vom 21. Dezember 1983 - 3 StR 437/83, StV 1984, 232). Eine solche ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Vielmehr stellt die Strafkammer unter Heranziehung der im ICD-10 für die paranoide Persönlichkeitsstörung aufgeführten Symptome einen Erfahrungssatz zu generellen Wechselwirkungen der Störung mit der Aussagetüchtigkeit her, der wissenschaftlicher Absicherung entbehrt (vgl. etwa zu möglichen Übergängen der Störung Nedopil, Forensische Psychiatrie, 3. Aufl., S. 180).

Die Ablehnung des Beweisantrags führt auf die Revisionsrüge zur umfassenden Aufhebung des Urteils, weil dieses insgesamt auf dem Rechtsfehler beruhen kann. ..."[272]

Für den Fall einer Persönlichkeitsstörung in die gleiche Richtung:

„ … 1. Die Revision rügt zu Recht die Ablehnung eines Beweisantrags gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO als rechtsfehlerhaft.

a) Der Verfahrensrüge liegt folgendes Prozessgeschehen zugrunde:
Der Verteidiger des Angeklagten hatte in der Hauptverhandlung vom 15. November

272 BGH, Beschluss vom 23.05.2012 - 5 StR 174/12

2012 die Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür **beantragt, dass beim Angeklagten eine ' 'andere Persönlichkeitsstörung' im Sinne einer artifiziellen Störung in der Unterform der Pseudologie im Sinne von ICD-10: F 68.1' im Tatzeitraum zugrunde gelegen habe und er deswegen schuldunfähig oder zumindest erheblich vermindert schuldfähig gewesen sei. Hierfür bezog er sich auch auf das Verhalten des Angeklagten im Laufe der über 35 Verhandlungstage, der u.a. 'auf den Vorhalt der Unwahrheit seiner zuvor gemachten Angaben und Erklärungen nicht nur hartnäckig bei seiner Erklärung blieb, sondern vielmehr erklärte, die ihm als Wahrheit vorgehaltenen Erklärungen und Auskünfte seien ihrerseits unwahr'. Zudem habe auch keiner der als Zeugen vernommenen Geschädigten den Wahrheitsgehalt der - von der Strafkammer als frei erfunden bewerteten - Geschichten und Erklärungen des Angeklagten angezweifelt; in ihrer 'Struktur und Konsistenz' seien die jeweiligen Hinweise und Erklärungen des Angeklagten vielmehr 'widerspruchsfrei'. Schließlich habe die Strafkammer selbst schon zu Beginn der Hauptverhandlung im Mai 2012 Zweifel an der psychiatrischen Gesundheit des Angeklagten gehabt und deshalb - allerdings im Freibeweisverfahren - einen Sachverständigen hinzugezogen; dessen Einschätzung, dass es keine Anhaltspunkte für eine Begutachtung des Angeklagten gebe, könne ein Sachverständigengutachten allerdings nicht ersetzen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.

Diesen Beweisantrag hat das Tatgericht unter Hinweis auf eigene Sachkunde zurückgewiesen. Für die Strafkammer hätten sich keine ausreichenden Anknüpfungstatsachen für eine psychiatrische Erkrankung ergeben; das leugnende Verhalten des Angeklagten sei zwar auffällig, habe aber keinen Krankheitswert. Ein solches Verhalten sei „vielmehr regelmäßig im Rahmen von Betrugsverfahren zu beobachten". Der bereits im Mai 2012 freibeweislich hinzugezogene Sachverständige, dem die Hauptakte zur Verfügung gestellt worden war, und der zwei Stunden an einer Hauptverhandlung teilgenommen sowie mit dem Angeklagten drei Stunden gesprochen habe, habe in der Hauptverhandlung bestätigt, dass es keine Anknüpfungstatsachen für die Annahme gebe, der Angeklagte leide an einer krankhaften seelischen Störung.

b) Die zulässig erhobene Verfahrensrüge ist begründet.

aa) Es ist rechtsfehlerhaft, einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens mit Hinweis auf genügende eigene Sachkunde abzulehnen, wenn sich das Tatgericht diese Sachkunde zuvor gezielt durch Befragung eines Sachverständigen im Freibeweisverfahren verschafft hat, um einen - entsprechend erwarteten - Beweisantrag ablehnen zu können (vgl. auch Senat, Beschluss vom 23. Mai 2013 - 2 StR 555/12, wistra 2013, 389, 399 [zur Verschaffung eigener Sachkunde im Freibeweisverfahren nach Stellung des Beweisantrags] mwN).

Das Landgericht hat sich freibeweislich von einem Sachverständigen „beraten lassen", weil - so die Ausführungen im Urteil - „auf Grund langjähriger Erfahrungen mit ähnlichen Verfahren bekannt ist, dass von der Verteidigung oft erst sehr spät und teilweise mit dem Ziel, die Verfahrensbeendigung zu verhindern, die Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens beantragt wird" (UA S. 209). Die Vorgehensweise der Strafkammer, sich quasi „auf Vorrat" eine auf den Angeklagten bezogene „eigene Sachkunde" zu verschaffen, zielte letztlich darauf, die im Falle eines Beweisantrags gebotene förmliche Vernehmung eines Sachverständigen zu verhindern. Damit wurde aber die an sich gebotene Beweisaufnahme im Strengbeweisverfahren durch das Freibeweisverfahren umgangen (vgl. auch Krehl in KK-StPO, 7. Aufl., § 244 Rdn. 46; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 244 Rdn. 73 mwN). Daran ändert hier auch der Umstand nichts, dass der Sachverständige in der Hauptverhandlung gehört worden ist. Hält das Gericht die Anhörung eines Sachverständigen für erforderlich, um sich sachkundig zu machen, muss der Sachverständige in der Haupt-

verhandlung im Strengbeweisverfahren gehört werden (vgl. auch Güntge in Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozess, 6. Aufl., Rdn. 1338).

bb) Hinzu kommt hier, dass mit dem Beweisantrag weitere Umstände in der Person des Angeklagten und in der Tatbegehung behauptet wurden, die von dem Sachverständigen (noch) nicht berücksichtigt werden konnten. Hinsichtlich dieser behaupteten neuen Anknüpfungstatsachen konnte die Strafkammer die eigene Sachkunde nicht mit Blick auf das etwa sechs Monate zuvor erstattete freibeweisliche Gutachten begründen (vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Dezember 1991 - 1 StR 621/91, BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 5 mwN).

cc) Der Senat kann nicht ausschließen, dass die unter Beweis gestellte Behauptung zutreffend ist, auch wenn es nach den bisherigen Feststellungen nicht nahe liegt, dass der Angeklagte bei Begehung der Taten schuldunfähig gewesen sein könnte. Von dem Rechtsfehler sind allerdings die äußeren Feststellungen nicht betroffen; diese können daher aufrechterhalten bleiben. ..."[273]

Die Auswirkungen einer Kombination von Alkohol und bestimmten Medikamenten auf die Erinnerungsfähigkeit stellen Anforderungen an spezifisches Fachwissen (kein Allgemeingut von RichterInnen):

" ... Der Angeklagte hatte sich auf eine durch die Kombination des genossenen Alkohols mit je zehn Tabletten Amitriptylin und Alprazolam hervorgerufene Schuldunfähigkeit berufen. Die Strafkammer ist demgegenüber zum Ergebnis gekommen, daß die Einnahme der Tabletten erst nach den Tathandlungen erfolgte und hat sich hierbei auf die Angaben des Angeklagten nach der Tatnacht gegenüber dem sachverständigen Zeugen Dr. K. gestützt. Hierzu hatte die Verteidigung einen **Beweisantrag auf Anhörung eines Sachverständigen zum Beweis der Tatsache gestellt, daß diese Angaben nicht dem tatsächlichen Geschehensablauf entsprochen haben, weil infolge der Kombinationswirkung von Alkohol und diesen Tabletten eine völlige Erinnerungslosigkeit herbeigeführt worden ist, die allenfalls noch Inseln der Erinnerung zugelassen habe** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Diesen Beweisantrag hat die Strafkammer mit folgender Begründung zurückgewiesen:

'Der Beweisantrag III vom 16. November 1999 wird angesichts der in der Hauptverhandlung getroffenen Feststellungen zurückgewiesen, weil die Kammer die erforderliche Sachkunde besitzt.'

Diese Begründung war nach den besonderen Umständen des Sachverhalts nicht ausreichend. Da mit dem Beweisantrag gerade ein Teil der 'getroffenen Feststellungen', nämlich die Angaben des Angeklagten gegenüber Dr. K. über die Reihenfolge des Geschehensablaufs in Frage gestellt werden sollte, wäre eine nähere Angabe, welche getroffenen Feststellungen der Erhebung des Beweises entgegenstehen sollen und woraus sich die erforderliche Sachkunde der Kammer ergibt, erforderlich gewesen. Da die Auswirkungen von Alkohol und bestimmten Medikamenten auf die Erinnerungsfähigkeit spezifisches Fachwissen darstellt, das nicht Allgemeingut von Richtern ist, hätte die eigene Sachkunde einer näheren Darlegung bedurft (vgl. BGHSt 12, 18, 20; BGH StV 1984, 232). Diese ist auch den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Der Senat kann nicht ausschließen, daß hierauf das Urteil beruht. ..."[274]

273 BGH, Beschluss vom 26.03.2014 - 2 StR 274/13

274 BGH, Beschluss vom 26.04.2000 - 3 StR 152/00, ebenso BGH, Urteil vom 05.03.2014 - 2 StR 503/13 im Falle eines möglichen Gehirnschwundes infolge übermäßigen Alkoholkonsums

Vermeintliche Allgemeingut-Fälle gibt es auch Bereich von Computern:

> " ... Auch soweit das Landgericht den der Sache nach wiederholten Beweisantrag mit seiner zweiten Entscheidung unter Berufung auf eigene Sachkunde zurückgewiesen hat, hat es sich, worauf bereits der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend hingewiesen hat, auf einen untauglichen Ablehnungsgrund gestützt. Dem Senat ist nicht bekannt, ob überhaupt eine technische Untersuchung des betreffenden Computers erfolgte und hierdurch entsprechende Befundtatsachen festgestellt wurden. Schon deshalb ist nicht zu erkennen, dass die Beurteilung der Beweisbehauptung nicht mehr als Allgemeinwissen erfordert hätte. Da im Übrigen schon die Feststellung, ob sich bestimmte Daten bzw. deren Spuren auf den Speichermedien eines Computers befinden, spezifisches Fachwissen erfordert, das nicht Allgemeingut von Richtern ist, hätte die eigene Sachkunde einer näheren Darlegung bedurft (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1958 - 4 StR 211/58, BGHSt 12, 18, 20; Beschluss vom 26. April 2000 - 3 StR 152/00, StV 2001, 665). Eine solche ist auch den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. ..."[275]

Ähnlich zu den Auswirkungen seines langjährigen Drogenmissbrauchs in Kombination mit der akuten Intoxikation zur Tatzeit:

> " ... Das Landgericht hat den Angeklagten wegen sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt; von einem weiteren Vorwurf der schweren Vergewaltigung hat es ihn freigesprochen. Mit seiner gegen die Verurteilung gerichteten Revision beanstandet der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg; das Landgericht hat einen Beweisantrag rechtsfehlerhaft zurückgewiesen (§ 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 StPO).
>
> 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts konsumierte die im Jahre 1983 geborene Zeugin P. seit ihrer frühen Jugend Kokain und Heroin und war zum Tatzeitpunkt im Herbst 2001 betäubungsmittelabhängig. Der Angeklagte und zwei oder drei Begleiter besorgten ihr Heroin. Sie nahm das Rauschgift ein, war hierdurch berauscht und fiel in einen betäubungsähnlichen Zustand. Der Angeklagte und seine Begleiter vollzogen nunmehr nacheinander mit der regungslos auf einem Sofa liegenden Zeugin den vaginalen Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss. Obwohl sie aufgrund ihres Zustands zu einem körperlichen Widerstand nicht in der Lage war, konnte sie ihre Umgebung noch wahrnehmen und sagte zu jedem der Täter: 'Nein'. Das Landgericht hat den Angeklagten im Wesentlichen aufgrund der Aussage der Zeugin verurteilt, die es für glaubhaft erachtet hat.
>
> 2. Der Angeklagte hat mit Anträgen vom 8. Oktober und 6. November 2007 **die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Aussagefähigkeit der Zeugin beantragt. Diese sei nicht aussagetüchtig, da aufgrund ihres langen Drogenabusus ihre Fähigkeit, Wahrnehmungen zu erinnern und zu reproduzieren, erheblich eingeschränkt sei; ihre Aussagen zu dem Tatvorwurf seien unzuverlässig. Zur Begründung hat der Angeklagte unter Hinweis auf zahlreiche aus seiner Sicht bestehende Ungenauigkeiten und Widersprüche in den verschiedenen Vernehmungen der Zeugin ausgeführt, dass diese in ihrer kognitiven Leistungsfähigkeit erheblich eingeschränkt gewesen sei** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Mit Beschluss vom 14. November 2007 hat die Strafkammer den Beweisantrag vom 6.

275 BGH, Beschluss vom 11.04. 2013 - 2 StR 504/12

November 2007 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie auf ihre eigene Sachkunde verwiesen. Besonderheiten, die eine sachverständige Beratung erforderlich machten, seien nicht erkennbar und lägen auch nicht darin, dass die Zeugin zur Tatzeit und möglicherweise noch zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung drogenabhängig gewesen sei. Im Übrigen dürfte - so das Landgericht - das Beweismittel ungeeignet sein, weil die Zeugin es ablehne, sich der für ein Glaubwürdigkeitsgutachten erforderlichen Exploration zu unterziehen.

3. Diese Ablehnung hält in der Sache rechtlicher Nachprüfung nicht stand; deshalb kann dahinstehen, ob mit dem Beschluss vom 14. November 2007 auch der Antrag vom 8. Oktober 2007 beschieden worden ist oder insoweit ein von der Revision ebenfalls gerügter Verstoß gegen § 244 Abs. 6 StPO vorliegt.

a) Soweit die Strafkammer eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat, reicht die Begründung ihrer Entscheidung aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Sachverhalts nicht aus. Die Anforderungen, die an den Ausweis der richterlichen Sachkunde in dem den Beweisantrag ablehnenden Beschluss oder den Urteilsgründen zu stellen sind, richten sich nach dem Maß der Schwierigkeit der Beweisfrage (vgl. BGHSt 12, 18, 20). Anders als in gewöhnlichen Fällen der Glaubwürdigkeitsbeurteilung, in denen sich die eigene Sachkunde des Tatrichters regelmäßig schon aus seiner Berufserfahrung ergibt (vgl. BVerfG NJW 2004, 209, 211), bestand hier ausnahmsweise mit Blick auf die konkrete Fallgestaltung ein erhöhter Begründungsbedarf.

Das Beweisbegehren zielte erkennbar nicht auf allgemeine Fragen der Glaubwürdigkeit der Zeugin im Hinblick auf ihre Drogenabhängigkeit, sondern darauf ab, dass aufgrund der konkreten Gegebenheiten ihre kognitiven Fähigkeiten erheblich beeinträchtigt waren. Die Beurteilung der Auswirkungen ihres langjährigen Drogenmissbrauchs in Kombination mit der akuten Intoxikation zur Tatzeit, die so stark war, dass sie sich - zu jeglichem Widerstand unfähig - in einem 'betäubungsähnlichen Zustand' befand, auf ihre Fähigkeit zur Wahrnehmung und späteren Wiedergabe des konkreten Geschehens nimmt jedoch mehr als Allgemeinwissen in Anspruch. Unter diesen Umständen versteht sich die Sachkunde der Strafkammer nicht von selbst; sie hätte vielmehr in dem Zurückweisungsbeschluss oder den Urteilsgründen näher dargelegt werden müssen (vgl. BGH NStZ 1991, 47; Fischer in KK 6. Aufl. § 244 Rdn. 198 m. zahlr. w. N.).

b) Der - nicht näher begründete - Hinweis der Strafkammer auf die mögliche Ungeeignetheit des Beweismittels vermag die Zurückweisung des Beweisbegehrens ebenfalls nicht zu tragen. Zwar kann ein Beweisantrag, der sich auf ein - nach dem Gesetzeswortlaut allerdings 'völlig' - ungeeignetes Beweismittel stützt, aus diesem Grund nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden. Dabei muss es sich aber um ein Beweismittel handeln, dessen Inanspruchnahme von vornherein gänzlich aussichtslos wäre, so dass sich die Erhebung des Beweises in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen würde (vgl. BGH StV 1997, 338). Nach diesen Maßstäben kann die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur dann abgelehnt werden, wenn auszuschließen ist, dass es sich zu der vorgelegten Beweisfrage sachlich überhaupt äußern kann (vgl. BGH NStZ 2008, 116), z. B. weil es nicht möglich ist, dem Sachverständigen die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, derer er für sein Gutachten bedarf (vgl. Fischer in KK aaO § 244 Rdn. 154). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Zeugin konnte zwar ohne ihre Einwilligung nicht psychiatrisch untersucht werden (§ 81 c StPO). Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Sachverständige auf andere Weise, etwa durch das Studium der Akten und die Beobachtung der Zeugin in der Hauptverhandlung ausreichende Anknüpfungstatsachen hätte ermitteln und auf deren Basis zumindest Wahrscheinlichkeitsaussagen zu der Beweisbehauptung ma-

chen können. ..."[276]

Steht die „Aussagetüchtigkeit" von Zeugen im Raum, ist, sofern keine geständige Einlassung vorliegt, die eigene Sachkunde des Tatgerichts nicht ohne weiteres gegeben:

" ... Die zulässige Verfahrensrüge, mit der die Revision geltend macht, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft den Antrag auf eine psychiatrische Begutachtung der Aussagetüchtigkeit des Zeugen D. abgelehnt, hat keinen Erfolg. Denn das Urteil würde auf einer rechtsfehlerhaften Bescheidung des Beweisantrages nicht beruhen. Im Einzelnen:

1. Das Landgericht hat die Verurteilung des Angeklagten wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge - neben der teilgeständigen Einlassung des Angeklagten - auf die Aussage des Zeugen D., der an der abgeurteilten Tat als Mittäter beteiligt war, gestützt. In der Hauptverhandlung hat der Verteidiger des Angeklagten die psychiatrische Begutachtung des Zeugen D. zum Beweis der Tatsache beantragt, dass dieser in seiner 'Aussagetüchtigkeit bzw. Zeugentauglichkeit' erheblich beeinträchtigt sei. Zur Begründung hat er angeführt, dass der Zeuge D. ausweislich eines früheren Gutachtens an den Folgen mehrerer Schlaganfälle, insbesondere einer beginnenden demenziellen Entwicklung mit Beeinträchtigung der Auffassung, Aufmerksamkeit und Konzentration, des Denkens und des Gedächtnisses, sowie an einem leichten Psychosyndrom sowie Verhaltensstörungen nach Substanzmissbrauch leide.

Das Landgericht hat diesen Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, dass es selbst über die erforderliche Sachkunde zur Bewertung der Angaben des Zeugen verfüge (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO). Zwar lägen im Hinblick auf die Erkrankung des Zeugen Anhaltspunkte dafür vor, dass die richterliche Sachkunde zur Beurteilung der Aussage ausnahmsweise nicht ausreichen könnte. Doch fänden die - 'in ihren Grundzügen konsistenten' - Angaben des Zeugen teilweise Bestätigung in anderen Beweismitteln und den Einlassungen des Angeklagten, so dass davon ausgegangen werden könne, dass der Zeuge grundsätzlich zu zutreffenden Wahrnehmungen in der Lage sei, diese speichern und darüber berichten könne. Ob die Angaben des Zeugen, die durch andere Beweismittel nicht belegt würden, glaubhaft seien, könne die Strafkammer in eigener Sachkunde beurteilen.

2. Es erscheint zweifelhaft, ob das Landgericht den Beweisantrag mit dieser Begründung ablehnen durfte. In der Person des Zeugen lagen aufgrund dessen Erkrankung besondere Umstände vor, deren Würdigung eine besondere Sachkunde erforderte (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2008 - 3 StR 364/08, BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 8; vom 5. März 2013 - 5 StR 39/13, juris Rn. 9). Dass die psychischen Beeinträchtigungen bei der Bewertung der Aussage des Zeugen eine Rolle gespielt haben, zeigt sich schon daran, dass die Strafkammer diese in eigener Beurteilung ihrer Bedeutung für das Aussageverhalten ausdrücklich in die Würdigung der Angaben des Zeugen eingestellt hat.

Indessen beruht das Urteil nicht auf einem möglichen Rechtsfehler. Der Angeklagte hat die Tat weitgehend eingeräumt. Abweichungen zu den Angaben des Zeugen D. betreffen das Randgeschehen. Insoweit hat das Landgericht die Einlassung des Angeklagten schon als teilweise nicht konstant und in sich widersprüchlich gewertet. Darüber hinaus fanden die Angaben des Zeugen teilweise Bestätigung durch objek-

276 BGH, Beschluss vom 28.10.2008 - 3 StR 364/08

tive Beweismittel, insbesondere auch in den Beobachtungen und Erkenntnissen der ermittelnden Polizeizeugen. Angesichts dieser Umstände, die das Landgericht in die Bewertung der Aussage des Zeugen D. eingestellt hat, kann der Senat ausschließen, dass dieses die Angaben des Zeugen D. seinen Feststellungen zum Tatgeschehen nicht zugrundegelegt hätte, wenn es sachverständig beraten von einer Beeinträchtigung dessen Zeugentauglichkeit ausgegangen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Juli 2009 - 3 StR 270/09, juris; Urteil vom 5. März 2014 - 2 StR 503/13, NStZ 2015, 49). ..."

Zur tatrichterlichen Sachkunde bezüglich der Aussagetüchtigkeit des Tatopfers beim Fehlen „besonderer Umstände“:

" ... 1. Die von beiden Angeklagten zulässig erhobene Verfahrensrüge, die Strafkammer habe einen Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Aussagetüchtigkeit der Nebenklägerin rechtsfehlerhaft wegen eigener Sachkunde gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO abgelehnt, dringt nicht durch.

a) Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde:

aa) Der Verteidiger des Angeklagten K. beantragte in der Hauptverhandlung, **ein psychiatrisch-psychologisches Sachverständigengutachten zum Beweis der Tatsache einzuholen, dass die Nebenklägerin an einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung leide, weshalb bei ihr keine Aussagekompetenz gegeben sei. Der Verteidiger des Angeklagten M. schloss sich dem Antrag an.**

Zur Begründung brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, die Nebenklägerin habe bekundet, sie sei einige Zeit nach der verfahrensgegenständlichen Tat wegen eines Nervenzusammenbruchs für eineinhalb Wochen stationär in ein Bundeswehrkrankenhaus aufgenommen worden. Es seien eine leichte depressive Episode und eine partielle posttraumatische Belastungsstörung diagnostiziert worden. Ferner seien, so habe die Nebenklägerin weiter bekundet, bei ihr Anzeichen für eine Borderline-Störung festgestellt worden.

Der Antragsteller machte weiter geltend, die Nebenklägerin habe in ihrer Person und ihrem Verhalten Auffälligkeiten gezeigt, welche die Diagnose einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typus stützten. So habe sie Wert auf einen guten Ruf bei der Truppe und darauf gelegt, als gleichberechtigt anerkannt zu werden. Sie habe sich daher durch vielfache sexuell anzügliche Kommentare männlicher Kameraden gestört gefühlt. Dies stehe jedoch im Widerspruch dazu, dass sie auch mit mehreren anderen Kameraden als den Angeklagten Geschlechtsverkehr gehabt habe. Ferner habe sie verschiedene sexuelle Beziehungen bei der Bundeswehr gehabt, jedoch keine feste Beziehung geführt; vom Vater ihres zwischenzeitlich geborenen Kindes lebe sie getrennt. Dies zeige, dass sie nicht in der Lage sei, feste stabile Beziehungen einzugehen, was symptomatisch für eine Borderline-Störung sei. Zudem habe die Nebenklägerin einen weiteren Geschlechtsverkehr mit dem Angeklagten K, zu dem es einige Zeit nach dem verfahrensgegenständlichen Geschehen gekommen sei, bei einer polizeilichen Vernehmung im Juni 2018 als einvernehmlich dargestellt. In der Hauptverhandlung habe sie indes angegeben, auch bei diesem Geschlechtsverkehr ihre Ablehnung kundgetan zu haben. Aufgrund dieser Auffälligkeiten übersteige die Beurteilung der Aussagetüchtigkeit der Nebenklägerin die Fachkompetenz der Strafkammer (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

bb) Das Landgericht lehnte den Antrag mit der Begründung ab, es verfüge selbst über die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung der Aussagekompetenz und Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin sowie der Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen.

Die Strafkammer habe sich in der Hauptverhandlung einen eigenen Eindruck von der Nebenklägerin verschafft und keine Auffälligkeiten bei der erwachsenen Zeugin festgestellt. Es hätten sich keine Hinweise auf Denkstörungen, Wahnvorstellungen oder eine verzerrte Realitätswahrnehmung ergeben. Die in jeder Hinsicht voll orientierte Nebenklägerin sei in der Lage gewesen, ihre Erlebnisse zu erinnern sowie verständlich und differenziert wiederzugeben.

Konkrete Hinweise auf eine Beeinträchtigung der Aussagetüchtigkeit gebe es nicht. Anhaltspunkte für eine gesicherte Diagnose einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung lägen nicht vor. Der Umstand, dass ein Arzt nach den Bekundungen der Nebenklägerin bei einem kurzen Klinikaufenthalt Anzeichen für eine solche Störung erkannt haben wolle, genüge nicht zur Begründung vernünftiger Zweifel an ihrer Aussagetüchtigkeit.

Es seien, so die Strafkammer weiter, keine erheblichen Anhaltspunkte für Entwicklungs- und Verhaltensauffälligkeiten der Nebenklägerin zu Tage getreten, die auf eine sogenannte Borderline-Persönlichkeitsstörung hinwiesen. Zum Sexualverhalten der Nebenklägerin sei lediglich bekannt geworden, dass es zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr mit verschiedenen Männern gekommen sei. Dies stehe nicht im Widerspruch zu dem nachvollziehbaren Wunsch, im Dienst anerkannt und als gleichberechtigt erachtet zu werden. Die Tatsache, dass die Nebenklägerin nicht mehr mit dem Vater ihres Kindes liiert sei, stütze nicht die Annahme, sie sei unfähig, stabile Beziehungen zu führen. Der Umstand, dass die Nebenklägerin einen weiteren der hiesigen Tat nachfolgenden Geschlechtsverkehr mit dem Angeklagten K. im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung zunächst als einvernehmlich, in der Hauptverhandlung aber als nicht einvernehmlich dargestellt habe, stelle ebenfalls keinen Anhaltspunkt für eine Borderline-Persönlichkeitsstörung dar, sondern sei lediglich eine in der gerichtlichen Praxis häufig zu beobachtende Aussageänderung. Der mit der Begutachtung der Angeklagten beauftragte Sachverständige habe mitgeteilt, bei der Nebenklägerin festgestellte "Anzeichen" einer Borderline-Störung bedeuteten nicht, dass eine solche vorliege; zudem habe er im Rahmen seiner Beobachtung der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung bei ihr keine Hinweise auf eine solche Störung erkannt.

b) Gegen die Ablehnung des Beweisantrages ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

aa) Die Beurteilung der Aussagetüchtigkeit eines Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage ist die ureigene Aufgabe des Tatgerichts, das diese grundsätzlich aufgrund eigener Sachkunde bewältigen kann und muss (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 26. August 2021 - 3 StR 7/21, juris Rn. 9; vom 5. Juli 1955 - 1 StR 195/55, BGHSt 8, 130, 131; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 51 mwN; KK-StPO/Ott, 8. Aufl., § 261 Rn. 97, 126). Etwas anderes gilt nur, wenn besondere Umstände vorliegen, deren Würdigung eine spezielle Sachkunde erfordert, die dem Gericht nicht zur Verfügung steht (BGH, Beschlüsse vom 15. Mai 2018 - 3 StR 18/18, NStZ 2019, 41, 42; vom 5. März 2013 - 5 StR 39/13, StV 2013, 483 Rn. 9; vom 28. Oktober 2009 - 5 StR 419/09, NStZ 2010, 100, 101; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 51; KK-StPO/Ott, 8. Aufl., § 261 Rn. 97, 115, 129; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 74).

Ein solcher Ausnahmefall kann bei deutlichen Anhaltspunkten für eine Persönlichkeitsstörung vorliegen. Denn die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung und die Beurteilung von deren Auswirkungen auf die Aussagetüchtigkeit erfordern spezifisches Fachwissen, das nicht Allgemeingut von Richtern ist (BGH, Beschluss vom 23. Mai 2012 - 5 StR 174/12, NStZ-RR 2012, 353, 354; Urteil vom 12. August 2010 - 2 StR 185/10, juris Rn. 10; Beschlüsse vom 28. Oktober 2009 - 5 StR 419/09, NStZ 2010, 100, 101; vom

11. September 2002 - 1 StR 171/02, BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 12; KK-StPO/Ott, 8. Aufl., § 261 Rn. 131).

bb) Hier hat die Strafkammer mit plausiblen und tragfähigen Erwägungen rechtsfehlerfrei bereits das Vorliegen von konkreten und erheblichen Anhaltspunkten für eine (emotional-instabile) Persönlichkeitsstörung der Nebenklägerin mit Relevanz für ihre Aussagetüchtigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen verneint. Mithin sind keine Besonderheiten in der Person oder im Verhalten der Nebenklägerin ersichtlich gewesen, aufgrund derer sich die Strafkammer hätte veranlasst sehen müssen, hinreichende eigene Sachkunde zur Beurteilung der Aussagetüchtigkeit der Nebenklägerin und Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen zu verneinen und das beantragte Sachverständigengutachten einzuholen.

cc) Zwar begegnet rechtlichen Bedenken, dass die Strafkammer den in der Hauptverhandlung anwesenden und mit einer Begutachtung der Schuldfähigkeit der Angeklagten beauftragten psychiatrischen Sachverständigen in Reaktion auf den Beweisantrag freibeweislich zu Anzeichen einer Borderline-Störung der Nebenklägerin befragt hat.

Denn es ist rechtsfehlerhaft, einen Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens mit dem Hinweis auf genügende eigene Sachkunde abzulehnen, wenn sich das Tatgericht diese Sachkunde erst zuvor gezielt durch die Befragung eines Sachverständigen im Freibeweisverfahren verschafft hat, um einen erwarteten oder bereits gestellten Beweisantrag ablehnen zu können. Wenn das Tatgericht die Anhörung eines Sachverständigen für erforderlich hält, um sich sachkundig zu machen, muss der Sachverständige in der Hauptverhandlung im Strengbeweisverfahren gehört werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3. Juli 2018 - 4 StR 621/17, StV 2019, 811 Rn. 6; vom 26. März 2014 - 2 StR 274/13, BGHR StGB § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 14; vom 23. Mai 2013 - 2 StR 555/12, wistra 2013, 389 f.; Urteil vom 15. März 1995 - 2 StR 702/94, BGHR StPO § 244 Abs. 4 Strengbeweis 1; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 46, 198; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 72).

Jedoch liegt insofern im Ergebnis kein durchgreifender Rechtsfehler vor. Denn die Strafkammer ist ersichtlich auf der Basis bereits zuvor vorhandener eigener Sachkunde zu den Feststellungen gelangt, dass - was ohnehin Allgemeinwissen ist - 'Anhaltspunkte' für eine Borderline-Störung nicht mit einer entsprechenden Diagnose gleichgesetzt werden können und das Verhalten der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung keine Hinweise auf eine solche Erkrankung geliefert hat. Sie hat sich im Ablehnungsbeschluss mit dem Vorbringen des Antragstellers im Einzelnen befasst und dabei - ebenso wie in den Urteilsgründen - die eigene Sachkunde hinreichend dargetan. Mit den ergänzend referierten Ausführungen des psychiatrischen Sachverständigen hat die Strafkammer sich mithin nicht ihr bis dahin fehlende Sachkunde rechtsfehlerhaft frei- statt strengbeweislich verschafft, sondern erkennbar lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass ihre aufgrund eigener Sachkunde gewonnenen Erkenntnisse nicht durch diesen widerstreitende Angaben des Sachverständigen in Frage gestellt worden sind.

dd) Entgegen dem Vorbringen in der Revisionsbegründungsschrift des Verteidigers des Angeklagten M. genügt der Ablehnungsbeschluss der Strafkammer jedenfalls den sich aus §§ 34, 244 Abs. 6 Satz 1 StPO ergebenden Begründungsanforderungen. Die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen, auf welche die Entscheidung gestützt worden ist, hat das Landgericht im Einzelnen und in einer die revisionsrechtliche Prüfung ermöglichenden Weise dargetan. ..."[277]

277 BGH, Urteil vom 16.12.2021 - 3 StR 302/21 - weiterer Hinweis auf die Lockerung der

Glaubwürdigkeit von ZeugInnen

„Besonderheiten“ können die Hinzuziehung einer/s Sachverständigen bedingen:

> „ … Die Verurteilung des Angeklagten beruht im wesentlichen auf der Aussage der Zeugin Marion E., einer angeheirateten Schwägerin des Angeklagten.
>
> **In der Hauptverhandlung beantragte der Verteidiger, bezüglich dieser Zeugin ein Glaubwürdigkeitsgutachten einzuholen. Zur Begründung führte er aus, sie habe bei ihrer Vernehmung einen äußerst kindlichen und debilen Eindruck hinterlassen, so daß Zweifel an ihrer Aussagefähigkeit beständen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).**
>
> Diesen Antrag hat die Strafkammer mit der Begründung abgelehnt, sie habe genügend eigene Sachkunde.
>
> Diese Entscheidung wird von der Revision zu Recht mit einer entsprechenden Verfahrensrüge und mit der gleichzeitig erhobenen Aufklärungsrüge beanstandet. Die Würdigung von Zeugenaussagen gehört zwar zum Wesen richterlicher Rechtsfindung und ist daher grundsätzlich dem Tatrichter anvertraut. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen ist aber dann geboten, wenn die Person des Zeugen ausnahmsweise solche Besonderheiten aufweist, daß Zweifel daran aufkommen können, ob die Sachkunde des Gerichts auch zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den gegebenen besonderen Umständen ausreicht (BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 2).
>
> Derartige besondere Umstände lagen hier vor. Ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 19. Mai 1992 war die Zeugin in Begleitung ihres Vormunds zur Zeugenvernehmung erschienen. Aus einem richterlichen Vermerk vom 29. Januar 1991 (Bl. 64 d.A.) war zu entnehmen, daß bezüglich der Zeugin Entmündigungsantrag gestellt worden ist. In der Zeit vom 15. Februar 1991 bis 22. Oktober 1991 wurde versucht, eine richterliche Vernehmung der Zeugin herbeizuführen (Bl. 93 bis 170 d.A.). Das scheiterte daran, daß sie wiederholt in stationärer Behandlung in einem Fachkrankenhaus für Psychiatrie und Neurologie war. Unter dem 21. März 1991 (Bl. 119 d.A.) wird ärztlicherseits ausgeführt, daß die Zeugin durch eine Vernehmung beim Amtsgericht einer so großen Belastung ausgesetzt wäre, daß sich ihr Krankheitszustand verschlimmern würde. Aus einer weiteren ärztlichen Bescheinigung vom 27. Juni 1991 (Bl. 139 d.A.) war zu entnehmen, daß der Gesundheitszustand der Zeugin sich in den letzten Wochen zunehmend verschlechtert habe, so daß die Patientin nicht in der Lage sei, den Gerichtstermin wahrzunehmen. Aus einem Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 23. September 1991 (Bl. 155 d.A.) ergab sich, daß die Zeugin sich nunmehr in der Westfälischen Klinik für Psychiatrie in Münster befand. Dort wurde sie dann am 23. Oktober 1991 richterlich vernommen. Ein Vergleich dieser Aussage mit der Aussage vor der Polizei zeigt Abweichungen in wesentlichen Punkten.
>
> Im Hinblick auf diese Umstände durfte die Strafkammer nicht darauf vertrauen, sich ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen ein zutreffendes Bild vom körperlichen und geistigen Zustand der Zeugin und dem Wahrheitsgehalt ihrer Aussage machen zu können. Die Tatsache, daß Marion E. monatelang in ambulanter und stationärer psychiatrischer Behandlung gewesen war, mußte die Strafkammer dazu veranlassen,

---

Anforderungen an die Ablehnung von Beweisanträgen zu Lasten von Angeklagten; danch folgsam LG Augsburg, Urteil vom 28.04.2023 - 3 KLs 201 Js 109552/22 - Leitsatz: Ein Beweisantrag auf Einholung eines psychiatrischen-psychologischen Gutachtens, dass die Aussagekompetenz der Geschädigten aufgrund der bestehenden Depression nicht gegeben sei, ist gem. § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO abzulehnen.

sich sachverständiger Hilfe zu bedienen, zumal die von ihr geschilderten Geschehnisse nicht ohne weiteres als "lebensnah" anzusehen sind. Die Strafkammer mußte in ihre Überlegungen einbeziehen, daß die Aussage, vor allem im Hinblick auf die Abweichungen in wesentlichen Punkten von früheren Aussagen, durch den Gesundheitszustand der Zeugin mitbeeinflußt sein konnte. Daraus, daß Marion E. zum Hauptverhandlungstermin mit ihrem Vormund erschienen war, ergab sich auch, daß der Zustand sich nicht wesentlich gebessert haben konnte.

Nach allem handelt es sich hier um einen Ausnahmefall, bei dem die Glaubwürdigkeit der Zeugin nur mit Hilfe eines Sachverständigen hinreichend beurteilt werden konnte. ..."[278]

Liegen besondere Umstände vor, deren Würdigung eine spezielle Sachkunde erfordert, steht die eigene Sachkunde auf dem Prüfstand:

" ... **Der Verteidiger hatte die Einholung eines Gutachtens zur Glaubhaftigkeit der belastenden Angaben des Nebenklägers beantragt. Dieser leide an einer antisozialen bzw. dissozialen Persönlichkeitsstörung, die sich aus bereits im frühen Kindesalter aufgetretenem aggressiv-dissozialem Verhalten herleite. Hauptmerkmal der Persönlichkeitsstörung sei ein tiefgreifendes Muster von Missachtung und Verletzung der Rechte anderer, das in der Kindheit beginne und bis ins Erwachsenenalter fortdauere. Weil Täuschung und Manipulation zentrale Merkmale dieser Störung seien, müssten die Tatschilderungen zu Lasten des Angeklagten als höchst unzuverlässig gelten** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil es über die erforderliche Sachkunde selbst verfüge (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO). Die von der Verteidigung behauptete Persönlichkeitsstörung möge bei dem Nebenkläger vorliegen. Jedoch seien Täuschung und Manipulation gerade keine zentralen Merkmale dieser Störung. Die Hinzuziehung medizinischer Hilfe sei nicht erforderlich, weil die Aussage des Nebenklägers eine Vielzahl von Realkennzeichen aufweise, in hohem Maße konstant sei und im Randbereich durch Bekundungen anderer Zeugen gestützt werde.

b) Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts ist die Rüge zulässig im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erhoben. Zwar bedarf es hierfür - was die Revision auch nicht verkennt - grundsätzlich des Vortrags der Einwilligung der zu begutachtenden Person in die beantragte Untersuchung (vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 8. Januar 2013 - 1 StR 602/12 mwN). Das kann aber dann nicht gelten, wenn einem Sachverständigen ersichtlich unabhängig von einer Einwilligung des Zeugen die erforderlichen Erkenntnisse auch ohne persönliche Begutachtung verschafft werden können (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 27. März 1990 - 5 StR 119/90, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 7, vom 25. September 1990 - 5 StR 401/90, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 1 Unzulässigkeit 6, vom 28. Oktober 2008 - 3 StR 364/08, NStZ 2009, 346, 347). So liegt es hier.

c) Die Rüge hat auch in der Sache Erfolg. Mit der gegebenen Begründung durfte der Beweisantrag nicht abgelehnt werden. Zwar kann sich das Gericht bei der Beurteilung von Zeugenaussagen grundsätzlich eigene Sachkunde zutrauen; etwas anderes gilt aber, wenn besondere Umstände vorliegen, deren Würdigung eine spezielle Sachkunde erfordert, die dem Gericht nicht zur Verfügung steht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 1. März 1994 - 5 StR 62/94, StV 1994, 634, vom 29. Oktober 1996 - 4 StR 508/96, NStZ-RR 1997, 106, vom 28. Oktober 2008 - 3 StR 364/08, NStZ 2009, 346, 347, vom 28. Oktober 2009 - 5 StR 419/09, NStZ 2010, 100, 101, und vom 23. Mai 2012 - 5 StR

278 BGH, Beschluss vom 22.10.1992 - 4 StR 502/92

174/12, NStZ-RR 2012, 353, 354). Solche Umstände sind hier gegeben. Die Beurteilung einer psychischen Störung des vielfach in psychiatrischen Einrichtungen untergebrachten sowie in seinem Aussageverhalten auffälligen Nebenklägers und von deren Auswirkungen auf die Aussagetüchtigkeit erfordert spezifisches Fachwissen, das nicht Allgemeingut von Richtern ist; demgemäß hätte die eigene Sachkunde näherer Darlegung bedurft (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1958 - 4 StR 211/58, BGHSt 12, 18, 20; Beschlüsse vom 21. Dezember 1983 - 3 StR 437/83, StV 1984, 232, und vom 23. Mai 2012 - 5 StR 174/12, aaO). Eine solche ist weder dem Zurückweisungsbeschluss noch den Urteilsgründen zu entnehmen.

d) Die Ablehnung des Beweisantrags führt auf die Revisionsrüge zur umfassenden Aufhebung des Urteils, weil dieses insgesamt auf dem Rechtsfehler beruhen kann. ..."[279]

Dazu kann trotz fehlender Einwilligung ein Gutachten eingeholt werden:

„ … **Die Verteidigung hatte die Erstellung eines Gutachtens zur Glaubwürdigkeit und Aussagetüchtigkeit der Zeugin (und Geschädigten) M beantragt; damit sollte bewiesen werden, daß die Aussage der Zeugin unrichtig sei, sie habe an die Angeklagte mehr als den von dieser eingeräumten Betrag von insgesamt DM 1 550,-- bezahlt** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Das Landgericht lehnte den Antrag als unzulässig ab, 'da die Zeugin die zu diesem Gutachten erforderliche Einwilligung nicht erteilt'.

Zu Recht weist die Verteidigung darauf hin, daß diese Begründung die Ablehnung nicht trägt. Zwar darf dem Antrag, einen Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit psychiatrisch oder psychologisch zu untersuchen, nicht stattgegeben werden, wenn der Zeuge nicht einwilligt (BGHSt 14, 21, 23). Doch ist die Untersuchung des Zeugen nicht der einzige Weg, seine Glaubwürdigkeit und Aussagetüchtigkeit zu überprüfen. Der Sachverständige kann die sonst niedergelegten Angaben und Äußerungen des Zeugen verwerten, er kann insbesondere bei dessen Vernehmung in der Hauptverhandlung anwesend sein und die hierbei gewonnenen Eindrücke verwenden (BGHSt 23, 1; Urt. v. 15. August 1979 - 2 StR 399/79 - bei Holtz MDR 1979, 988). Die Strafkammer hat diese Möglichkeiten offensichtlich nicht bedacht; der beanstandete Beschluß ist fehlerhaft.

Indes kann ausnahmsweise ausgeschlossen werden, daß das Urteil auf dem Verstoß beruht. ..."[280]

Nimmt ein Zeuge „seherische" Fähigkeiten für sich in Anspruch, bedarf es der Hinzuziehung einer/s Sachverständigen:

„ … Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensbeschwerde Erfolg. Der Generalbundesanwalt hat in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt:

'Zu Recht beanstandet der Angeklagte, daß die Strafkammer seinen Beweisantrag, zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugin R B einen Sachverständigen zuzuzie-

279 BGH, Beschluss vom 05.03.2013 - 5 StR 39/13; Achtung: BGH, Beschluss vom 12.01.2024 - 1 StR 411/23 - Sachvortrag zur Einwilligung der zu begutachtenden Person in die Untersuchung ist nicht mehr erforderlich

280 BGH, Urteil vom 03.06.1982 - 1 StR 184/82; BGH, Beschluss vom 25.09.1990 - 5 StR 401/90; Achtung: BGH, Beschluss vom 12.01.2024 - 1 StR 411/23 - Sachvortrag zur Einwilligung der zu begutachtenden Person in die Untersuchung ist nicht mehr erforderlich

hen, abgelehnt hat (Revisionsschrift S. 1 bis 7 - Bd. II Bl. 142 ff.). Zutreffend geht die Revision davon aus, daß die Bewertung von Zeugenaussagen grundsätzlich Sache des Tatrichters ist (BGHSt 3, 52, 53; Herdegen in KK, 2. Aufl., § 244 RdNr. 30 m.w.N.), im vorliegenden Fall jedoch in Anbetracht von Besonderheiten in der Person der Zeugin B die Einholung des Rats eines Sachverständigen geboten gewesen wäre. Ausweislich der Urteilsgründe (UA S. 15 bis 19) und der Gründe des den Beweisantrag ablehnenden Beschlusses (Bd. II Bl. 96, 100 bis 103 i.V.m. Bl. 75, 81/82) nimmt die Zeugin B für sich seherische Fähigkeiten in Anspruch, was allein schon ungewöhnlich ist. Im besonderen Maße aber fällt auf, daß sie sich im Glauben an die Richtigkeit ihrer Visionen, die sie auch im Hinblick auf das vorliegende Verfahren reichlich entwickelt hat, selbst dann nicht erschüttern läßt, wenn sich diese eindeutig als falsch erweisen. Hinzu kommt, daß bei R B - nach eigenem Bekunden - im Jahre 1984 oder 1985 das Vorliegen einer Psychose diagnostiziert wurde (Bd. II Bl. 100 i.V.m. Bl. 69). Wenn die Strafkammer gleichwohl keine Anzeichen dafür sieht, daß die Zeugin B 'auch gegenwärtig an einer ihre Glaubwürdigkeit beeinträchtigenden geistigen oder psychischen Störung leidet' (Bd. II Bl. 101) und der Zeugin, deren hellseherische Dienste der Angeklagte und seine Eltern in Anspruch genommen hatten, insbesondere die Fähigkeit zuspricht, sorgfältig zwischen Vision und realer Wahrnehmung unterscheiden zu können (UA S. 18/19), so überschätzt sie ihre Sachkunde. Zwar verweist die Kammer in ihrem Ablehnungsbeschluß darauf, daß die Diagnose der Psychose von besonderen akuten Umständen geprägt war, nämlich einem Suizidversuch der Zeugin nach dem Tod ihres Vaters und ihrer Erkenntnis, über seherische Fähigkeiten zu verfügen, weil sie ihn vorausgesehen habe (Bd. II Bl. 100/101). In Anbetracht der Vielgestaltigkeit von Psychosen, mit denen Erlebnis- und Wahrnehmungsstörungen, Einschränkungen der Merk- und Kritikfähigkeit sowie verschiedenartige Wahnphänomene einhergehen können (Langelüddeke-Bresser, Gerichtliche Psychiatrie, 4. Aufl., S. 127 ff.), war unter weiterer Berücksichtigung, daß sich bei R B die Überzeugung von ihrer hellseherischen Gabe seither verfestigt hat, gleichwohl eine nähere Prüfung geboten, ob und inwieweit die psychotische Erkrankung Einfluß auf Wesen, Charakter, Gedankenablauf, Gedankenäußerung und damit die Glaubwürdigkeit der Zeugin hatte (vgl. BGH NJW 1970, 907 f. für den Fall der Epilepsie; außerdem BGHSt 8, 130, 132 und BGH StV 1982, 205 m. Anm. Schlothauer). Bis zu dieser Frage dringen die Ausführungen der Kammer nicht durch. Sie kann auch das zur Beurteilung unerläßliche Anwendungs- und Auswertungswissen gerade angesichts der vielfältigen Erscheinungsformen der Psychosen nicht besitzen.

Da das Landgericht der Aussage der Zeugin B, der Angeklagte habe ihr und seiner Mutter gegenüber, was diese ihr wiederum bestätigt habe, die von ihr in einer Vision vorweggegriffene Täterschaft gestanden (UA S. 16 bis 18), entscheidende Bedeutung für die Beweisführung beimißt (UA S. 15), ist nicht auszuschließen, daß das Urteil auf der Ablehnung einer sachverständigen Begutachtung der Aussagetüchtigkeit dieser Zeugin beruht. Das Urteil ist somit schon aus den dargelegten Gründen mit den Feststellungen aufzuheben. Eines Eingehens auf die weiteren Verfahrensrügen und Sachbeschwerden bedarf es daher nicht.' ..."[281]

Die Glaubwürdigkeit von ZeugInnen kann aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts zu beurteilen sein, weil es um Beweiswürdigung als ureigene Aufgaben geht:

„ … Soweit der Beschwerdeführer mit einer Verfahrensrüge beanstandet, das Landgericht habe § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO verletzt, weil es den Hilfsbeweisantrag auf Einholung eines psychiatrischen Glaubwürdigkeitsgutachtens und eines aussagepsychologischen Gutachtens zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Nebenklägerin mit Hinweis auf die eigene Sachkunde abgelehnt hat, ist die Rüge je-

281 BGH, Beschluss vom 23.06.1989 - 2 StR 285/89

denfalls unbegründet.

a) Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen ist grundsätzlich Aufgabe des Tatgerichts, wobei regelmäßig davon auszugehen ist, dass Berufsrichter über die erforderliche Sachkunde bei der Anwendung der maßgeblichen aussagepsychologischen Kriterien verfügen. Dies gilt bei Zeugen in kindlichem oder jugendlichem Alter erst recht, wenn die Berufsrichter - wie vorliegend - Mitglieder der Jugendschutzkammer sind und über spezielle Sachkunde in der Bewertung der Glaubwürdigkeit solcher Zeugen und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen verfügen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 12. Juli 2017 - 1 StR 408/16 Rn. 15 f.; vom 27. Januar 2005 - 3 StR 431/04 Rn. 5, jeweils mwN). Die Hinzuziehung eines Sachverständigen ist lediglich dann geboten, wenn der Sachverhalt Besonderheiten aufweist, die Zweifel daran aufkommen lassen, ob die eigene Sachkunde des Tatgerichts unter den konkret gegebenen Umständen ausreicht (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 5. März 2013 - 5 StR 39/13 Rn. 9; vom 25. April 2006 - 1 StR 579/05; vom 12. November 1993 - 2 StR 594/93).

b) Solche Besonderheiten zeigt der Antrag in Bezug auf die dem Urteil zugrundeliegenden Angaben der Nebenklägerin nicht auf; sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Das Landgericht hat sich auf die tatzeitnahen ersten polizeilichen Vernehmungen der Nebenklägerin im Jahr 2018 gestützt und für diesen Zeitraum weder Auffälligkeiten im Aussageverhalten noch ihre psychische Beeinträchtigung festgestellt. Es hat für seine Überzeugungsbildung zudem die Angaben der Mutter der Nebenklägerin, Lichtbilder und WhatsApp-Nachrichten des Angeklagten herangezogen. Dass das Landgericht den von der Revision behaupteten, erst später aufgetretenen psychischen Beeinträchtigungen der Nebenklägerin keine die eigene Sachkunde in Zweifel ziehende Bedeutung beigemessen hat, ist rechtsfehlerfrei. ...“[282]

Zur eigenen Sachkunde in die gleiche Richtung:

„ … Das Landgericht hat den **Hilfsbeweisantrag** im Urteil abgelehnt, 'weil die Schwurgerichtskammer die Frage, ob Alexandra mit ihrer Schilderung ein Geschehen am Tattag wiedergegeben hat und insoweit glaubwürdig ist, kraft eigener Sachkunde selbst beurteilen kann.' Diese Begründung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen ist Aufgabe des Tatrichters. Der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedarf es nur, wenn die Eigenart und besondere Gestaltung des Einzelfalles eine Sachkunde erfordern, die ein Richter (auch mit spezifischen forensischen Erfahrungen) normalerweise nicht hat vgl. Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 30 m.w.Nachw.). Der Grundsatz, daß nur besondere Umstände sachverständige Hilfe erforderlich machen, gilt auch bei Würdigung der Aussagen von Kindern und Jugendlichen (BGH NStZ 1981, 400; 1985, 420). Aber auch bei solchen Aussagen treten die Fallbesonderheiten in ihrer Bedeutung zurück, wenn zusätzliche nachgewiesene Tatsachen für oder gegen die Richtigkeit einer Aussage sprechen (BGHSt 3, 27, 30; 7, 82, 85; BGH NStZ 1987, 182). So ist es hier.

Die zur Tatzeit 9jährige Zeugin hatte bei vier Vernehmungen 'sowohl in den Details als auch im Kern grundverschiedene Angaben gemacht'. Erstmals in der neuen Hauptverhandlung schilderte sie Mißhandlungen durch die Angeklagte und brachte diese zeitlich mit dem Tod des Kindes in Verbindung. Das Landgericht hält es für möglich, daß diese Aussage, soweit es um die Mißhandlungen geht, der Wahrheit am nächsten kommt, und geht davon aus, die Zeugin habe tatsächlich Erlebtes wiedergegeben (was sich auch mit den weiteren Beweisergebnissen, die zur Verurtei-

282 BGH, Beschluss vom 05.07.2022 - 5 StR 12/22

lung der Angeklagten führten, deckt). Es legt dann aber anhand zahlreicher Details dar, daß das von dem Kind 'geschilderte Geschehen sich unmöglich am Tattag ereignet haben kann'.

Zweifel an der eigenen Sachkunde brauchte das Landgericht nicht zu haben, soweit es in diesem Zusammenhang andere Aussagen und objektive Umstände bewerten mußte. Besondere Sachkunde erforderte allenfalls die Beurteilung der allgemeinen und speziellen Glaubwürdigkeit der jugendlichen Zeugin. Von dieser ist das Landgericht jedoch in bezug auf den Kern der zuletzt gemachten Aussage ausgegangen - die Zeugin habe wahrheitsgemäß von Mißhandlungen des Kindes berichtet. Wenn das Landgericht gleichwohl einen Schuldnachweis für den 19. März nicht für möglich hält, so beruht das auf der tatrichterlichen Überzeugung, daß die Zeugin nach zwei Jahren ein tatsächliches Erleben um wenige Tage falsch einordnete. Die Beurteilung dieser Frage bedurfte keiner speziellen psychologischen Aufhellung, sondern betraf eine tatrichterliche Aufgabe, die keine außergewöhnliche Sachkunde erforderte. ..."[283]

In die gleiche Richtung für jugendliche ZeugInnen:

"... Die Rüge, die Strafkammer habe rechtsfehlerhaft den **Hilfsbeweisantrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens abgelehnt**, ist nicht begründet. Die Strafkammer hat den Antrag mit der hier noch tragfähigen Begründung, selbst über die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung der Zuverlässigkeit der Angaben der zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung 15 Jahre alten Zeugin zu verfügen, abgelehnt.

Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen ist Aufgabe des Tatgerichts. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass Berufsrichter über diejenige Sachkunde bei der Anwendung aussagepsychologischer Glaubwürdigkeitskriterien verfügen, die für die Beurteilung von Aussagen auch bei schwieriger Beweislage erforderlich ist, und dass sie diese Sachkunde den beteiligten Laienrichtern vermitteln können. Dies gilt bei jugendlichen Zeugen erst recht, wenn die Berufsrichter - wie hier - zugleich Mitglieder der Jugendschutzkammer sind und über spezielle Sachkunde in der Bewertung der Glaubwürdigkeit von jugendlichen Zeugen verfügen (vgl. UA S. 54).

Der Revision ist zwar einzuräumen, dass die erhebliche Alkoholisierung der Nebenklägerin zum Zeitpunkt der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat sowie psychische Auffälligkeiten der Nebenklägerin die Beweiswürdigung als durchaus problematisch erscheinen ließen. Die Strafkammer hat sich dieser Problematik jedoch gestellt, wobei sie sich dort, wo es erforderlich erschien, ergänzend auf sachverständigen Rat gestützt hat. Zu den mit der Trunkenheit der Nebenklägerin einhergehenden Symptomen und sich daraus ergebenden Folgen hat sie den Sachverständigen Dr. L., Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie, sowie zur Aussagetüchtigkeit der Nebenklägerin die diese behandelnde Ärztin der Kinder- und Jugendpsychiatrie angehört. Unter diesen Umständen gingen die Anforderungen an die Beweiswürdigung noch nicht über das Maß hinaus, das vom Tatrichter regelmäßig verlangt wird. Diesen Anforderungen ist die Strafkammer auch - wie ihre ausführlichen Erwägungen zu den hier gegebenen Besonderheiten der Glaubwürdigkeitsprüfung belegen - noch gerecht geworden. ..."[284]

Die Notwendigkeit der Einholung von Glaubwürdigkeitsgutachten für kindliche Zeu-

283 BGH, Urteil vom 20.02.1990 - 1 StR 7/90, BGH, Beschluss vom 30.07.2003 - 2 StR 246/03
284 BGH, Urteil vom 18.08.2009 - 1 StR 155/09

gen wird im Falle von „Besonderheiten“ anerkannt:

> " ... Gegenstand der Verurteilung sind Taten zum Nachteil zweier Söhne des Angeklagten sowie der Tochter seines Bruders. Die Kinder waren zu den Tatzeiten zwischen fünf und acht Jahre alt. Die Jugendschutzkammer durfte den **Antrag der Verteidigung, zur Frage der 'Glaubwürdigkeit und Zeugentauglichkeit' der drei betroffenen Kinder ein 'jugendpsychologisches bzw. jugendpsychiatrisches Gutachten' einzuholen** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich), hier nicht unter Berufung auf eigene Sachkunde ablehnen.
>
> Die Würdigung von Zeugenaussagen gehört zwar zum Wesen richterlicher Rechtsfindung und ist daher grundsätzlich dem Tatrichter anvertraut. Das gilt nicht nur bei erwachsenen Zeugen, sondern regelmäßig auch für die Aussage eines Kindes oder eines jugendlichen Zeugen, der Opfer eines an ihm begangenen Sexualdelikts ist. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen ist aber dann geboten, wenn der zur Aburteilung stehende Sachverhalt ausnahmsweise solche Besonderheiten aufweist, daß Zweifel daran aufkommen können, ob die Sachkunde des Gerichts auch zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den gegebenen besonderen Umständen ausreicht (st. Rspr.; BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 - Glaubwürdigkeitsgutachten 2 m.w.N.).
>
> Solche Besonderheiten liegen hier vor. Sie finden sich insbesondere in der intensiven, teilweise suggestiven Befragung der drei Kinder durch die Ehefrau des Angeklagten, seinen Bruder und dessen Ehefrau (UA S. 14). Dies gilt zumal angesichts des geringen Alters der betroffenen Zeugen und des beträchtlichen zeitlichen Abstands von mehr als einem Jahr zwischen den letzten Taten und deren Offenbarung, im Blick auf die Offenbarungssituation - Erwischtwerden der Kinder beim 'Doktorspiel' - und schließlich auch unter Berücksichtigung der Verwendung der kindlichen Aussagen durch die Ehefrau des Angeklagten im Sorgerechtsstreit. Es kommen noch hinzu im Urteil abgehandelte Besonderheiten im Aussageverhalten des jüngeren Sohnes des Angeklagten (UA S. 15 f.) und seiner Nichte (UA S. 17 f.).
>
> Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände durfte sich die Jugendschutzkammer die Beurteilung der Glaubhaftigkeit und Zuverlässigkeit der den Schuldspruch tragenden Angaben der kindlichen Zeugen hier ohne Zuziehung eines Sachverständigen, zumal nach entsprechender Antragstellung unter Hinweis auf jene Besonderheiten, nicht zutrauen. Die Kammer hat auch keine besonders signifikanten Begleitumstände ermittelt und in den Urteilsgründen belegt, welche die Beiziehung eines Sachverständigen möglicherweise hätte erübrigen können. Hierzu hätte es zunächst schon einer näheren, genauen Schilderung der Offenbarungssituation und des Inhalts der anschließenden Angaben der Kinder vor Einsetzen der Befragungen bedurft; insoweit trifft das Landgericht nur eher pauschale Feststellungen, aus denen es dann freilich weitgehende Folgerungen ableitet (vgl. UA S. 11, 14). Zudem läßt die Annahme des Landgerichts, eine suggestive Befragung der Kinder könne 'allenfalls zu einer Intensivierung' ihrer Schilderungen geführt haben, weshalb die Aburteilung jeweils nur eines Falles der angegebenen Sexualpraktiken unbedenklich sei (UA S. 14 f.), befürchten, daß in diesem Zusammenhang die Möglichkeit nicht in Betracht gezogen worden ist, die Kinder könnten fremde Erlebnisse, die sie beobachtet oder von denen sie sonst erfahren haben, als eigene dargestellt haben. Gerade daher wären auch zum Informationsaustausch zwischen den Kindern über die Taten nähere Feststellungen zu erwarten gewesen, auch zur - für die letzten beiden Fälle bislang sehr pauschal geschilderten - Beobachtung einzelner Taten durch nicht betroffene Kinder, die gegebenenfalls nach den Begleitumständen auch kritisch zu hinterfragen wäre. Schließlich sind zum Unterlassen einer früheren Tatoffenbarung bei der Nichte - im Gegensatz zu den Söhnen (UA S. 11) - gar keine näheren Überlegungen angestellt worden.

Zum persönlichen Kontakt des Angeklagten zu den Kindern nach der Trennung von der Familie unmittelbar nach Tatende fehlt es ebenfalls an Feststellungen.

Die Sache bedarf umfassender neuer tatrichterlicher Überprüfung, naheliegend unter Heranziehung eines mit der Auswertung möglicher suggestiver Beeinflussungen besonders erfahrenen jugendpsychologischen Sachverständigen. Der neue Tatrichter wird auch den von der Revision aufgezeigten Hinweisen auf Mißbrauchsanschuldigungen des Angeklagten gegen seinen Bruder vor Aufdeckung der Taten durch die Kinder näher nachzugehen und sie zu bewerten haben. Bereits im angefochtenen Urteil sind entsprechende 'Andeutungen' des Angeklagten vor dem Aufdeckungszeitpunkt festgestellt, indes kaum folgerichtig vollständig ausgewertet worden (UA S. 13). ..."[285]

Bekräftigt und fortgeführt:

" ... Die Revision beanstandet die Ablehnung eines Beweisantrages, der auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin M. G. gerichtet war und dem die Strafkammer mit dem Hinweis auf ihre eigene Sachkunde begegnet ist (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO). Die Rüge greift durch.

Die Verteidigung hatte die Einholung eines 'jugendpsychiatrischen Sachverständigengutachtens' zum Beweis dessen beantragt, daß die Zeugin M. G., das Tatopfer, 'generell und speziell unglaubwürdig' und ihren belastenden Angaben 'kein Glauben zu schenken' sei. Die Zeugin hatte sich mit einer 'aussagepsychologischen Begutachtung' einverstanden erklärt (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Strafkammer hat den Antrag abgelehnt, weil sie selbst über die erforderliche Sachkunde verfüge und sich dabei namentlich auf die zeugenschaftliche Vernehmung einer Psychotherapeutin, zweier Ärzte in der Facharztausbildung zum Psychiater sowie einer Psychologin bezogen, die M. G. behandelt hatten. Auffälligkeiten in der Person der Zeugin hätten danach keinen Einfluß auf ihre Zeugentüchtigkeit. Weitere im Ablehnungsbeschluß erwähnte Einzelheiten stellten keine solchen Besonderheiten dar, daß die Kammer mit der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der belastenden Aussage überfordert und die Zuziehung eines Sachverständigen geboten sei.

Die Ablehnung des Beweisantrages erweist sich unter den hier gegebenen besonderen Umständen als rechtsfehlerhaft. In der Regel ist die Einholung eines derartigen Glaubhaftigkeitsgutachtens (vgl. dazu BGHSt 45, 164, 167) zwar nicht erforderlich; denn die Beurteilung der Zeugentüchtigkeit nicht nur von Erwachsenen, sondern auch von kindlichen und jugendlichen Zeugen sowie der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben ist Sache des Tatrichters. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen ist aber dann geboten, wenn Besonderheiten vorliegen, die Zweifel an der Sachkunde des Gerichts hinsichtlich der Beurteilung der Aussagetüchtigkeit des Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage aufkommen lassen können (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 2, Sachkunde 6; § 244 Abs. 2 Glaubwürdigkeitsgutachten 1). So jedoch liegt es hier. Die Persönlichkeit und der Werdegang der Zeugin M. G. wie auch ihr Aussageverhalten im Zusammenhang mit einer anderweitigen bewußten Falschbelastung weisen Besonderheiten auf, die die Würdigung ihrer Bekundungen mitzubestimmen haben. Art und Maß dieser Besonderheiten ergeben zumal vor dem Hintergrund der nur eher allgemeinen Feststellungen zu den einzelnen Taten, daß die eigene Sachkunde der Jugendkammer hier zur Beurteilung der den Angeklagten belastenden Aussage der Zeugin nicht in jeder Hinsicht ausreichte.

285 BGH, Beschluss vom 22.06.2000 - 5 StR 209/00; BGH, Urteil vom 17.03.2005 - 5 StR 222/04 ebenfalls für kindliche Zeugen; vgl. auch BGH, Beschluss vom 13.12.2023 - 1 StR 340/23

Nach den Urteilsfeststellungen mißbrauchte der zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung 55jährige, nicht vorbestrafte Angeklagte seine am 13. April 1979 geborene Nichte M. G. regelmäßig sexuell zwischen deren sechstem und 16. Lebensjahr. Im Alter der M. zwischen neun und 15 Jahren kam es wenigstens einmal wöchentlich zum Geschlechtsverkehr. Gegenstand des Schuldspruchs sind 35 Einzelfälle des Geschlechtsverkehrs sowie weitere zwei Fälle des Oralverkehrs, die sich zwischen dem 17. April 1990, als M. elf Jahre alt war, und dem 12. April 1993, dem Tag vor M.'s 14. Geburtstag, zutrugen. Das Landgericht stützt seine Beweisführung gegen den bestreitenden Angeklagten im Kern allein auf die Angaben der Zeugin M. G. . Diese sieht es durch Aussagen weiterer Zeugen bestätigt, welche allerdings ihrerseits im wesentlichen wieder auf Äußerungen M.'s zurückgehen.

Den Urteilsgründen ist zum Konkretisierungsgrad der Darstellungen zu entnehmen, M. G. habe zwei Einzelfälle, die sich vor dem Zeitraum ereignet hätten, in dem die abgeurteilten Taten begangen wurden, sehr detailliert beschrieben. Die Strafkammer weist zudem auf originelle Einzelheiten in zwei weiteren Fällen (Zerbröseln eines Kondoms auf einer Lampe, Hinweis auf die Sterilisation des Angeklagten) sowie auf Hautpigmentstörungen des Angeklagten am Penis hin, die dieser aber auch an den Händen aufweist. Im übrigen sind die Feststellungen zu den Taten und den verschiedenen Tatorten eher allgemein und pauschal gehalten.

Die Urteilsgründe ergeben indessen weiter, daß in der Person M. G.'s 'psychische Auffälligkeiten' vorlagen, die dazu führten, daß sie von April 1986 bis Mai 1991 mit einer halbjährigen Unterbrechung und nochmals im Jahr 1994 psychotherapeutisch betreut wurde. Als Grund hierfür ist lediglich erwähnt, daß sie ein 'aggressives Verhalten' gezeigt und ein 'Mutter-Kind-Konflikt' vorgelegen habe. Sie selbst habe den Bekundungen ihrer damaligen Psychotherapeutin zufolge angegeben, 'große Probleme' zu haben und habe 'Phantasien' erzählt, die aber sogleich als solche erkennbar gewesen seien. Ihrer Therapeutin berichtete M. G. auch von einer Vergewaltigung durch einen nahezu gleichaltrigen Jungen. Diese zweifelte nicht an der Glaubhaftigkeit der Angaben M.'s.

Zur Erstattung der Strafanzeige in der vorliegenden Sache, die am 21. März 2000 erfolgte, kam es im Anschluß an einen Streit mit der Mutter, die der Zeugin vorwarf, in einer lesbischen Beziehung zu leben. Darauf entgegnete diese, sie solle den Angeklagten fragen, warum das so sei und berichtete auf Nachfrage 'bruchstückhaft vom sexuellen Mißbrauch' (UA S. 7). Die Mutter vereinbarte darauf für die Zeugin einen Termin bei der Kriminalpolizei. Im folgenden Sommer beging M. G. einen Suizidversuch und befand sich zweimal in stationärer Behandlung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Dort wurde bei ihr eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung des impulsiven Typus diagnostiziert.

Weitere Einzelheiten zu den psychischen Auffälligkeiten der Zeugin, namentlich zu den von ihr früher berichteten Phantasien, aber auch zu Auslöser und Ursachen des Suizidversuches sowie zu der Persönlichkeitsstörung teilen weder die Urteilsgründe noch der den Beweisantrag ablehnende Beschluß der Kammer mit. Auch eine nähere Auseinandersetzung mit der Bedeutung dieser Befunde für die Frage der Wahrhaftigkeit der Aussage ist nicht in dem gebotenen Maße erfolgt.

Hinzu kommt, daß die Zeugin im November 1993 den damals 13jährigen K. B. wahrheitswidrig der Vergewaltigung bezichtigt hat. Bei einer kriminalpolizeilichen Vernehmung in jener Sache beschrieb sie detailliert eine solche Tat unter Einschluß der Bedrohung mit einem Messer, eines vorgeblich erfolglosen Fluchtversuchs und dazu passenden Äußerungen sowie Gesprächsinhalten. Sie wiederholte diesen Vorwurf

auch noch bei einer richterlichen Vernehmung, die ersichtlich - wie der Zusammenhang der Urteilsgründe noch erkennen läßt - erst im gegenständlichen Verfahren erfolgte. Das Verfahren gegen den seinerzeitigen Beschuldigten war eingestellt worden, weil dieser damals erst 13 Jahre alt und mithin strafunmündig war. Erst in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten hat die Zeugin eingeräumt, K. B. zu Unrecht beschuldigt zu haben. Sie habe mit ihm einverständlichen Geschlechtsverkehr gehabt, befürchtet schwanger zu sein und Angst vor der Reaktion ihrer Mutter gehabt. Bei K. B. habe es sich um einen sehr guten Freund gehandelt; sie habe ihm - so die Urteilsgründe - 'eine Vergewaltigung vorgeworfen ... da sie sich nicht getraut habe, die Vorfälle mit ihrem Onkel zu berichten' (UA S. 25).

Unter diesen Umständen, im Blick auf die vor dem Tatzeitraum beginnende, in diesen hineinreichende und sich später wieder fortsetzende psychotherapeutische Behandlung der Hauptbelastungszeugin bei nicht näher erläuterten Befunden, auf den Suizidversuch wenige Monate nach der Anzeigeerstattung, insbesondere aber auf die bewußte Falschbelastung eines Jungen mit einem bis in Einzelheiten angereicherten, von den damals Befaßten ersichtlich als glaubhaft erachteten Vergewaltigungsvorwurf in strafverfahrensbezogenen, nach Belehrung und unter Wahrheitspflicht (§§ 153, 164 StGB) erfolgten Aussagen war es hier der Kammer verwehrt, sich bei der Würdigung der Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin letztlich allein auf ihre eigene Sachkunde zu stützen. Dies gilt eingedenk dessen, daß die Kammer auch noch die Aussagen von Zeugen ins Feld führt, denen gegenüber M. G. sexuelle Mißbrauchshandlungen in allgemein gehaltener Weise oder bruchstückhaft berichtet hatte. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, daß die die Zeugin auch im Tatzeitraum noch betreuende Psychotherapeutin für Kinder und Jugendliche H. nichts von entsprechenden Mißbrauchsberichten der Zeugin bekundet hat (vgl. UA S. 9 f.), die Zeugin bei dieser jedoch den (falschen) Vergewaltigungsvorwurf gegen einen anderen erwähnte und dafür in der Hauptverhandlung die Erklärung gab, sie habe sich nicht getraut, die Vorfälle mit ihrem Onkel zu berichten, damit aber einen Zusammenhang herstellte, der sich in seiner Bedeutung nicht ohne weiteres aus sich selbst erhellt. Auch diese Umstände mußten es nahelegen, eine alle Gesichtspunkte einbeziehende Aussageanalyse unter gezielter sachverständiger Beratung vorzunehmen.

Eine andere verfahrensrechtliche Bewertung ergibt sich nicht daraus, daß die Jugendkammer die M. G. psychiatrisch und psychologisch behandelnden Ärzte und eine Psychologin als Zeugen vernommen hat. Dem Senat ist aus zahlreichen anderen Verfahren bekannt, daß behandelnde Psychiater und Psychologen im Rahmen der Therapie ihres Patienten im Vordergrund ihrer Aufgabe nicht die Frage des Wahrheitsgehalts der Äußerungen des Patienten, also die Überprüfung der 'Validität' der Angaben sehen. Ihnen geht es in aller Regel vornehmlich um die Behandlung etwa einer Persönlichkeitsstörung, um die Minderung subjektiv empfundenen Leidensdrucks und um Verhaltensänderungen (vgl. dazu nur BGH, Urt. vom 16. Mai 2002 - 1 StR 40/02), im vorliegenden Fall naheliegender Weise um die Therapie der Persönlichkeitsstörung und der psychischen Auffälligkeiten. Überdies steht einem als Zeugen vernommenen, früher behandelnden Therapeuten regelmäßig nicht diejenige umfassende Erkenntnisgrundlage zur Verfügung, die einem das Gericht beratenden Sachverständigen zugänglich ist. Diesem liegen regelmäßig auch die Strafakten mit allen bis dahin angefallenen Ermittlungsergebnissen offen; er wird zumeist an der Beweisaufnahme teilnehmen und den Zeugen im Falle von dessen Einverständnis auch explorieren, vor allem aber seine Bewertung gezielt und allein im Blick auf den Wahrheitsgehalt der Aussage vornehmen.

Die Zeugin M. G. hatte sich mit einer aussagepsychologischen Begutachtung einverstanden erklärt. Selbst ohne ein solches Einverständnis wäre eine Begutachtung aufgrund der verbleibenden Erkenntnisquellen nicht von vornherein aussichtslos gewe-

sen (vgl. BGH, Urt. vom 16. Mai 2002 - 1 StR 40/02). Ob hier in erster Linie die Zuziehung jugendpsychiatrischen oder aber aussagepsychologischen Sachverstandes in Betracht gekommen wäre, hätte der Tatrichter zu entscheiden gehabt (vgl. dazu BGHSt 23, 8, 12; BGH NStZ 2002, 490; Senge in KK 4. Aufl. § 73 Rdn. 5). Nach allem war die Ablehnung des Beweisantrages rechtsfehlerhaft. Das angegriffene Urteil kann darauf beruhen. Es ist deshalb mit den zugehörigen Feststellungen aufzuheben. ..."[286]

Da gibt es allerdings eine einschränkende Tendenz, wenn es um ein Kind geht und die Tatzeit lange zurück liegt:

" ... a) Insoweit greift die Verfahrensrüge nicht durch, das Landgericht habe einen wiederholten Antrag der Verteidigung auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens zu Unrecht zurückgewiesen.

aa) Die Verteidigung hatte die **Einholung eines solchen Gutachtens zunächst mit der Begründung beantragt, dass die angeklagte Tat bereits 19 bis 20 Jahre zurückliege und die Zeugin M. damals erst 4 bis 5 Jahre alt gewesen sei (Anmerkung des Verf.: erfolglos)**.

Das Landgericht hatte diesen Antrag im Hinblick auf ausreichende eigene Sachkunde und den Hinweis der psychiatrischen Sachverständigen, die zur Begutachtung der Nebenklägerin hinzugezogen worden war, zurückgewiesen, es lägen 'keine psychologischen oder psychiatrischen Anhaltspunkte' vor, 'die eine Glaubwürdigkeitsbeurteilung durch einen Sachverständigen erforderlich erscheinen lassen'. Später hat die Verteidigung den Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens wiederholt und damit ergänzt, dass die Zeugin M. zum Teil unterschiedliche Angaben gemacht habe. Den Beweisantrag hat die Strafkammer erneut abgelehnt, weil „weiterhin keine besonderen Umstände“ vorlägen, welche die Hinzuziehung eines Sachverständigen gebieten könnten. 'Die von der Verteidigung im erneuten Antrag vorgebrachten Argumente betreffen die vom Gericht zu leistende und ohne die Hinzuziehung eines Sachverständigen leistbare Würdigung der Glaubhaftigkeit der Aussage und der Glaubwürdigkeit der Zeugin'.

bb) Diese Begründung ist rechtsfehlerfrei. Die Würdigung von Aussagen nicht nur erwachsener, sondern auch kindlicher oder jugendlicher Zeugen gehört zum Wesen richterlicher Rechtsfindung und ist daher grundsätzlich dem Tatrichter anvertraut. Die Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens ist nur dann geboten, wenn der Sachverhalt oder die Person des Zeugen solche Besonderheiten aufweist, dass Zweifel daran aufkommen können, ob die Sachkunde des Gerichts auch zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den gegebenen besonderen Umständen ausreicht (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2006 - 1 StR 579/05, NStZ-RR 2006, 242 f.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier aber nicht allein deshalb vor, weil zwischen Tat und Urteil lange Zeit vergangen ist, die Zeugin zur Tatzeit noch ein Kind war und ihre Angaben in bestimmten Punkten keine Konstanz aufweisen. Dies sind Umstände, die ein Strafrichter aus eigener Sachkunde beurteilen kann. Nach der Auskunft der psychiatrischen Sachverständigen konnte das Landgericht zudem ohne Rechtsfehler davon ausgehen, dass kein psychopathologischer Befund bei der Zeugin vorliegt, der ausnahmsweise die Hinzuziehung eines aussagepsychologischen Sachverständigen nahegelegt hätte.

286 BGH, Beschluss vom 11.09.2002 - 1 StR 171/02, BGH, Beschluss vom 30.07.2003 - 2 StR 246/03: Besonderheit: erstmalige Bekundung des angeblichen Mißbrauchs mehrere Jahre nach der Tat im Alter von 12 Jahren auf eine gezielte Befragung im Rahmen einer kriminalpolizeilichen Vernehmung.

b) Auch die Beweiswürdigung des Landgerichts ist rechtsfehlerfrei. Die Tatsache, dass die Zeugin bei der ersten polizeilichen Vernehmung von mehreren sexuellen Übergriffen gesprochen hatte, aber in der Hauptverhandlung auch auf Vorhalt nur von einer Begebenheit ausging, hat die Strafkammer damit erklärt, dass bei langem Zeitablauf die Erinnerungen „verschwimmen". Dagegen ist rechtlich nichts zu erinnern. Die vom Landgericht gezogene Schlussfolgerung ist möglich.

Der Hinweis der Revision darauf, dass die Mutter der Geschädigten ausgesagt hatte, diese habe ihr gegenüber geschildert, der Angeklagte habe bei einem Übergriff einen nackten Oberkörper gehabt, was sich in den Zeugenaussagen der Geschädigten nicht wieder finde, deckt ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Das Landgericht hat diesen Aspekt als unerheblich bezeichnet, weil die Mutter der Geschädigten sich nach seiner Überzeugung 'diesbezüglich nicht richtig erinnert oder Angaben von M. nicht richtig wahrgenommen' habe. Auch dabei handelt es sich um mögliche Schlussfolgerungen aus den festgestellten Tatsachen, die auch keinen Widerspruch der Urteilsgründe ergeben. ..."[287]

Zur eigenen Sachkunde in Fällen der Glaubwürdigkeit von ZeugInnen aufgrund des Verhaltens von geständigen Angeklagten:

„ … Den Hilfsbeweisantrag auf Erholung eines Sachverständigengutachtens zur Glaubwürdigkeit der Zeugin konnte das Landgericht ohne Rechtsfehler ablehnen. Der Annahme eigener Sachkunde könnten hier zwar Bedenken deshalb entgegenstehen, weil im Beweisantrag vorgetragen wurde, die Zeugin habe sich an einen Fall (im Jahr 1983/1984) erst nach Hypnose erinnern können. Ergänzend konnte das Landgericht insoweit aber berücksichtigen, daß der Angeklagte diesen Fall (neben anderen) in der Hauptverhandlung eingeräumt hat. In einem Fall, in dem sich der Tatrichter eigene Sachkunde grundsätzlich nicht zutrauen darf - was bei Aussageerinnerung nach Hypnose der Fall sein mag - kann die Ablehnung eines Sachverständigengutachtens gleichwohl jedoch fehlerfrei im Hinblick auf eigene Sachkunde erfolgen, wenn andere Beweismittel (wie hier das Geständnis des Angeklagten) die Beurteilungsmöglichkeiten des Tatrichters grundsätzlich stützen (BGHSt 7, 82, 85; BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 4; BGH, Urt. vom 22. Januar 1998 - 4 StR 100/97). ..."[288]

Die Einholung eines Gutachtens zur Glaubwürdigkeit der Aussagen von Familienangehörigen des Täters über die an ihnen begangenen sexuellen Missbrauchshandlungen kann geboten sein:

" ... Die Revision beanstandet die Behandlung von zwei Hilfsbeweisanträgen, die auf die Einholung aussagepsychologischer Sachverständigengutachten zur Glaubhaftigkeit der Angaben der Geschädigten E. und M. G. gerichtet waren und von der Strafkammer unter Hinweis auf eigene Sachkunde abgelehnt worden sind. Die Rüge nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO greift durch.

1. Gegenstand der Verurteilung sind Misshandlungen und sexuelle Übergriffe des Angeklagten zum Nachteil seiner Ehefrau E. G., seines am 1. Mai 1989 geborenen Sohnes M. und seiner am 7. November 1993 geborenen Tochter S.

Das Landgericht hat den nicht vorbestraften Angeklagten für schuldig befunden, in den Jahren 1998 bis 2002 im Abstand von jeweils zwei Monaten den Geschlechtsver-

287 BGH, Urteil vom 04.10.2017 - 2 StR 219/15
288 BGH, Beschluss vom 30.09.1998 - 1 StR 509/98

kehr mit seiner Ehefrau erzwungen zu haben, indem er sie würgte und bedrohte ('Wenn ich Dich jetzt umbringe, kannst Du gar nichts tun.'). Nach den Urteilsfeststellungen missbrauchte der Angeklagte zwischen 1994 und 2000 seinen behinderten Sohn M. fünfzehn Mal, indem er das fünf bis elf Jahre alte Kind auf dessen Bett warf, es mit der einen Hand würgte und mit der anderen vor ihm masturbierende Bewegungen an sich vollzog. Mit der vier bis sechs Jahre alten S. führte der Angeklagte nach den Feststellungen in drei Fällen den Geschlechtsverkehr durch. Daneben kam es - so das Landgericht - wiederholt zu Gewalttätigkeiten, indem der Angeklagte S. mit einem eisernen Pfannenwender und M. mit einem Gürtel schlug, M. zudem in zwei weiteren Fällen mit einem Messer in den Arm schnitt.

Der Angeklagte hat die Taten bestritten. Das Landgericht hat sich in seiner Beweiswürdigung im Wesentlichen auf die jeweiligen Aussagen der Geschädigten zu den an ihnen begangenen Taten gestützt. Ergänzend hat es Angaben der Zeugin E. G. zu Begleitumständen des Missbrauchs von S. und zu den Misshandlungen von M. berücksichtigt, weiterhin Angaben der Zeugin K. G. , Schwester von S.und M. , die einen Fall des Missbrauchs von S. beobachtet haben will. Die Kammer hat die Zeugin S. G. einer aussagepsychologischen Begutachtung unterzogen; sie ist der Bewertung der Sachverständigen, wonach die Schilderungen der Zeugin keinen Erlebnisbezug aufweisen, Aussageentstehung und –inhalt vielmehr deutliche Hinweise auf suggestive Prozesse und die Entstehung von Scheinerinnerungen ergeben, indes nicht gefolgt. Auch die Zeugin K. G. war im Ermittlungsverfahren im Hinblick auf Missbrauchsvorwürfe, die sie gegenüber dem Angeklagten erhoben hatte, Gegenstand einer aussagepsychologischen Begutachtung. Die Sachverständige ist auch hinsichtlich dieser Zeugin zu dem Ergebnis gelangt, dass die Annahme von Scheinerinnerungen und einer darauf beruhenden Falschaussage nicht zurückzuweisen sei. Die Kammer hat dem in die Verhandlung eingeführten Gutachten keine durchgreifende Bedeutung beigemessen, da es sich hauptsächlich auf Berichte der Zeugin über an ihr selbst begangene Taten beziehe, nicht aber auf solche zu Lasten ihrer Schwester S..

Die Verteidigung hat Hilfsbeweisanträge auf Einholung aussagepsychologischer Sachverständigengutachten zum Beweis dafür gestellt, dass die Aussagen der Zeugen E. und M. G. nicht erlebnisfundiert seien (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Kammer hat die Anträge abgelehnt, weil sie selbst über die erforderliche Sachkunde verfüge.

2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Ablehnung der Beweisanträge erweist sich in Anbetracht der ungewöhnlichen Besonderheiten des Falles als rechtsfehlerhaft.

Die Würdigung von Aussagen nicht nur erwachsener, sondern auch kindlicher oder jugendlicher Zeugen gehört zum Wesen richterlicher Rechtsfindung und ist daher grundsätzlich dem Tatrichter anvertraut (BGHSt 8, 130; BGH NStZ 2001, 105). Die Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens ist allerdings dann geboten, wenn der Sachverhalt oder die Person des Zeugen solche Besonderheiten aufweist, dass Zweifel daran aufkommen können, ob die Sachkunde des Gerichts auch zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den gegebenen besonderen Umständen ausreicht (st. Rspr.; BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 2; BGH StV 1994, 173). Um einen solchen Fall handelt es sich hier.

a) Auffälligkeiten im Hinblick auf die Aussage der Zeugin E. G. liegen in ihrer Person und in den Umständen der Aussageentstehung begründet. Den Urteilsfeststellungen ist zu entnehmen, dass die Zeugin nach ihren eigenen Angaben von ihrem vierten bis zum achtzehnten Lebensjahr in ihrer eigenen Familie sexuellen Übergriffen ausge-

setzt gewesen ist. Solche Übergriffe habe sie auch von einem Freund hinnehmen müssen, mit dem sie eine Beziehung unterhielt, bevor sie den Angeklagten kennen gelernt habe.

Zur Entstehung der den Angeklagten belastenden Aussagen verhält sich das Urteil nicht näher. Ihm ist aber zu entnehmen, dass die Zeugin in Gesprächen mit Ärzten eines psychiatrischen Krankenhauses, in dem der Angeklagte sich im Jahr 2004 zur Behandlung einer Depression aufgehalten hatte, verbal-aggressives Verhalten des Angeklagten geschildert, körperliche Übergriffe jedoch entschieden verneint hatte. Den Inhalt weiterer in diesem Zeitraum geführter Unterredungen der Zeugin mit einem Vertrauten, dem Zeugen Ge. Ei., teilt das Urteil nicht mit. Aus den polizeilichen Vernehmungen des Zeugen Ei. und der Zeugin G. ergibt sich, dass beide Zeugen zahlreiche intensive Gespräche über die familiäre Situation der Zeugin G. geführt haben. Die Zeugin brachte dabei zunächst ihre Überzeugung zum Ausdruck, in einer glücklichen Ehe und heilen Familie zu leben. Nach dem Eindruck des - von der Zeugin G. als 'Hobbypsychologen' beschriebenen - Zeugen Ei. lagen dieser Überzeugung jedoch verdrängte familiäre Probleme zugrunde. Auf Anraten des Zeugen unterzog die Zeugin G. sich einer 'Familienaufstellung'; hierbei und hiernach sei ihr nach Aussage des Zeugen Ei. 'nach und nach zu Bewusstsein gekommen, was überhaupt passiert ist'.

b) Besonderheiten hinsichtlich des Zeugen M. G. finden sich in dessen organischer Hirnschädigung sowie auch hier in den Umständen der Aussageentstehung. Der Zeuge hatte bei seiner von der Revision mitgeteilten polizeilichen Vernehmung sexuelle Übergriffe und Schläge mit Gegenständen seitens des Angeklagten noch ausdrücklich verneint. Erst in seiner ermittlungsrichterlichen Vernehmung schilderte der Zeuge die Geschehnisse, wie sie später Gegenstand der Feststellungen geworden sind, ohne dass ihm seine frühere gegenteilige Aussage hierbei vorgehalten wurde. Die der ermittlungsrichterlichen Vernehmung des Zeugen beiwohnende aussagepsychologische Sachverständige vermutete ausweislich eines von der Revision mitgeteilten Aktenvermerkes der Staatsanwaltschaft, dass der Aussage durch Suggestion hervorgerufene Pseudoerinnerungen zugrunde liegen könnten.

c) Hinsichtlich beider Zeugen war zudem zu berücksichtigen, dass Sachverständigengutachten über die Glaubwürdigkeit der über ähnliche Missbrauchserfahrungen berichtenden familienangehörigen Zeugen S. und K. G. vorlagen, in welchen die Sachverständige erhebliche Anzeichen für eine wechselseitige innerfamiliäre Beeinflussung der Zeuginnen dokumentiert hatte. Auch wenn die Kammer dem Ergebnis der Gutachten nicht gefolgt ist, boten sie bei Würdigung der Aussagen weiterer als Zeugen vernommener Familienmitglieder doch Anlass für eine besonders kritische Prüfung möglicher suggestiver Einflüsse und hierdurch hervorgerufener Fehlerinnerungen.

Vor dem Hintergrund all dieser Besonderheiten durfte die Kammer sich nicht für befugt halten, über die Glaubhaftigkeit der den Angeklagten belastenden Aussagen der Zeugen E. und M. G. aus eigener Sachkunde zu entscheiden; vielmehr hätte es der Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens bedurft (vgl. BGH NStZ 2001, 105).

3. Der Verfahrensmangel führt zur Aufhebung aller Urteilsfeststellungen, soweit sie der Verurteilung des Angeklagten zugrunde liegen. Denn die Kammer hat die Aussagen dieser beiden Zeugen zur Feststellung sämtlicher Tatkomplexe in wechselnder Beteiligung herangezogen. ..."[289]

289 BGH, Beschluss vom 25.04.2006 - 1 StR 579/05

Eigene Sachkunde Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Steuerungsfähigkeit, wenn Besonderheiten vorliegen:

" ... Der Beschwerdeführer beanstandet jedoch zutreffend die Ablehnung eines Beweisantrages als rechtsfehlerhaft.

a) **Die Verteidigung hatte die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür beantragt, dass der Angeklagte zur Tatzeit schuldunfähig oder zumindest erheblich vermindert schuldfähig gewesen sei. Hierfür bezog sie sich auf einen durch das beantragte Gutachten erwarteten Nachweis einer mindestens erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten infolge einer Affekt- beziehungsweise Persönlichkeitsstörung unter Darlegung zahlreicher, von vernommenen Zeuginnen bekundeten Besonderheiten** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Beweisantrag hat das Tatgericht im Wesentlichen unter Hinweis auf die eigene Sachkunde mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Angeklagte sowohl gegenüber der Nebenklägerin als auch gegenüber weiteren früheren Freundinnen nur dann handgreiflich geworden sei, wenn er mit den jeweils Geschädigten alleine war. In den Urteilsgründen ist hierzu erläuternd ausgeführt, dass eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit aufgrund solch 'kontrollierten' Verhaltens nicht ersichtlich sei.

b) Die Ablehnung des Beweisantrages erweist sich unter den hier gegebenen besonderen Umständen als rechtsfehlerhaft. Art und Maß der in dem Beweisantrag genannten Besonderheiten in der Person des Angeklagten ergeben zumal vor dem Hintergrund der Feststellungen zu Eigentümlichkeiten bei den einzelnen Taten, dass die eigene Sachkunde der Strafkammer hier zur Beurteilung der Schuldfähigkeit des Angeklagten nicht in jeder Hinsicht ausgereicht hat.

Zutreffend weist die Revision zunächst darauf hin, dass auch zielstrebiges und folgerichtiges Verhalten der Annahme einer erheblichen Verminderung des Hemmungsvermögens nicht unbedingt entgegensteht (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 83).

Zudem hat der Antrag eine Reihe von besonderen Umständen in der Person des Angeklagten und dem Beziehungsgeflecht zur Nebenklägerin dargelegt, die geeignet gewesen sind, Bedenken hinsichtlich für § 21 StGB relevanter psychischer Befindlichkeiten zu begründen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 1). Obgleich das Landgericht hierfür einschlägige Feststellungen getroffen hat, ergibt sich deren Bewertung weder aus dem zurückweisenden Beschluss noch aus den Urteilsgründen. Bereits in der früheren Beziehung des Angeklagten mit der Zeugin S. gab es 'wegen der gegenseitigen Eifersucht viele Auseinandersetzungen', bei denen der Angeklagte die Zeugin mehrmals für 'zwei bis drei Minuten' auf dem Sofa fixierte; er hatte sich häufig 'im Zuge der Auseinandersetzungen so erregt, dass er zu schwitzen und leicht zu zittern begann' (UA S. 3, 4). Auch in der sich anschließenden Beziehung zur Zeugin Sl. wurde er aus nichtigen Anlässen gewalttätig und geriet wiederholt so in Rage, dass 'er schwitzte und kreidebleich wurde' und die Zeugin etwa fünfzehnmal für einige Sekunden festhielt (UA S. 4). Schließlich war auch die Beziehung zur Nebenklägerin 'von vielen Streitigkeiten geprägt, die ihren Grund in der starken Eifersucht und dem großen Misstrauen des Angeklagten' hatten. Sogar auf den Bruder der Nebenklägerin war der Angeklagte eifersüchtig, so dass er nach hierdurch veranlassten unberechtigten Datenabfragen zu dessen Nachteil wegen Verstoßes gegen das Datenschutzgesetz verurteilt wurde. Mindestens viermal fixierte er die Nebenklägerin- was diese als Schwitzkasten bezeichnete - zwei bis drei Stunden lang. Dabei sei er

'häufig bleich' gewesen und habe 'stark transpiriert' (UA S. 5). Nachdem er etwa eine Minute lang mit zwei Fingern in der Vagina der Nebenklägerin manipuliert hatte - die schwerwiegendste Tat -, blieb er 'über längere Zeit' auf der Nebenklägerin liegen, 'fixierte sie über Stunden auf dem Bett und zwang ihr eine Diskussion auf' (UA S. 13). Die Nebenklägerin bezeichnete ihn als 'einen Partner mit zwei Gesichtern' (UA S. 24).

c) Die fehlerhafte Zurückweisung des Beweisantrags erfasst nicht den Schuldspruch. Der Senat schließt aus, dass bei dem im Berufsalltag unauffällig gebliebenen Angeklagten ein Ausschluss der Schuldfähigkeit in Betracht kommt. ..."[290]

Schuldfähigkeit

Zur beantragten Einholung eines medizinisch-psychiatrischen Schuldfähigkeitsgutachtens:

" ... Hintergrund der der Verurteilung zu Grunde liegenden Tat, bei der der bislang strafrechtlich nicht in Erscheinung getretene Angeklagte dem Zahnarzt F. in dessen Praxis einen Stich mit einem Messer in den Oberschenkel versetzte, war: Die älteste Tochter des Angeklagten hatte mit dem Geschädigten, in dessen Praxis sie eine Ausbildung absolvierte, ein intimes Verhältnis, welches der Geschädigte, um seine eigene Ehe zu retten, beendet hatte, nachdem seine Ehefrau zwei Tage vor der Tat von der außerehelichen Beziehung Kenntnis erhalten hatte. Dies hatte die Tochter dem noch dem traditionellen türkisch-muslimischen Kulturkreis verhafteten Angeklagten erst am Vortag der Tat im Krankenhaus offenbart, in das sie nach einem Selbstmordversuch eingeliefert worden war. Der Angeklagte war 'schockiert und reagierte zunächst verwirrt. (...) Er war sehr in Sorge um seine Tochter und fühlte zudem die Ehre der Tochter, der Familie und seine eigene beschmutzt'. Am Tattage suchte er die Praxis des Geschädigten auf, 'um die Angelegenheit zu klären'. Bei dem Gespräch mit dem Geschädigten leugnete dieser, mit der Tochter des Angeklagten intim geworden zu sein. Darüber geriet der "ohnehin nervlich angespannt(e)" Angeklagte zusätzlich in Wut und beschloss deshalb, den Geschädigten 'zur Bestrafung' mit dem Messer anzugreifen.

Trotz dieses besonderen Tathintergrundes hat die Schwurgerichtskammer das Vorliegen eines minder schweren Falles der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Halbs. 2 StGB) verneint und die Strafe dem Regelstrafrahmen entnommen. Dies begegnet hier durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Generalbundesanwalt hat hierzu ausgeführt:

'Grundsätzlich ist die Strafzumessung - und damit auch die Bestimmung des Strafrahmens - Sache des Tatrichters, dessen Entscheiden das Revisionsgericht auch dann hinzunehmen hat, wenn eine andere Entscheidung ebenso möglich gewesen wäre oder sogar näher gelegen hätte. Unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, insbesondere auch der Vorgeschichte der Tat und des Verhaltens des Geschädigten der Tochter des Angeklagten gegenüber nach der Aufdeckung ihres Verhältnisses, sowie der Täterpersönlichkeit ergibt die Gesamtwürdigung jedoch ein derart eindeutiges Überwiegen der mildernden Faktoren, dass die Entscheidung der Kammer hinsichtlich des Strafrahmens als nicht mehr nachvollziehbar anzusehen ist. Die Kammer selbst hat zahlreiche strafmildernde Umstände aufgelistet (UA S. 23). Die etwas stilfremde Formulierung 'aufgrund der wenig erfreulichen Vorgeschichte' (UA S. 23) lässt indes besorgen, dass die Kammer die Mitverantwortung des Geschädigten für die eingetretene Eskalation in ihren Überlegungen nicht hinreichend gewichtet hat. Bei dem gegen eine Strafrahmenverschiebung gewerteten griffbereiten Mitsichführen des Messers beim Betreten der Praxis des Geschädigten ist zudem zu berücksichti-

290 BGH, Beschluss vom 10.12.2008 - 5 StR 542/08

gen, dass der Angeklagte das Messer nach seiner unwiderlegten Einlassung nicht im Hinblick auf die Begegnung mit dem Geschädigten eingesteckt hatte (UA S. 7, 14), wofür auch die Feststellung spricht, dass der Angeklagte mit seiner Frau ursprünglich zum Krankenhaus fahren wollte, um die Tochter abzuholen, er sich jedoch bei Fahrtantritt spontan entschlossen hatte, den Geschädigten zur Rede zu stellen (UA S. 7). Für die Beibehaltung des normalen Strafrahmens sprechen nach den Strafzumessungserwägungen letztlich die Angst des Geschädigten bei der Tat und das posttraumatische Belastungssyndrom, unter dem er leidet (UA S. 13, 23). Dies trägt angesichts der gesamten Umstände die Entscheidung der Kammer nicht.' Dem schließt sich der Senat an. ..."[291]

Ablehnungsbeschluss

Eigentlich eine Selbstverständlichkeit: das Tatgericht muss sich auf seine eigene Sachkunde berufen und gleichzeitig belegen, dass es über die erforderliche eigene Sachkunde verfügt:

„ ... Jedoch führt die Verfahrensrüge zur Aufhebung des Strafausspruchs.

1. Der Rüge liegt folgendes Prozessgeschehen zugrunde:

In der Hauptverhandlung **beantragte die Verteidigerin, ein psychiatrisches Sachverständigengutachten einzuholen zum Beweis der Tatsachen, dass der Angeklagte aufgrund seiner Gewalt- und Angsterfahrungen in der Heimat sowie auf dem Weg von Algerien nach Deutschland zum Tatzeitpunkt unter einer akuten Belastungsstörung gelitten habe, dass er vor diesem Hintergrund eine panische Angst vor einem lebensgefährlichen Angriff auf sich entwickelt habe, als T. auf dem Krankenhausflur mit den Händen in den Hosentaschen auf ihn zugekommen sei, dass es infolgedessen zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung in Form eines Affektsturms gekommen sei, dem aus psychiatrischer Sicht nicht entgegenstehe, dass der Angeklagte ruhigen Schrittes auf T. zugegangen sei, und dass das Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen einer verminderten Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB deshalb nicht auszuschließen sei** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Strafkammer lehnte den Antrag mit der Begründung ab, dass der Sachverständigenbeweis völlig ungeeignet sei (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO), weil es an den erforderlichen Anknüpfungstatsachen fehle. Der Sachverständige müsste sein Gutachten nach Inhalt und Sinn des Beweisantrags auf Tatsachen stützen, die das Gericht bereits als Beweisgrundlage ausgeschlossen habe. Das Vorliegen der akuten Belastungsstörung sowie panischer Angst bzw. eines Affektsturms im Tatzeitpunkt werde unter Bezugnahme auf die Einlassung des Angeklagten zum Tathergang behauptet, welcher das Landgericht bei vorläufiger Würdigung des Beweisergebnisses jedoch nicht folge. Insbesondere aus Videoaufnahmen vom Krankenhausflur und aus den Angaben des Pflegers ergebe sich vielmehr, dass der Angeklagte ruhigen Schrittes auf T. zugegangen sei und keine Anzeichen eines panik- oder affektgesteuerten Verhaltens gezeigt habe.

Daraufhin wiederholte die Verteidigerin unter Schilderung einer Vielzahl von 'Gewalterfahrungen' des Angeklagten im Einzelnen ihren **Antrag auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens, insbesondere zum Beweis dafür, dass das auf den Videoaufnahmen erkennbare und von den Zeugen geschilderte 'ruhige' Verhalten des Angeklagten aus psychiatrischer Sicht eine erhebliche Verminderung seiner Schuldfähigkeit aufgrund des behaupteten psychischen Befundes nicht ausschließe** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

291 BGH, Beschluss vom 10.01.2006 - 4 StR 545/05

Die Strafkammer lehnte den Antrag wiederum wegen völliger Ungeeignetheit des Sachverständigenbeweises (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) ab und führte zur Begründung aus: Die in dem erneuten Antrag vorgebrachten Angaben des Angeklagten zu seinen Gewalterfahrungen habe sie schon bei ihrer früheren Beschlussfassung in ihre vorläufige Beweiswürdigung einbezogen. Sie schließe nach wie vor aus, dass die Angsterfahrungen dem Angeklagten im Tatzeitpunkt gegenwärtig gewesen seien und er einen Angriff von T. erwartet habe.

2. Die in zulässiger Weise erhobene (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) Rüge ist begründet.

a) Das Landgericht hat den auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisantrag zu Unrecht wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) abgelehnt. Die Strafkammer ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass ein Sachverständiger als völlig ungeeignetes Beweismittel anzusehen ist, wenn es an den Grundlagen für eine Gutachtenerstattung mangelt, weil die erforderlichen Anknüpfungstatsachen fehlen, auf denen die sachverständige Beurteilung aufbauen muss. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der Sachverständige nach Inhalt oder Sinn des Beweisantrags auf Tatsachen stützen müsste, die das Gericht bereits als Beweisgrundlage ausgeschlossen hat (vgl. zu allem LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 238 mwN).

So verhielt es sich hier entgegen der Ansicht des Landgerichts aber nicht. Als Anknüpfungstatsachen standen dem Sachverständigen einerseits die von dem Angeklagten geschilderten Gewalt- und Angsterfahrungen sowie andererseits sein vor der Tatausführung an den Tag gelegtes ruhiges Verhalten zur Verfügung. Beides hatte die Strafkammer nicht als Beweisgrundlage ausgeschlossen. Die Angaben des Angeklagten zu seinen Gewalt- und Angsterfahrungen hat sie nicht für unglaubhaft erachtet, sondern ihren Feststellungen zugrunde gelegt. Ebenso ist sie aufgrund von Videoaufnahmen und Zeugenangaben davon ausgegangen, dass sich der Angeklagte ruhig und unauffällig verhielt, als er auf T. zuging. Die Strafkammer hat daraus lediglich andere Schlussfolgerungen gezogen als diejenigen, die mit dem Beweisantrag in das Wissen eines Sachverständigen gestellt worden sind.

Der Sache nach hat die Strafkammer den Beweisantrag letztlich aufgrund von Erwägungen abgelehnt, die sie aufgrund eigener Sachkunde angestellt hat. Sie hat sich indes weder auf eigene Sachkunde berufen (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) noch belegt, dass sie über die erforderliche eigene Sachkunde verfügt. ..."[292]

Im Ablehnungsbeschluss muss zumindest der Ablehnungsgrund bezeichnet werden:

„ … Mit Recht beanstandet die Revision, daß das Landgericht einen Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens als Beweisermittlungsantrag angesehen und diesen zurückgewiesen hat. **Mit dem Antrag sollte bewiesen werden, 'daß zumindest ein Großteil der dem Angeklagten mit unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsgraden von den Sachverständigen... zugeordneten Schecks mit höheren Wahrscheinlichkeitsgraden' dem W 'K zuzuordnen sind'. Vergleichsschriften des Genannten seien in den Akten eines gegen diesen geführten Strafverfahrens enthalten** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Zur Begründung der Zurückweisung dieses Antrages führt das Landgericht an, daß sich 'zur Täterschaft des Angeklagten' bereits zwei Gutachter geäußert hätten und

292 BGH, Beschluss vom 29.11.2017 - 3 StR 526/17; siehe auch BGH, Beschluss vom 13.12.2023 - 1 StR 340/23

fährt dann fort: 'Die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kommt daher nicht in Betracht, soweit durch diese Gutachten die Täterschaft des Angeklagten erwiesen sein sollte (§ 244 Abs. 4 S. 2 StPO). Soweit das nicht der Fall ist, wäre die Einholung eines weiteren Gutachtens zur Entlastung des Angeklagten überflüssig (§ 244 Abs. 3 StPO).

Diese Begründung verstößt gegen die Vorschriften über die Ablehnung eines Beweisantrages. Der angeführte Antrag ist kein Beweisermittlungsantrag, sondern ein Beweisantrag. Er enthält, wie das Landgericht selbst hervorhebt, die Behauptung, die Urheberschaft für die Ausfüllung der in Betracht kommenden Schecks sei einer bestimmten anderen im Antrag bezeichneten Person mit einer größeren Wahrscheinlichkeit zuzuordnen als dem Angeklagten. Als Beweismittel, mit dem diese Tatsache bewiesen werden soll, führt der Antrag in zulässiger Weise das Gutachten eines Sachverständigen an. Der Antrag hätte deshalb nur aus den Gründen des § 244 Abs. 3 und 4 StPO abgelehnt werden dürfen. Das Landgericht hat sich bei der Zurückweisung des Antrages auf keine Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO gestützt und auch nicht eigene Sachkunde nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO in Anspruch genommen. Der Ablehnungsbeschluß läßt ferner nicht erkennen, daß die Strafkammer vom Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache überzeugt war (§ 244 Abs. 4 S. 2, 1. Halbsatz StPO). Es ist schon zweifelhaft, ob die in der Hauptverhandlung gehörten Sachverständigen ohne Einblick in die Akten des Strafverfahrens gegen - K dem Gericht überhaupt die Gewißheit vermitteln konnten, daß die Schecks diesem nicht mit einem bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad zuzuordnen seien. Jedenfalls läßt sich dem Ablehnungsbeschluß eine solche Auffassung des Landgerichts nicht entnehmen. Er läßt vielmehr offen, ob durch die bisherigen Gutachten die Täterschaft des Angeklagten erwiesen ist. ...“[293]

Die eigene Sachkunde muss im Ablehnungsbeschluss und in den schriftlichen Urteilsgründen dargelegt werden:

" ... Die Revision des Angeklagten ist mit der Verfahrensrüge begründet, das Landgericht habe einen Beweisantrag der Verteidigung auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu Unrecht gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO zurückgewiesen.

1. Die Verteidigung hatte **unter Beweis gestellt, dass 'der auf den zur Akte gelangten Lichtbildern der Videoüberwachungskamera der Total-Tankstelle .... erkennbare Täter mindestens 180 cm groß' gewesen sei, während der Angeklagte W. nur eine Körperlänge von 170 cm aufweise. Mithilfe der 'Photogrammetrie' sei es möglich, anhand des Hintergrunds die Körpergröße der fotografierten Person auch unter usgleich perspektivischer Verzerrungen näher festzulegen** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Antrag wie folgt zurückgewiesen: 'Unabhängig von der Frage, ob es sich bei dem Antrag um einen förmlichen Beweisantrag im Sinne des § 244 Abs. 3, 4 StPO handelt - unter Beweis gestellt ist die Tatsache, dass es sich bei dem auf den Lichtbildern zu sehenden zweiten Täter nicht um den Angeklagten W. handelt, was indes letztlich eine Bewertung darstellt; dem Tatsachenbeweis zugänglich ist allenfalls die Frage, ob die auf den Lichtbildern zu sehende Person eine gewisse Größe aufweist oder nicht aufweist, wobei der Kammer aus anderen Verfahren bekannt ist, dass exakte Größenangaben derartigen Bildern regelmäßig ohnehin nicht zu entnehmen sind -, ist der Antrag gem. § 244 Abs. 4 S. 1 StPO zurückzuweisen. Das Gericht besitzt die zur Beurteilung der Frage erforderliche Sachkunde, ob der auf den Lichtbildern zu sehende Täter von der Größe her der Angeklagte W. sein kann

293 BGH, Beschluss vom 10.06.1986 - 5 StR 254/86

oder nicht, selbst.'

2. Die Verfahrensrüge der fehlerhaften Zurückweisung des Beweisantrags ist im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zulässig erhoben. Dem steht nicht entgegen, dass der Beschwerdeführer in der Revisionsbegründungsschrift das Rügevorbringen unter Auslassung des Volltextes von Beweisantrag und Ablehnungsbeschluss zunächst nur mit eigenen Worten erläutert und den Beweisantrag sowie den Beschluss der Strafkammer in vollem Umfang als Anlage zur Revisionsbegründungsschrift beigefügt hat. Im Ganzen sind die zur Beurteilung des Rügevorbringens erforderlichen Prozesstatsachen in der Revisionsbegründungsschrift vollständig mitgeteilt worden. Ein Fall unstrukturierten und deshalb nicht nachvollziehbaren Vortrags der Prozesstatsachen liegt nicht vor.

3. Die Rüge hat auch in der Sache Erfolg.

a) Bei dem Antrag der Verteidigung handelt es sich um einen förmlichen Beweisantrag, der nur nach Maßgabe des § 244 Abs. 3 oder Abs. 4 StPO zurückgewiesen werden durfte. Unter Beweis gestellt wurde nach der Erläuterung des Antragsvorbringens nicht nur das Beweisziel, dass der auf den Lichtbildern erkennbare zweite Täter nicht der Angeklagte W. gewesen sei, sondern dass der zweite Täter nach Körperlänge und Statur nicht dem Erscheinungsbild des Angeklagten W. entspricht. Dies enthält eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung und nicht nur das Ergebnis einer 'Bewertung'.

b) Indem das Landgericht den Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO unter Berufung auf eigene Sachkunde zurückgewiesen hat, hat es sich auf einen im vorliegenden Fall untauglichen Ablehnungsgrund gestützt.

aa) Die Frage, ob mit Mitteln der Bildbearbeitung und Raumvermessung, auf die der Beweisantrag im Hinblick auf Möglichkeiten der „Photogrammetrie“ verwiesen hat, näherer Aufschluss über die Größe der auf Fotos vom Verkaufsraum der Total-Tankstelle abgebildeten Person zu gewinnen ist, zählt nicht zu allgemein vorhandenem Wissen, auf das Tatrichter ohne weiteres zurückgreifen können. Der Hinweis des Landgerichts, aus anderen Verfahren sei ihm bekannt, dass exakte Größenangaben derartigen Bildern regelmäßig ohnehin nicht zu entnehmen seien, ist demgegenüber nicht aussagekräftig. Sie erklärt nicht, dass und warum die Bildbearbeitung und Raumvermessung keine weiteren Erkenntnisse ergeben könne. Sie steht zudem in Widerspruch zur eigenen Bewertung der Lichtbilder in den Urteilsgründen.

bb) Deshalb hätte die eigene Sachkunde des Gerichts näherer Darlegung bedurft.

(1) Eine solche wäre nach § 244 Abs. 6 StPO zunächst im Ablehnungsbeschluss vorzunehmen gewesen, um der Verteidigung eine Reaktion hierauf noch in der Hauptverhandlung zu ermöglichen (vgl. SK-StPO/Frister, StPO, 5. Aufl., § 244 Rn. 220; Alsberg/Güntge, Der Beweisantrag im Strafprozess, 6. Aufl., 2. Teil 2. Kap. Rn. 1442). An einer Erläuterung der eigenen Sachkunde fehlt es aber in der Begründung des Beschlusses, abgesehen von dem nicht aussagekräftigen Hinweis auf die angebliche Unmöglichkeit einer genaueren Größenbestimmung durch Sachverständige.

(2) Nach der Rechtsprechung genügt gegebenenfalls auch eine Darlegung der Sachkunde des Gerichts in den Urteilsgründen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1958 - 4 StR 211/58, BGHSt 12, 18, 20; s.a. LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 339). Sie ist aber entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts auch daraus nicht ausreichend zu entnehmen.

> 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 (MünchKomm-StPO/Trüg/Habetha, StPO, § 244 Rn. 73 mwN).
>
> Wenn die Strafkammer nach den Urteilsgründen selbst anhand des Erscheinungsbildes der fotografierten Personen im Verhältnis zu den im Hintergrund erkennbaren Regalen Schlüsse auf die Größenverhältnisse gezogen hat, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, durch Bildbearbeitung und Raumvermessung sei kein genauerer Aufschluss zu gewinnen. Der Beschwerdeführer ist insoweit dem Landgericht zutreffend mit der Bemerkung entgegengetreten: 'Wenn es dann von einem größeren und einem kleineren Täter spricht, so handelt es sich lediglich um Vermutungen, denn die Täter sind auf keinem Bild gleichzeitig anwesend und daher (ist) nur ein ungefährer Vergleich möglich. Nur ein Fachmann kann hier genau erkennen, wie der Größenunterschied tatsächlich ist und auch eine Körpergröße angeben, vor allem wenn man bedenkt, dass die Originalregale noch vorhanden sind.'
>
> c) Der Senat kann nicht ausschließen, dass das angefochtene Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht.
>
> 4. Die Rüge führt zur Urteilsaufhebung im Ganzen, denn sie berührt auch die Beweisgrundlage für die Verurteilung wegen des Überfalls auf die Aral-Tankstelle. Das Landgericht ist in beiden Fällen den Angaben des Mitangeklagten O. gefolgt. Würden diese zur Behauptung der Tatbeteiligung des Angeklagten W. an dem Überfall auf die Total-Tankstelle durch die Feststellung erschüttert, dass der Angeklagte W. wegen der näher ermittelten Größe des zweiten Täters entgegen der Aussage des Mitangeklagten O. nicht im Verkaufsraum an diesem Überfall beteiligt gewesen sein kann, wäre die Glaubhaftigkeit der Aussage des Mitangeklagten O. auch hinsichtlich der Tatbeteiligung des Beschwerdeführers am ersten Überfall in Frage gestellt. ..."[294]

Das KG Berlin sieht das etwas „differenzierter“ im „Alltagsgeschehen“:

> „ … Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 6. April 2022 wird nach § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen. Der Schriftsatz des Verteidigers vom 8. September 2022 lag vor, gab aber zu anderer Bewertung keinen Anlass. Die Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft lediglich punktuell bekräftigend wird angemerkt:
>
> 1. Die auf die zulässig erhobene Sachrüge zu prüfende tatgerichtliche Beweiswürdigung ist frei von Rechtsfehlern. Namentlich die von der Revision geltend gemachte Lückenhaftigkeit besteht nicht. Das Landgericht hat dem umfänglich vernommenen Zeugen X geglaubt, durch das (nach § 9 Abs. 5 StVO verkehrsordnungswidrige) Wenden des Angeklagten zwar zum Bremsen und Ausweichen veranlasst worden, nicht aber zu Fall gekommen zu sein. Diese Würdigung der Beweise ist weder widersprüchlich noch lückenhaft, gegen Denkgesetze verstößt sie ersichtlich nicht.
>
> Auch diesbezügliche Darstellungserfordernisse erfüllt das Urteil, denn es setzt sich mit der Einlassung des Angeklagten auseinander, der Zeuge sei durch sein gefährliches Fahrmanöver gestürzt und habe hierdurch (und nicht bei einer späteren Bestrafungsaktion mit einem 'aus dem Kofferraum entnommenen massiven seil/kabelartigen

294 BGH, Beschluss vom 24.01.2017 - 2 StR 509/16

Gegenstand' [UA S. 6]) die festgestellten Verletzungen an Kopf und Schulter erlitten (UA S. 6, 7 und insb. 9, 10).

2. Der Zweifelsgrundsatz ist nicht verletzt, weil sich aus der allein maßgeblichen Urteilsurkunde nicht ergibt, dass die Strafkammer an der Schuld des Angeklagten tatsächlich zweifelte. Auf Zweifel, die das Gericht aus Sicht des Revisionsführers hätte haben sollen, kommt es nicht an (vgl. BVerfG NJW 1988, 477; 2002, 3015).

3. Auch die erhobene Verfahrensrüge der unzulässigen Ablehnung eines Beweisantrags bleibt aus den in der Zuschrift der Generalstaatsanwaltschaft genannten Gründen ohne Erfolg.

Von vornherein sind Aufbau und Stoßrichtung des Beweisantrags fraglich, so dass bereits zweifelhaft erscheint, dass es sich bei dem Beweisbegehren überhaupt um einen (förmlich zu bescheidenden) Beweisantrag im Sinne des § 244 Abs. 3 StPO handelt. Unklar ist etwa, warum ein 'verkehrsanalytisches Sachverständigengutachten', für das zudem weder im Antrag noch in der Revisionsschrift tragfähige Anknüpfungstatsachen bezeichnet werden, Aufschluss über die Herkunft von Verletzungen geben können soll. Auch das Begehren, 'anschließend den Sachverständigen als sachverständigen Zeugen zu seinem Gutachten zu vernehmen', erhellt sich nicht. Weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit der Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) ergeben sich daraus, dass die Revision die Erklärung versäumt, wie die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung zu dem Beweisantrag Stellung genommen hat (vgl. BGH StRR 2020, Nr. 7 [Volltext bei juris] und Beschluss vom 24. Oktober 2018 - 5 StR 206/18 -; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO 65. Aufl., § 244 Rn. 106). Dass sie sich geäußert hat, ergibt sich aus dem Hauptverhandlungsprotokoll (Bl. II 9).

Schließlich gibt die Revision den beanstandeten Beschluss, durch den der Beweisantrag abgelehnt worden ist, unzutreffend wieder. Die Revisionsschrift behauptet, die Kammer habe eigene Sachkunde dafür geltend gemacht, dass (folgend getreue Wiedergabe) 'die bei dem Zeugen X attestierten Verletzungen allein und ausschließlich auf der vom Angeklagten geschilderten Sturzgeschehen oder durch den von dem zeugen X geschilderte Geschehen verursacht worden sein können' (RB S. 2). Tatsächlich enthält der beanstandete Beschluss (neben korrekter Rechtschreibung und Grammatik) das Adverb 'auch' ('… auch durch das von dem Zeugen X geschilderte Geschehen verursacht worden sein können') (Bl. II 38). Dem kommt hier Bedeutung zu: Bleibt das Wort 'auch' weg, ergibt sich ein Verständnis, dem zufolge die Verletzungen nur entweder von einem Sturzgeschehen oder von der dem Angeklagten angelasteten Bestrafungstat herrühren können. Durch die Verwendung des Wortes 'auch' wird hingegen deutlich, dass die Kammer eigene Sachkunde nur dafür behauptet, dass das Verletzungsbild als eine von ggf. mehreren Möglichkeiten (= 'auch') durch die vorgeworfene Vorsatztat verursacht worden sein kann. Die hierfür erforderliche Sachkunde ist deutlich unspezifischer als diejenige, die für die Beurteilung erforderlich wäre, ob die Verletzungen nur oder auch durch ein Unfallgeschehen verursacht worden sein können.

Jedenfalls war die Kammer bei dem hier in Rede stehenden Alltagsgeschehen nicht gehindert, den Antrag im Hinblick auf eigene Sachkunde nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO zu bescheiden. Der Darlegung eigener Sachkunde bedurfte es nicht. Sie ist erlässlich, wenn dem Gericht die Sachkunde nach allgemeiner Lebenserfahrung zuzutrauen ist, wobei es im pflichtgemäßen Ermessen des Tatgerichts liegt, ob es sich dieses Wissen zutrauen darf (vgl. Alsberg/Güntge, Beweisantrag im Strafprozess 8. Aufl., Kapitel 6 [§ 244 Abs. 4-6] Rn. 8, 11). Nach dieser Maßgabe bleibt die von der Strafkammer zur Ablehnung des Beweisersuchens in Anspruch genommene - im Letzten

alltagsweltliche - Sachkunde revisionsrechtlich ohne Beanstandung. ...“[295]

Urteilsgründe

Die schriftliche Urteilsgründe müssen Ausführungen enthalten, aus denen sich die Sachkenntnis des Gerichts ergibt. Die Anforderungen, die an den Ausweis der eigenen Sachkunde im Urteil zu stellen sind, richten sich nach dem Maß der Schwierigkeit der Beweisfrage.[296]

Das Übergehen eines Hilfsbeweisantrags soll unschädlich sein, wenn er mit einer rechtsfehlerfreien Begründung aufgrund eigener Sachkunde hätte abgelehnt werden können und die Ablehnungsgründe vom Revisionsgericht auf Grund des Urteilsinhalts „nachgebracht“ werden können (sehr bedenklich):

> " ... Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 7. März 2006 wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO). Zu der Rüge, mit der die **Nichtbescheidung des Hilfsbeweisantrages auf Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens zur Glaubhaftigkeit der Angaben der Zeugin Mandy K. beanstandet wird**, bemerkt der Senat ergänzend zu den Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift vom 19. Juli 2006:
>
> Zwar hat das Landgericht von der Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens abgesehen und den Hilfsbeweisantrag in den Urteilsgründen nicht beschieden. Darauf kann das Urteil aber nicht beruhen. Das Übergehen eines Hilfsbeweisantrages ist unschädlich, wenn er mit rechtsfehlerfreier Begründung abgelehnt werden konnte und die Ablehnungsgründe vom Revisionsgericht aufgrund des Urteilsinhalts nachgebracht werden können (vgl. BGH NJW 2000, 370, 371; NStZ 1998, 98 jew. w. M. N.). So liegt es hier, denn das Landgericht, das zur Frage des Vorliegens psychotischer Störungen bei der Zeugin deren Therapeutin, eine Ärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie, gehört hat, hätte den Hilfsbeweisantrag gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO im Hinblick auf die eigene Sachkunde ablehnen können. Die Sachkunde der bereits 'in zahlreichen Fällen kinder- und jugendpsychologisch beratenen' Jugendschutzkammer (UA 34) ist durch die Urteilsausführungen zur Glaubhaftigkeit der Angaben der zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung 18 Jahre alten Zeugin und deren Glaubwürdigkeit belegt. Das Landgericht hat sich eingehend auch mit der, wie die Revision selbst vorträgt, nach dem Hilfsbeweisantrag zentralen Frage einer gezielten Beeinflussung der Zeugin von außen über Suggestionen befasst, und hat rechtsfehlerfrei ausgeschlossen, dass auf die Zeugin, etwa im Rahmen der Therapie oder der mit Mitarbeitern von Betreuungseinrichtungen geführten Gespräche, in einer Weise eingewirkt worden ist, die zu Suggestionen hätte führen können (UA 34 bis 37). Da nach den Urteilsgründen auch sonst keine Besonderheiten vorliegen, die nach der Rechtsprechung die Einholung eines aussagepsychologischen Gutachten gebieten könnten (vgl. BGH NStZ 2001, 105; Meyer-Goßner StPO 49. Aufl. § 244 Rdn. 73, jew. m. w. N.), reichte die Sachkunde der Jugendkammer unter hier gegebenen Umständen zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin und deren Glaubwürdigkeit aus. ...“[297]

Die schriftlichen Urteilsgründe können die Sachkunde des Gerichts ausweisen:

295 KG Berlin, Beschluss vom 15.09.2022 - (3) 161 Ss 140/22 (48/22)
296 BGH, Urteil vom 10.07.1958 - 4 StR 211/58
297 BGH, Beschluss vom 19.09.2006 - 4 StR 303/06; siehe auch BGH, Urteil vom 23.10.1997 - 5 StR 317/97 und BGH, Urteil vom 26.10.1999 - 1 StR 109/99

„ … Zur Ermittlung des Nachteils im Sinne des § 266 StGB brauchte sich das Landgericht keines Sachverständigen zu bedienen. Ein Nachteil trat für die Kredit- und Treugeber schon dadurch ein, daß der Angeklagte in den Fällen C 1 - 4 in Kenntnis des Sachverhalts aufgrund unrichtiger und gefälschter Unterlagen vom Anderkonto Beträge auszahlte, die, wie auch in den Fällen C 5, 6, den - in der Mehrzahl der Fälle von ihm selbst beurkundeten - Kaufpreis erheblich überstiegen. Wie die Urteilsgründe ausweisen, hatte die Strafkammer die Sachkunde, um diese Fragen zu beurteilen. Sie durfte deshalb den Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen unter Berufung auf ihre eigene Sachkunde zurückweisen. ...“[298]

Die Beweiswürdigung in den schriftlichen Urteilsgründen kann das Fehlen der eigenen Sachkunde belegen:

" ... Nach den Feststellungen hat der Angeklagte auf einer Zugfahrt von Arnheim/ Niederlande nach Düsseldorf ein im Abfallbehälter im Toilettenraum abgelegtes Päckchen mit 505,6 Gramm Heroin als Kurier begleitet. Das Landgericht hat seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten, der mit dem Transport nichts zu tun haben will, neben weniger gewichtigen Indizien insbesondere auf den Umstand gestützt, daß sich die Lage des Päckchens während eines Toilettenbesuchs des Angeklagten derart verändert habe, daß das zunächst mit der Schmalseite parallel zu der vorderen Behälterwand liegende Päckchen nunmehr um eine gedachte Hochachse in seiner Mitte um etwa 45 Grad gedreht gewesen sei. Die Strafkammer schließt aus, daß das Paket ohne Einwirkung eines Menschen seine Lage in der festgestellten Weise verändert haben kann, da die durch die Beschleunigung, Verzögerung oder Kurvenfahrt auftretenden Kräfte wohl eine Lageveränderung, nicht aber eine derartige Drehung bewirken könnten (UA S. 19). **Einen entsprechenden Hilfsbeweisantrag auf Zuziehung eines Sachverständigen hat sie abgelehnt**, weil für die Beurteilung dieser Frage besondere physikalische Fachkenntnisse nicht erforderlich seien und die eigene Sachkunde der Kammer ausreiche. Ebenso hat das Landgericht einen weiteren Hilfsbeweisantrag auf Beiziehung des Fahrtenschreibers des Zuges als völlig ungeeignetes Beweismittel abgelehnt, da die Verzögerungen und Beschleunigungskräfte die festgestellte Drehung nicht bewirkt haben können.

Diese Beweiswürdigung und die darauf gestützte Ablehnung der Hilfsbeweisanträge begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Strafkammer hat in ihre Überlegungen zur Lageveränderung des Päckchens infolge der einwirkenden Kräfte (Beschleunigung, Verzögerung und Kurvenfahrt) nicht die möglichen Einflüsse unterschiedlicher Reibung oder etwaiger Hindernisse einbezogen. Dem Urteil sind keine Feststellungen zu entnehmen, wie die Oberfläche des Bodens einerseits und des Paketes andererseits konkret beschaffen waren und ob - in einem Abfallbehälter nicht auszuschließende - Verunreinigungen oder Gegenstände wie feuchte Papierhandtücher vorhanden waren. Solche Umstände könnten möglicherweise dazu führen, daß das Päckchen infolge einer in Längsrichtung des Zuges wirkenden Kraft nicht - wie bei gleichmäßigen Reibungsverhältnissen - gleichmäßig in dieser Richtung verrutscht, sondern an einer Seite zurückgehalten werden kann, so daß nur die andere Seite in Richtung der Krafteinwirkung rutscht und insgesamt eine Drehbewegung herbeigeführt wird. Der Senat geht dabei davon aus, daß die Strafkammer der den Umständen nach nur kurzzeitigen Beobachtung der Lageveränderung des Päckchens durch den Zeugen P. nur entnehmen konnte, daß dieses nicht mehr parallel, sondern in einem Winkel von etwa 45 Grad zur Behältervorderwand lag. Eine solche Lageveränderung wäre auch mit einem nur einseitigen Verrutschen erklärbar. Wenn demgegenüber der Wortlaut der Urteilsfeststellungen auf UA S. 8 dahin geht, daß sich das

298 BGH, Urteil vom 05.12.1989 - 5 StR 208/89

Päckchen um eine in seiner Mitte gedachte Hochachse gedreht habe, was mit einem einseitigen Verrutschen nicht vereinbar wäre, ist dies nicht im Wortsinne zu verstehen, zumal eine solche präzise Feststellung detaillierte Messungen der Lage vorher und nachher vorausgesetzt hätte. Die Beurteilung des Zusammenwirkens der einwirkenden Kräfte einerseits, in die auch solche beim Überfahren einer Weiche einbezogen werden müßten, und des Einflusses unterschiedlicher Reibungsverhältnisse und etwaiger Hindernisse andererseits ist im Regelfall mit den einfachen physikalischen Kenntnissen eines Laien nicht möglich und bedarf sachverständiger Hilfe. Sofern es dabei - was wahrscheinlich erscheint - auf die Größenordnung der auftretenden Kräfte, etwa infolge der Bremsverzögerung ankommt, sind auch die Aufzeichnungen des Fahrtenschreibers des Zuges ein taugliches Beweismittel zu ihrer Ermittlung. Da das Tatgericht bei seiner Überzeugungsbildung davon ausgeht, daß die Lageveränderung vom Angeklagten herbeigeführt wurde und diesem Umstand wesentliches Gewicht beimißt, kann das Urteil keinen Bestand haben. …"[299]

Die Urteilsgründe können die fehlende eigene Sachkunde in einem Sicherungsverfahren belegen:

" ... Das Landgericht hat den Beschuldigten im Sicherungsverfahren in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht (§ 63 StGB). Gegen dieses Urteil wendet sich der Beschuldigte mit seiner auf die Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Die Verteidigung hatte hilfsweise für den Fall der Anordnung einer Unterbringung gemäß § 63 StGB **beantragt, ein weiteres Sachverständigengutachten zum Beweis der Tatsache einzuholen, dass der Beschuldigte an einer drogeninduzierten Psychose erkrankt sei** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Antrag hat das Landgericht im angefochtenen Urteil - ausdrücklich gestützt auf den Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO - mit der Begründung zurückgewiesen, der Sachverständige F. habe nachvollziehbar dargelegt, warum er nicht sicher habe feststellen können, ob den Anlasstaten eine paranoide Schizophrenie oder aber jeweils eine drogeninduzierte Psychose zu Grunde gelegen habe. Weder sei die Sachkunde des Sachverständigen zweifelhaft, noch sei er von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen. Der bloße Umstand, dass er in seinem vorläufigen Gutachten noch zu einer eindeutigen Diagnose gekommen sei, in seinem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten aber nicht, mache letzteres nicht mangelhaft.

2. Die Zurückweisung des Beweisantrags verstößt gegen § 244 Abs. 4 Satz 2 1. Halbsatz StPO. Nach dieser Vorschrift kann die Anhörung eines weiteren Sachverständigen abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist. Hier ist indes nicht schon durch das Gutachten des Sachverständigen F. das Gegenteil der behaupteten Tatsache - also die Nichterkrankung des Beschuldigten an einer drogeninduzierten Psychose - erwiesen gewesen. Vielmehr ist das Landgericht im Anschluss an den Sachverständigen davon ausgegangen, dass der Beschuldigte statt unter einer paranoiden Schizophrenie auch unter einer drogeninduzierten Psychose gelitten haben könnte (vgl. UA S. 19 ff., 30). Soweit das Landgericht gemeint haben sollte, das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache sei schon deshalb erwiesen, weil eine drogeninduzierte Psychose nicht sicher festgestellt werden könne, hätte sie - worauf die Revision zu-

299 BGH, Beschluss vom 18.01.1995 - 3 StR 582/94

treffend hinweist - den Inhalt des Beweisantrags nicht ausgeschöpft.

Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob - angesichts der zahlreichen Beanstandungen, die gegen die Methodik des Gutachters von der Verteidigung substantiiert erhoben worden sind - die knappen Erwägungen zur Sachkunde des Sachverständigen und Qualität seines Gutachtens den an die Ablehnungsbegründung eines Ablehnungsbeschlusses zu stellenden Anforderungen genügen (vgl. zum erforderlichen Begründungsumfang je nach Art und Gewicht der gegen das Erstgutachten vorgebrachten Einwände BGH, Beschlüsse vom 12. November 2004 - 2 StR 367/04, BGHSt 49, 347, 358; vom 22. Mai 2012 - 5 StR 15/12, NStZ-RR 2012, 287, 288; vom 9. Juli 2013 - 3 StR 132/13, NStZ-RR 2014, 281; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 340 mwN; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 75). Denn die Frage, ob der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen des früheren Gutachters überlegen sind, ist nur von Bedeutung, wenn das Gericht das Gegenteil der behaupteten Tatsache als „durch das frühere Gutachten" bereits erwiesen ansehen und deshalb den Antrag auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen ablehnen will (BGH, Beschlüsse vom 10. August 2004 - 3 StR 240/04, BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Zweitgutachter 7; vom 3. November 2009 - 3 StR 355/09, NStZ-RR 2010, 51).

3. Zwar kann das Revisionsgericht, wenn - wie hier - ein Hilfsbeweisantrag in zulässiger Weise erst in den Urteilsgründen beschieden worden ist, die Ursächlichkeit des Verstoßes gegen § 244 Abs. 4 StPO mit der Begründung verneinen, dass das Tatgericht den Antrag mit einer anderen Begründung rechtsfehlerfrei hätte ablehnen können (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Oktober 1997 - 1 StR 578/97, BGHR StPO § 244 Abs. 6 Hilfsbeweisantrag 9; vom 10. August 2004 - 3 StR 240/04, NStZ 2005, 159; vom 24. August 2007 - 2 StR 322/07, NStZ 2008, 116; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO 63. Aufl., § 244 Rn. 107 mwN). Die dafür erforderliche Voraussetzung, dass ein solcher Ablehnungsgrund sich aus den Urteilsgründen ergeben oder sonst auf der Hand liegen muss, ist hier aber nicht erfüllt. Der vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift angestellten Überlegung, die Strafkammer habe aufgrund des ihm durch den Sachverständigen vermittelten Wissens die für die Beurteilung der Störung des Beschuldigten erforderliche eigene Sachkunde erlangt und hätte deswegen den Antrag nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO ablehnen können, steht schon entgegen, dass sie sich für die Frage einer Abgrenzung zwischen substanzinduzierter Psychose einerseits und paranoider Schizophrenie andererseits ausdrücklich keine Sachkunde zugetraut hat. Sie hat hierzu ausgeführt, den Schluss des Sachverständigen, eine solche Abgrenzung sei nicht zu leisten, habe sie „letztlich hinzunehmen, da sie mangels eigener Sachkunde nicht entscheiden" könne, ob der Sachverständige möglicherweise einen zu strengen Maßstab angelegt habe; ihr erscheine die Begründung des Sachverständigen für die Änderung seiner Diagnose und sein Abweichen vom Ergebnis des vorläufigen Gutachtens 'jedenfalls nicht als offensichtlich unvertretbar' (UA S. 23).

4. Trotz der von dem Landgericht angestellten Alternativerwägungen ist nicht ausgeschlossen, dass die Einholung des beantragten Gutachtens auf die Prüfung der Strafkammer, ob eine und gegebenenfalls welche Maßregel zu verhängen ist, Einfluss gehabt haben könnte.

5. Die Sache bedarf daher - naheliegend unter Hinzuziehung eines anderen psychiatrischen Sachverständigen - neuer Verhandlung und Entscheidung. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu den äußeren Abläufen der drei Anlasstaten haben jedoch Bestand (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht kann insoweit ergänzende Feststellungen treffen, die mit den bisherigen nicht in Widerspruch stehen. ..."[300]

300 BGH, Beschluss vom 09.06.2020 - 5 StR 167/20

Ähnlich bei beanspruchter eigener Sachkunde und in sich widersprüchlicher Beweiswürdigung:

> „ … Einen **Antrag der Verteidigung, ebenso wie über M. M. auch über A. E. ein Glaubwürdigkeitsgutachten einzuholen**, hat die Jugendschutzkammer unter Berufung auf eigene Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) abgelehnt; Besonderheiten, die Zweifel daran wecken könnten, daß ihre eigene Sachkunde ausreicht, lägen nicht vor.
>
> Die Aussagen von A. E. hat die Jugendschutzkammer dahin gewürdigt, daß an deren genereller Zeugeneignung kein Zweifel bestünde. Sie habe sich um genaue und erinnerungskritische Angaben bemüht. Soweit sie selbst nach wiederholtem Vorhalt ('Konfrontation') der Aussagen von M. M. bei ihren Aussagen geblieben sei, beruhe dies darauf, daß sie sich an die abgeurteilten Vorgänge nicht zu erinnern vermöge; dies gehe auf ihre starke emotionale Bindung an den Angeklagten zurück. Es sei 'in hohem Maße' wahrscheinlich, daß sich für sie die Vorgänge als 'ganz normale Waschvorgänge' darstellten, was ihre Erinnerungslosigkeit erkläre.
>
> 3. Gegen diese Beweiswürdigung wendet sich die Revision mit Recht.
>
> a) In aller Regel darf sich allerdings das Gericht, zumal eine erfahrene Jugendschutzkammer, die Bewertung der Aussagen eines kindlichen oder jugendlichen Zeugen auch dann zutrauen, wenn dieser angibt, in frühem Alter Opfer eines Sexualdelikts geworden zu sein (BGHSt 3, 27, 28, 52; BGH NStZ 1985, 420, 421; Senatsurteil vom 11. August 1998 - 1 StR 338/98; w. Nachw. bei Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 43. Aufl. § 244 Rdn. 74). Geht es, wie hier, darum, daß ein solcher Zeuge angibt, derartige Vorgänge, an denen er nach anderen Aussagen teils selbst beteiligt gewesen sein soll (Hallenbad) oder die sich zumindest in seiner unmittelbaren Nähe abgespielt haben sollen (Badewanne), hätten in Wahrheit nicht stattgefunden, kann nichts anderes gelten.
>
> Aus dem Umstand, daß die Jugendschutzkammer glaubte, hinsichtlich der Glaubwürdigkeit von M. M. sachverständiger Beratung zu bedürfen, ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken gegen ihre Annahme, zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit von A. E. über genügend eigene Sachkunde zu verfügen. Wie sich aus den Urteilsgründen ergibt, ist M. M. intelligenzschwach und emotional unausgeglichen. A. E. ist dagegen, wie sich aus dem den Beweisantrag ablehnenden Beschluß ergibt, bereits im Rahmen einer familienrechtlichen Auseinandersetzung begutachtet und - ersichtlich auch der Auffassung entsprechend, die die Jugendschutzkammer in der Hauptverhandlung gewonnen hat - als 'ein aufgewecktes, in seiner geistigen Entwicklung bereits weit fortgeschrittenes Mädchen' beurteilt worden. Angesichts dieser Unterschiede in Intelligenz und Entwicklungsstand beider Mädchen ist die Annahme der Jugendschutzkammer, nur zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit von M. M. sachverständiger Beratung zu bedürfen, im Grundsatz nicht zu beanstanden.
>
> b) Auf der Grundlage der - den Senat bindenden - Annahme grundsätzlicher Glaubwürdigkeit von A. E. ist es allerdings ungewöhnlich, daß die aufgeweckte, geistig gut entwickelte Zeugin die in Rede stehenden Vorgänge derart nachhaltig verdrängt hat, daß sie ihr selbst durch intensive Vorhalte nicht wieder in das Gedächtnis zurückgerufen werden konnten.
>
> Es kann aber offen bleiben, ob die Feststellung und Bewertung derartiger tiefenpsychologischer Vorgänge noch von der Sachkunde der Jugendschutzkammer hinsichtlich der Glaubwürdigkeitsbeurteilung (vgl. oben 3 a) umfaßt sind, oder ob allein

deshalb die Inanspruchnahme sachverständiger Beratung nahegelegen hätte.

c) Unabhängig davon ist nämlich zu besorgen, daß die zur Erinnerungslosigkeit der Zeugin angestellten Erwägungen der Jugendschutzkammer widersprüchlich sind; jedenfalls lassen sie aber einen naheliegenden Gesichtspunkt außer Acht:

aa) Der nicht näher ausgeführte Hinweis auf die enge emotionale Bindung von A. E. an den Angeklagten zur Erklärung ihrer Erinnerungslosigkeit deutet darauf hin, daß sie nach Auffassung der Jugendschutzkammer diese Vorgänge - unbewußt - als ein negatives Verhalten durch den Angeklagten bewertet, das für ihn nachteilige Folgen haben kann, und sie sie deshalb verdrängt hat, um dem Angeklagten nicht durch wahrheitsgemäße Angaben schaden zu müssen. Damit erscheint ohne nähere Ausführungen aber kaum vereinbar, daß sie sich deshalb nicht erinnern kann, weil die Vorgänge aus ihrer Sicht unbedeutend ('normale Waschvorgänge') waren. Im Ergebnis erklärt die Jugendschutzkammer die Erinnerungslosigkeit der Zeugin also damit, daß die in Rede stehenden Vorgänge für die Zeugin sowohl in hohem Maße emotional befrachtet als auch völlig bedeutungslos sind. Dies erscheint widersprüchlich und hätte der Aufklärung bedurft.

bb) Soweit die Jugendschutzkammer ihre Bewertung der Erinnerungslosigkeit der Zeugin darauf stützt, daß es sich aus deren Sicht um 'normale Waschvorgänge' gehandelt hat, hätte sie sich auch mit den übrigen von ihr festgestellten Tatumständen auseinandersetzen müssen. Insbesondere hätte es der Erörterung bedurft, daß sich die Zeugin gemeinsam mit dem Angeklagten und M. M. in einer Duschkabine und vor allem in der Badewanne aufhielt. Die Annahme, daß es sich gleichwohl aus der Sicht der Zeugin um unbedeutende, alltägliche und (auch) daher nicht erinnerbare Vorgänge handelt, erscheint fernliegend und hätte jedenfalls eingehender Begründung bedurft.

4. Die Jugendschutzkammer geht davon aus, daß die Angaben von A. E. von deren Bemühung um wahrheitsgemäße Angaben gekennzeichnet sind. Wenn daher ihre Angaben zum Kern der Anklagevorwürfe nicht auf Erinnerungslosigkeit beruhen würden, könnte die Verurteilung nicht darauf gestützt werden, daß die sie tragenden Aussagen von M. M., die in Widerspruch zu den Angaben von A. E. stehen, ebenfalls als wahrheitsgemäß zu beurteilen sind. ...“[301]

Widersprüche in der Beweiswürdigung können das Fehlen eigener Sachkunde erkennen lassen:

" ... 2. Der Verfahrensrüge eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 4 StPO liegt folgender Ablauf zugrunde:

Die Geschädigte wurde am 5. Februar 2008 polizeilich zur Sache vernommen, äußerte sich bei dieser Gelegenheit aber nicht detailliert zu einzelnen Vorfällen. Nach Beauftragung einer Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft fand am 3. Juli 2008 ein zweistündiges aussagepsychologisches Explorationsgespräch in Anwesenheit der Mutter der Geschädigten statt. Auf der Grundlage dieser Exploration erstattete die Sachverständige ihr vorläufiges schriftliches Gutachten, dem ein Wortprotokoll der Exploration beigefügt war. Die Hauptverhandlung begann am 27. Mai 2009. In ihrem Verlauf wurden ein Polizeibeamter zum Inhalt der Vernehmung vom 5. Februar 2008 und die Sachverständige zum Inhalt der Äußerungen bei der Exploration am 3. Juli 2008 vernommen; die Geschädigte selbst hat bei ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung sodann 'ihre Angaben gegenüber der Sachverständigen im We-

301 BGH, Beschluss vom 05.11.1998 - 1 StR 577/98

sentlichen bestätigt' (UA S. 23), wobei allerdings "'wie schon bei der Sachverständigen … kaum ein Bericht in freier Rede zu erhalten (war)' (ebd.). Danach erstattete die Sachverständige ihr Gutachten zur Frage der Glaubhaftigkeit der Aussage der Geschädigten.

Im Anschluss daran stellte die Verteidigerin den **Beweisantrag, ein weiteres aussagepsychologisches Gutachten zur Glaubhaftigkeit der Angaben der Geschädigten einzuholen. Zur Begründung führte der Antrag aus, das Gutachten der Sachverständigen Dr. U. weise 'qualitative Mängel in Bezug auf die Fragetechnik sowie die Analyse der speziellen Aussagetüchtigkeit, Aussageentstehung und -entwicklung sowie der Prüfung motivationaler Faktoren für eine Falschaussage auf'. Der Antrag legte im Folgenden anhand von Auszügen aus dem Wortprotokoll der Exploration dar, die Sachverständige habe die Befragung der damals 10jährigen Zeugin in Form sog. 'geschlossener' Fragen oder unter Vorgabe mehrerer Antwortmöglichkeiten durchgeführt, wobei das Kind in zahlreichen Fällen Vorgaben der Sachverständigen nur einsilbig oder durch zustimmende Laute bestätigt habe. Dies sei aussagepsychologisch fehlerhaft gewesen, da es suggestive Wirkungen haben und die Erinnerung der kindlichen Zeugin in Richtung auf bestimmte Ergebnisse habe verändern können. Dies habe sich auch auf die Vernehmung der Geschädigten in der Hauptverhandlung auswirken können. Diese suggestiven Effekte und Besonderheiten bei Aussageentstehung und -entwicklung seien im Gutachten der Sachverständigen nicht berücksichtigt worden; es weise daher erhebliche qualitative Mängel auf und entspreche nicht den in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Anforderungen an aussagepsychologische Gutachten** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, die Kammer verfüge selbst über die erforderliche Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO). Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen sei Aufgabe des Gerichts; ein aussagepsychologisches Gutachten könne nur eine zusätzliche Entscheidungshilfe sein. Der Beschluss führte sodann aus: 'Besondere Umstände, die im vorliegenden Fall die Hinzuziehung eines Sachverständigen erfordern würden, sind nicht ersichtlich. Die Kammer hat allein zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung die … Sachverständige U. zur Hauptverhandlung hinzugezogen, zumal ihr hinsichtlich der Angaben der Zeugin … im Rahmen der Exploration zwecks Überprüfung der Aussagekonstanz ohnehin die Funktion einer Zeugin zufiel.'

In den Urteilsgründen hat das Landgericht eine ausführliche Würdigung der Aussage der Geschädigten vorgenommen und diese als glaubhaft angesehen. Abschließend hat es ausgeführt: 'Hinsichtlich der Bewertung der Zuverlässigkeit der Bekundungen der Zeugin … hat sich die Kammer auch der Beratung durch die ihr aus vielen Verfahren als zuverlässig bekannte, forensisch erfahrene Sachverständige Dr. U. bedient. Diese ist auf dem Hintergrund ihrer umfassenden Exploration sowie ihrer Eindrücke aus der Hauptverhandlung zu dem Schluss gelangt, die Angaben der Zeugin seien aus aussagepsychologischer Sicht einschränkungslos als erlebnisfundiert zu beurteilen. Dem schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung aus den dargelegten Gründen an' (UA S. 28).

3. Diese Verfahrensweise war rechtsfehlerhaft; es ist nicht auszuschließen, dass sich der Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat.

a) Der Beweisantrag der Verteidigerin zielte auf die Vernehmung eines weiteren Sachverständigen ab (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO) und stützte sich zur Begründung auf die Darlegung methodischer und inhaltlicher Mängel des von der Sachverständigen Dr. U. erstatteten Gutachtens. Demgegenüber bezog sich der den Antrag zurück-

weisende Beschluss nicht auf einen Ablehnungsgrund gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO, sondern beschränkte sich auf den Ablehnungsgrund eigener Sachkunde gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO. Aus dem Zusammenhang des Ablehnungsbeschlusses ergibt sich, dass der Tatrichter die vom Beweisantrag aufgeworfene Frage der methodischen Mangelhaftigkeit des von der Sachverständigen erstatteten Gutachtens mit der Begründung dahinstehen lassen wollte, schon die Erstattung des ersten Gutachtens sei gar nicht erforderlich gewesen und nur deshalb erfolgt, weil die Sachverständige schon von der Staatsanwaltschaft beauftragt worden war und ohnehin als Zeugin zu vernehmen gewesen sei. Insofern konsequent hat der ablehnende Beschluss daher die substantiierten Einwendungen des Beweisantrags gegen die Qualität des (vorbereitenden) Gutachtens weder erörtert noch überhaupt erwähnt.

b) Ein solches Vorgehen ist zwar nicht von vornherein rechtsfehlerhaft. Wenn der Tatrichter der Ansicht ist, bereits die (vollzogene) Einholung eines ersten Sachverständigengutachtens sei überflüssig gewesen, da er unabhängig von diesem Gutachten über hinreichende eigene Sachkunde verfüge, kommt es für die Ablehnung eines Antrags auf Einholung eines weiteren Gutachtens auf die Voraussetzungen des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO unter Umständen nicht an. Das setzt freilich voraus, dass den Bekundungen des ersten, bereits vernommenen Sachverständigen nach Auffassung des Gerichts unabhängig von möglichen qualitativen Mängeln keine Bedeutung für die Beweiswürdigung zukommt, weil das Gericht schon dieses Gutachten wegen ausreichender eigener Sachkunde nicht hätte einholen müssen. In diesem Fall erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der in einem Beweisantrag behaupteten Mangelhaftigkeit des Erstgutachtens oder der Überlegenheit der Forschungsmittel eines anderen Sachverständigen. Es handelt sich dann zwar nicht um eine auf den Ablehnungsgrund der - tatsächlichen - Bedeutungslosigkeit gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützte Ablehnung, da das - nach Auffassung des Gerichts überflüssige - Erstgutachten bereits erstattet und das beantragte weitere Gutachten nicht für die Entscheidung ohne Bedeutung ist. Der Sache nach ist die Ablehnung der beantragten Einholung eines Zweitgutachtens aber in der hier vorliegenden besonderen Konstellation dem Ablehnungsgrund der (tatsächlichen) Bedeutungslosigkeit einer Beweisbehauptung verwandt. Wie in jenem Fall in der Ablehnung des Beweisantrags eine konkludente Zusage des Gerichts liegt, den unter Beweis gestellten Tatsachen nicht nachträglich entgegen den Gründen des Ablehnungsbeschlusses doch Bedeutung zuzumessen (vgl. BGH NStZ 1988, 38; 1994, 195; BGH StV 1997, 338; Meyer-Goßner StPO 52. Aufl. § 244 Rdn. 56; Fischer in KK-StPO 6. Aufl. § 244 Rdn. 146; Becker in LR 26. Aufl. § 244 Rdn. 227; Eisenberg Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. Rdn. 216 a; jeweils m.w.N.), kann die substantiiert geltend gemachte Fehlerhaftigkeit eines Sachverständigengutachtens nur dann dahinstehen, wenn es auf das Ergebnis des Gutachtens für das Beweisergebnis in keiner Richtung ankommt. Wenn also das Gericht, wie hier, den auf Mängel des Erstgutachtens gestützten Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens allein mit der Begründung ablehnt, es verfüge selbst über die erforderliche Sachkunde, und sich mit den geltend gemachten Mängeln nicht auseinandersetzt, bezieht sich diese Begründung nach dem Empfängerhorizont des Antragstellers nicht allein auf das beantragte Zweitgutachten, sondern notwendig auch auf die Beweisbedeutung des Erstgutachtens: Auf dessen Fehlerhaftigkeit kann es nur dann nicht ankommen, wenn der Tatrichter es im Hinblick auf seine eigene Sachkunde seinen Feststellungen nicht zugrunde legt. Umgekehrt wird es daher regelmäßig ausgeschlossen sein, Schlussfolgerungen zur Beweiswürdigung ohne nähere Erörterung auf ein Gutachten zu stützen, dessen in einem Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO geltend gemachte methodische Mangelhaftigkeit das Gericht ausdrücklich oder konkludent hat dahinstehen lassen.

c) So liegt es hier. Der Beweisantrag der Verteidigerin hat substantiiert methodische Mängel des Erstgutachtens und deren mögliche, nach aller Erfahrung sogar nahe

liegende Folgewirkungen für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung dargelegt. Wenn der Tatrichter die Frage der Mangelhaftigkeit des Gutachtens nicht offen lassen wollte, hätte er sich in dem ablehnenden Beschluss mit den Argumenten des Antrags im Einzelnen auseinander setzen müssen. Wenn er hierauf verzichtete, durfte er seine Beweiswürdigung in den Urteilsgründen nicht gerade auch auf das Gutachten stützen. Entgegen der u.U. noch missverständlich erscheinenden Begründung des Ablehnungsbeschlusses hat das Landgericht die Überzeugung von der 'einschränkungslosen' Richtigkeit der Bekundungen der Geschädigten aber ausdrücklich auch auf das aussagepsychologische Gutachten der 'als zuverlässig bekannten' Sachverständigen gestützt (UA S. 28). Im Übrigen hat es auch die Feststellung der die Glaubhaftigkeit der Geschädigten stützenden Aussagekonstanz auf die Bekundungen der Sachverständigen gestützt, ohne die diesbezüglichen Einwendungen des Beweisantrags erkennbar zu berücksichtigen.

Hierin liegt ein Widerspruch zu der Ablehnungsbegründung, mit welchem der Beschwerdeführer nicht rechnen musste. Er konnte sich vielmehr nach der Begründung des Ablehnungsbeschlusses darauf verlassen, dass das Landgericht die geltend gemachten - sich nach dem Wortlautprotokoll der Exploration in der Tat aufdrängenden - methodischen Fehler des Gutachtens als solche erkannt habe und das Gutachten daher - im Hinblick auf seine eigene Sachkunde - seinem Urteil nicht zugrunde legen würde. Andernfalls hätte das Landgericht den Angeklagten auf seine abweichende oder geänderte Beurteilung hinweisen und die geltend gemachten Mängel in den Urteilsgründen erörtern müssen; bei Erneuerung des Beweisantrags hätte es einer gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO substantiierten Begründung bedurft, wenn ein Zweitgutachten nicht eingeholt werden sollte.

Die Urteilsgründe, die sich auf das Gutachten der Sachverständigen Dr. U. stützen, ohne die von der Verteidigung zu Recht problematisierte, wissenschaftlichen Standards kaum entsprechende suggestive Befragungstechnik zu thematisieren, stehen damit im Widerspruch zur Ablehnung des Beweisantrags.

d) Auf dem Verfahrensfehler beruht das Urteil auch, soweit es die Feststellung der vom Angeklagten bestrittenen Fälle betrifft. Das Landgericht hat seine Beweiswürdigung ausdrücklich auf die Feststellung der "Aussagekonstanz" sowie auf die "Beratung durch die als zuverlässig bekannte Sachverständige" gestützt; soweit es eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat, ist aus den Urteilsgründen nicht erkennbar, dass es sich der Problematik der Aussageentwicklung, auch im Hinblick auf das Kriterium der Konstanz, bewusst war. ..."[302]

In die gleiche Richtung:

" ... Die durch das Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Im Fall 3 referiert das Landgericht lediglich die Einschätzung der von der Staatsanwaltschaft bereits im Ermittlungsverfahren beauftragten und in der Hauptverhandlung angehörten aussagepsychologischen Sachverständigen, dass sie hinsichtlich der Bekundungen der Nebenklägerin zu dieser Tat die Feststellung einer Erlebnisfundierung nicht treffen könne, da die Aussage insoweit nicht detailliert genug sei. Wenn die Strafkammer dessen ungeachtet der Aussage der Nebenklägerin auch hinsichtlich dieses Tatvorwurfs folgt, muss sie die Einwände der Sachverständigen deutlich machen und sich mit ihnen auseinandersetzen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Strafkammer ihrer Beweiswürdigung das von ihr für nachvoll-

302 BGH, Beschluss vom 27.01.2010 - 2 StR 535/09

> ziehbar, widerspruchsfrei und aktuellen wissenschaftlichen Anforderungen genügend gehaltene Sachverständigengutachten nicht zugrunde gelegt hat, nachdem sie zuvor einen Antrag der Verteidigung auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens unter Hinweis auf eigene Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) abgelehnt hatte. Angesichts der vorliegenden Aussage-gegen-Aussage-Konstellation hätte das Landgericht im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung alle möglicherweise entscheidungsbeeinflussenden Umstände, so auch den genannten, in seine Überlegung einbeziehen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 1998 - 1 StR 94/98, BGHSt 44, 153, 158 f., Beschlüsse vom 16. Juli 2009 - 5 StR 84/09 - und vom 27. April 2010 - 5 StR 127/10, jeweils mwN). Der Rechtsfehler kann Auswirkungen auf die Beurteilung der Erlebnisbegründetheit der auch im Übrigen knappen Bekundungen der Nebenklägerin haben. Der Senat hebt deshalb das Urteil insgesamt auf, um dem neuen Tatgericht eine umfassende Beweiswürdigung zu ermöglichen. ..."[303]

Es gibt immer ein Aber, z.B. wenn das Urteil nicht Urteil nicht auf der fehlenden Sachkunde beruht:

> "... Die (zulässig erhobene) Verfahrensrüge greift nicht durch. Das Landgericht durfte zwar den Beweisantrag auf Einholung eines psychologischen Gutachtens zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Belastungszeugin E. nicht unter Berufung auf eigene Sachkunde ablehnen; denn in der Person der Zeugin lagen besondere Umstände vor, deren Würdigung eine spezielle Sachkunde erforderte, die dem Gericht nicht zur Verfügung steht (vgl. nur BGH, Beschluss vom 23. Mai 2012 - 5 StR 174/12, NStZ-RR 2012, 343, 354). Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den bei der Zeugin festgestellten, auf den übermäßigen Genuss von Alkohol zurückzuführenden Gehirnschwund, bei dem nach Angaben einer hierzu vernommenen psychiatrischen Sachverständigen mit „kognitiven" Einschränkungen gerechnet werden kann, wobei diese aber nicht zwingend seien. Hinzu kommt - worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist -, dass die Zeugin unmittelbar nach den Taten zu II.2 und II.3 bzw. II.4 bei Atemalkoholtests eine Blutalkoholkonzentration von 2,37 bzw. 3,22 Promille aufwies und bei diesem Grad von Alkoholisierung die Fähigkeit von Zeugen, Sachverhalte zutreffend aufzunehmen, beeinträchtigt gewesen sein kann (BGH StV 1990, 289). Auf der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags beruht aber das angefochtene Urteil nicht. Dies ist auszuschließen, wenn die Wahrnehmungsfähigkeit und Aussagetüchtigkeit der Aussageperson auf andere Weise festzustellen ist, etwa weil sich - wie hier der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift im Einzelnen ausgeführt hat - aus den Urteilsgründen ergibt, dass deren Angaben durch andere Beweismittel unterstützt werden (BGH, Beschluss vom 30. Juli 2009 - 3 StR 270/09). ..."[304]

Weiterer Sachverständiger - § 244 IV 2 StPO

Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen drängt sich immer wieder in einer Vielzahl von Verfahren geradezu auf. Erfindungsreich ist die tatrichterliche Rechtsprechung - entgegen der „zentralen Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit“ - nicht selten, wenn es darum geht, diesbezügliche Beweisanträge abzulehnen.[305] Die Regelungen sollen verfassungsrechtlich unbedenklich sein:

> " ... § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO trägt der zentralen Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit im Strafverfahren hinreichend Rechnung. Die Vorschrift greift auch nicht in den garantierten Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen des Angeklagten ein. Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen darf danach ab-

303 BGH, Beschluss vom 22.05.2012 - 5 StR 15/12
304 BGH, Urteil vom 05.03.2014 - 2 StR 503/13
305 dazu ebenfalls die „kurze“ Übersicht in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. A., Rz. 75 ff zu § 244

gelehnt werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt. Die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kann auch abgelehnt werden, wenn durch das Erstgutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist. Diese Begrenzung des Einflusses, den der Angeklagte auf Inhalt und Umfang der gerichtlichen Sachaufklärung nehmen kann, ist verfassungsrechtlich hinnehmbar. Müsste das Gericht allen Anträgen des Angeklagten auf weitere Sachaufklärung nachgehen, gewänne der Angeklagte einen Einfluss auf Dauer und Umfang des Verfahrens, der über das zu seiner Verteidigung Gebotene hinausginge und dazu führen könnte, dass die rechtsstaatlich geforderte Beschleunigung des Strafverfahrens ernstlich gefährdet wäre (vgl. BVerfGE 63, 45 <68 f.>). ..."[306]

Anforderungen an Beweisanträge

Anträge auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen müssen zur Vermeidung von Darlegungsmängeln bestimmte Tatsachenbehauptungen gestützt werden:

Dazu aktuell:

„ … Es kann letztlich dahinstehen, ob die Rüge, das Landgericht habe bei der Ablehnung des Antrags auf Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens zur Glaubhaftigkeit der Angaben der Geschädigten gegen § 244 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 2 StPO verstoßen, deshalb unzulässig ist, weil zu einer Einwilligung der Geschädigten in eine Exploration nichts vorgetragen worden ist. Die Verfahrensbeanstandung erweist sich jedenfalls aus den zutreffenden Gründen der Zuleitungsschrift des Generalbundesanwalts als unbegründet. Soweit der Senat in früheren Entscheidungen (vgl. Beschlüsse vom 8. Januar 2013 - 1 StR 602/12 und vom 5. Oktober 2004 - 1 StR 284/04) einen Sachvortrag zur Einwilligung der zu begutachtenden Person in die Untersuchung für erforderlich gehalten hat, hält er hieran jedenfalls für die Fälle, in denen das Tatgericht den Antrag auf Begutachtung wegen eigener Sachkunde abgelehnt hat, aus den Gründen der Beschlüsse des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 21. August 2014 (3 StR 208/14 Rn. 4) und des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 16. Februar 2021 (4 StR 517/20 Rn. 6) nicht fest. ..."[307]

Davor schon:

" ... Das gilt im Ergebnis auch für die Verfahrensrügen, das Landgericht habe **Hilfsbeweisanträge der Verteidigung, zur Beurteilung der Bißspuren am Körper der Getöteten und zur Prüfung der Schuldfähigkeit des Angeklagten jeweils einen weiteren Sachverständigen zu hören** (Anmerkung des Verf.: erfolglos), zu Unrecht wegen eigener Sachkunde abgelehnt.

In der Rechtsprechung ist grundsätzlich anerkannt, daß sich der Tatrichter bei der Ablehnung eines Beweisantrags, einen weiteren Sachverständigen hinzuzuziehen, auf eigene Sachkunde berufen kann, die er durch ein in der Hauptverhandlung bereits erstattetes Gutachten erworben hat (BGH, Urteile vom 6. Juni 1972 - 1 StR 116/72 bei Dallinger MDR 1972, 925; vom 23. April 1974 - 5 StR 41/74 bei Dallinger MDR 1975, 24; vom 18. November 1975 - 1 StR 633/75; vom 26. Februar 1980 - 5 StR 681/79 bei Pfeiffer NStZ 1982, 189; vom 2. September 1981 - 3 StR 222/81). Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob - was nahe liegt - dieser Grund für die Ablehnung eines Beweisantrags ausscheidet, wenn einer der in § 244 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 StPO ange-

306 BVerfG, Beschluss vom 06.08.2003 - 2 BvR 1071/03: Worum es eigentlich geht, wird klar und deutlich zwischen den Zeilen zum Ausdruck gebracht. Der Einfluss von Angeklagten auf den Umfang ihrer Verteidigung soll begrenzt werden.

307 BGH, Beschluss vom 12.01.2024 -1 StR 411/23

führten Fälle gegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 1974 - 5 StR 41/74; Kleinknecht/ Meyer, StPO 36. Aufl. § 244 Rdn. 76) oder der Tatrichter bei einem entsprechenden Vorbringen einen solchen Fall (hier: überlegene Forschungsmittel der weiteren Sachverständigen) nicht ausschließt. Denn die Hilfsanträge der Verteidigung sind keine förmlichen Beweisanträge, bei deren Ablehnung das Landgericht an die Gründe des § 244 Abs. 3 und 4 StPO gebunden gewesen wäre. Vielmehr handelt es sich, soweit sie nicht ohnehin nur prozessuale Fragen betreffen, um Beweisermittlungsanträge, wie sich aus dem Fehlen bestimmter Tatsachenbehauptungen ergibt. Diese Anträge konnte das Landgericht auf der Grundlage der schon erstatteten Gutachten und des Ergebnisses der übrigen Beweisaufnahme im Urteil ablehnen, ohne seine Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu verletzen.

Die Verteidigung hat **nicht dargelegt**, in welcher Hinsicht das Gutachten des Sachverständigen Dr. Dr. F über die Bißspuren unrichtig sei. Die Bißspuren waren auch nur eines von mehreren Indizien, auf Grund derer der Angeklagte der Tat überführt worden ist. Er wird insbesondere durch das Ergebnis der kriminaltechnischen Untersuchung belastet, die andere Spuren betrifft. Der Sachverständige Prof. Dr. Dr. A–Z ist bei seinen Ausführungen über die Schuldfähigkeit des Angeklagten nach der Überzeugung der Strafkammer von richtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen. Er hat dessen mögliche erbliche Belastung und die Krebserkrankung in die Prüfung einbezogen. Nach seinem Gutachten ist der schon öfter, einmal auch wegen Vergewaltigung vorbestrafte Angeklagte, der bei testpsychologischen Untersuchungen einen Intelligenzquotienten von 109/110 erreichte, in neurologischer, psychischer und charakterologischer Hinsicht nicht auffällig. Unter diesen Umständen brauchte es sich dem Landgericht nicht aufzudrängen, die beantragten weiteren Gutachten einzuholen. ..."[308]

Weiterer Sachverständiger

Der Begriff des weiteren Sachverständigen wird ggf. weit gefasst. Zu klären ist, ob es sich um einen Vertreter einer anderen Fachrichtung handelt:

" ... Die Ablehnung eines **Hilfsbeweisantrages, mit dem die Staatsanwaltschaft für den Fall des (beabsichtigten) Freispruchs wegen 'nicht ausreichender Glaubhaftigkeit der Angaben der Zeugin A.' die 'Erhebung eines rechtsmedizinischen Sachverständigengutachtens zu der Frage der Vereinbarkeit der medizinischen Befunde mit den Angaben der Zeugin A.'** (Anmerkung des Verf.: erfolglos) **beantragt** hatte, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Hilfsbeweisantrag richtete sich auf die Vernehmung eines weiteren Sachverständigen, nachdem das Landgericht zu dem Beweisgegenstand bereits den Chefarzt der Gynäkologie des Vinzentius-Krankenhauses in L./P. als Sachverständigen gehört hatte (vgl. UA 34 f.). Gegenüber dem Gynäkologen ist ein Rechtsmediziner in bezug auf die Beurteilung körperlicher Befunde nach einer Vergewaltigung kein Vertreter einer anderen Fachrichtung (vgl. BGHSt 34, 355, 356 f.), sondern 'weiterer' Sachverständiger. Deshalb durfte das Landgericht den Antrag ablehnen, wenn nicht einer der Ausnahmegründe des § 244 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. StPO vorlag. Diese hat das Landgericht mit zutreffender Begründung verneint. ..."[309]

Ein weiterer Sachverständiger kann auch der Angehörige einer der anderen Fachrichtung sein:

" ... Das Landgericht hat den für den Fall der Verurteilung wegen Mordes gestellten

308 BGH, Beschluss vom 18.07.1983 - 3 StR 246/83
309 BGH, Urteil vom 25.07.1996 - 4 StR 228/96

Hilfsantrag der Verteidigung, einen Psychologen zu der Behauptung zu hören, der Angeklagte habe infolge seiner hochgradigen Erregung im Tatzeitpunkt die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tathandlung nicht erfassen und die Besonderheit der Situation nicht ausnutzen können (Anmerkung des Verf.: erfolglos), mit Recht nach § 244 Abs. 4 StPO abgelehnt. Zu der Frage war in der Hauptverhandlung bereits ein Psychiater als Sachverständiger gehört worden. Der Antrag auf Hinzuziehung eines Psychologen war nach dem Beweisthema ein Antrag auf Anhörung eines "weiteren" Sachverständigen im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO. Die gegenteilige Auffassung des Beschwerdeführers vermag der Senat nicht zu teilen.

Zu Unrecht beruft sich die Revision auf die in der Literatur (Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 720; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 306 Fn. 923) vertretene Auffassung, "weiterer" Sachverständiger im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO sei nur ein Gutachter, der sich zu derselben Beweisfrage als Vertreter derselben wissenschaftlichen Fachrichtung äußern solle. Die für das Fehlen dieser Voraussetzung genannten Beispiele - Antrag auf Anhörung eines Chemikers zur Widerlegung des Gutachtens eines Schriftsachverständigen (RG JW 1931, 949); Antrag auf Zuziehung eines medizinischen Sachverständigen zur Frage der Anpassung des Auges an die durch einen technischen Sachverständigen vermittelten Beleuchtungsverhältnisse (Alsberg/Nüse/Meyer aaO) - zeigen, daß mit dem aufgestellten Grundsatz keine Differenzierung für die Bereiche vorgenommen werden sollte, in denen sich die Kompetenz von Sachverständigen verschiedener Fachrichtungen zur Beurteilung eines Sachverhalts überschneidet und deshalb das bei der Auswahl freie Gericht sich ohne Verstoß gegen seine Aufklärungspflicht für einen Sachverständigen der einen oder anderen wissenschaftlichen Disziplin entscheiden konnte. In derartigen Fällen kann nicht zweifelhaft sein, daß der Antrag auf zusätzliche Anhörung eines Gutachters der anderen Fachrichtung auf die Hinzuziehung eines "weiteren" Sachverständigen gerichtet ist. Die gegenteilige Auffassung würde darauf hinauslaufen, dem Gericht gerade bei einfachen Fragen Sachverständige aller in Betracht kommenden Fachrichtungen aufzuzwingen, obwohl die anzuwendenden Methoden sich nicht unterscheiden oder wegen ihrer Gleichwertigkeit zu denselben Ergebnissen führen müssen. Das stünde in Widerspruch zu der Regelung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO, die die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl dem Gericht vorbehält; dazu gehört auch die Entscheidung, welcher Fachrichtung der zuzuziehende Sachverständige angehören soll (Paulus in KMR - Stand 1986 - § 73 StPO Rdn. 5; Kleinknecht/Meyer, StPO 37. Aufl. § 73 Rdn. 5). Nach dem Sinn und Zweck des § 244 Abs. 3 und 4 StPO besteht in solchen Fällen kein Anlaß, das Gericht bei der Ablehnung entsprechender Anträge auf die Gründe des § 244 Abs. 3 StPO zu beschränken. Die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger der für die Beantwortung der konkreten Beweisfrage gleichermaßen kompetenten Fachrichtungen kann vielmehr ohne Beeinträchtigung der Belange der Verfahrensbeteiligten auch aus den Gründen des § 244 Abs. 4 StPO abgelehnt werden. Insbesondere die Verpflichtung des Gerichts, im Einzelfall einer anderen Fachrichtung zur Verfügung stehende überlegene Forschungsmittel zu nutzen, trägt den Interessen des Antragstellers hinreichend Rechnung. Nur wenn der zusätzlich benannte Sachverständige - wegen seiner speziellen Fachausbildung oder aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen Hilfsmittel - unter den gegebenen Umständen zusätzliche Erkenntnisse vermitteln kann, besteht Anlaß, ihn einem zu der Beweisfrage bereits gehörten kompetenten anderen Gutachter zur Seite zu stellen.

Die Frage, ob zur Beurteilung der Schuldfähigkeit eines Angeklagten bei nicht krankhaften Zuständen ein Psychiater oder ein Psychologe hinzuzuziehen ist, bleibt nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters überlassen (BGH NJW 1959, 2315; BGH, Beschl. v. 13.7.1984 - 1 StR

351/84 - bei Holtz MDR 1984, 982; vgl. auch BGHSt 23, 8, 12; BGH, Urt. v. 6.3.1986 - 4 StR 681/85 - bei Holtz MDR 1986, 622). Es besteht kein Anlaß, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Der Streit unter den Vertretern der beiden Disziplinen um die Kompetenz für diesen Grenzbereich (vgl. BGH NJW aaO) dauert bis heute an (vgl. die Nachweise bei Gollwitzer aaO Rdn. 81 Fn. 145). Nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion kann jedenfalls keine Rede davon sein, daß dem Psychiater im Regelfall die Sachkunde für die Beurteilung der hier in Rede stehenden Fragen abzusprechen wäre. Die Revision macht sich die Argumente der Psychologen zu eigen, ohne sich mit denen der Gegenauffassung (vgl. z.B. Rauch in NStZ 1984, 497) auseinanderzusetzen.

Auch der Hinweis der Revision, der abgelehnte Hilfsbeweisantrag habe nicht die Schuldfähigkeit, sondern die subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke betroffen, ist unerheblich. Soweit es - wie hier - um die Auswirkungen von etwaigen Beeinträchtigungen der Schuldfähigkeit auf die innere Tatseite geht, gilt für die Kompetenz des Sachverständigen nichts anderes als bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit selbst. Beide Aspekte sind in tatsächlicher Hinsicht untrennbar miteinander verknüpft.

Daß dem in dem abgelehnten Beweisantrag benannten psychologischen Sachverständigen für die Beurteilung der zu beantwortenden Beweisfrage überlegene Forschungsmittel zur Verfügung gestanden hätten, ist nicht im einzelnen vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich. Der bloße Hinweis auf zahlreiche Veröffentlichungen zur Psychologie der Affekthandlung und große einschlägige Erfahrung reicht dazu nicht aus (BGHSt 23, 176, 186).

Schließlich bestand auch aus dem Gesichtspunkt der richterlichen Aufklärungspflicht kein Anlaß zur Hinzuziehung eines Fachpsychologen. Der Fall weist keine Besonderheiten auf, die dem Gericht die Anhörung eines weiteren Sachverständigen hätten aufdrängen müssen. ..."[310]

Ebenso:

„ … Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision rügt mit Erfolg, das Landgericht habe § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO verletzt.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts reiste der Angeklagte im Sommer 1990 in die Bundesrepublik ein und beantragte Asyl. Da er Deutschland auf keinen Fall wieder verlassen wollte, suchte er eine deutsche Frau. Auf einen Zeitungsbericht meldete sich Frau H. Da der Angeklagte kaum deutsch sprach, dolmetschte der mit ihm befreundete P., der zeitweise im Zimmer des Angeklagten in der Sammelunterkunft lebte. Frau H. fühlte sich nach kurzer Zeit zu P. hingezogen. Aus Wut, daß P. ihm die Freundin 'ausgespannt' hatte, tötete der Angeklagte ihn. Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt Mitte August schlug er mit einem Beil mehrfach auf Kopf und Hals des P. ein, der im Zimmer des Angeklagten auf dem Bett lag. Die Leiche des P. warf der Angeklagte in die Hauskläranlage, wo sie am 23. September 1991 gefunden wurde.

2. Das Landgericht stützt seine Überzeugung, daß der Angeklagte den P. in seinem Zimmer mit einem später auf dem Spitzboden des Hauses gefundenen Beil erschlagen hat, u.a. darauf, daß das gefundene Beil seiner Beschaffenheit nach die Verletzungen des P. verursacht haben kann. An dem Beil waren Blutspuren und schwarze krause Haare, wie sie P. gehabt hatte. Ebenfalls wurden auf dem Spitzboden ein mit

310 BGH, Urteil vom 21.04.1987 - 1 StR 77/87

Blut durchtränkter Matratzenbezug vom Bett des Angeklagten und ein mit Blut bespritztes T-Shirt gefunden. Die Blutgruppe des Getöteten konnte nicht vollständig ermittelt werden; die Blutspuren an den aufgefundenen Gegenständen können von ihm stammen, aber nicht vom Angeklagten. Dies gilt auch für Blutspuren an einem Ledersessel und an einem Fußbodenbrett im Zimmer des Angeklagten. Eine DNA-Analyse hat ergeben, daß die Blutspuren am Beil, am Matratzenbezug und am T-Shirt auf dieselbe Person hindeuten, aber nicht vom Angeklagten stammen können. Ob diese Spuren vom Getöteten stammen, hat mit dem Mittel der DNA- Analyse nicht erwiesen werden können. Denn aus dem Muskel- und Nierengewebe des Getöteten konnte DNA nicht in ausreichender Menge gewonnen werden.

3. Der Verteidiger des Angeklagten hatte daraufhin **beantragt, ein Sachverständigengutachten einzuholen: Der Vergleich der DNA, die einerseits aus den Blutspuren am Beil, am Bezugsstoff und am T-Shirt und andererseits aus Körpersubstanzen des Leichnams, insbesondere aus den mazerierten Knochen und asservierten Haaren zu gewinnen sei, werde ergeben, daß alle Blutspuren von einer anderen Person als dem Getöteten stammen** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei bereits erwiesen und dazu ausgeführt:

'Der Sachverständige Dr. Hi. hat in der Hauptverhandlung sowohl das asservierte Beil als auch den von ihm präparierten Schädel wie die oberen Halswirbel in Augenschein genommen. Nach seinen Ausführungen hat er unter Berücksichtigung der bei der Obduktion am Schädel vorgefundenen Wunde, bei der es sich um zwei Einzelverletzungen von 8 bzw. 6 cm Länge handelte, keinen Zweifel, daß dem Toten die Schädelverletzungen mit dem asservierten Beil, dessen Schneide 7,5 cm breit ist, zugefügt werden konnten. Der ebenfalls anwesende Sachverständige Dr. B. hat sich dem angeschlossen. Dieser Sachverständige hat nach seinen Bekundungen in der Hauptverhandlung am von ihm untersuchten Beil schwarze, krause, kurze Haare sichergestellt. Außerdem wurde durch ihn am Beil Blut sichergestellt und anschließend untersucht mit dem Ergebnis, daß dieses Blut vom Toten stammen kann. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. G. hat er ein DNS- Fingerprinting an Blutspuren vom T-Shirt, vom Bezugsstoff und von der Axt durchgeführt. Danach kommt als Urheber der Spuren an den genannten Objekten dieselbe Person in Betracht ... Hinzu kommt, daß nach den Bekundungen des Sachverständigen Dr. Sch. bisher noch nicht versucht wurde, wie vom Verteidiger beantragt, aus mazerierten Knochen DNA zu gewinnen. Das Gericht ist nicht gehalten, sich auf derartig unerprobte und unerforschte Untersuchungsmethoden einzulassen ...'.

3. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, daß es sich bei dem von der Verteidigung gestellten Antrag um einen Beweisantrag handelt, der auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen gerichtet ist.

aa) Allerdings lag es fern, daß nach dem 13. August 1991 ein anderer als P. mit einer zumindest ähnlichen Blutgruppe und kurzem, schwarzem, krausem Haar im Zimmer des Angeklagten mit dem Beil am Kopf verletzt worden ist. Da sich das Landgericht selbst bemüht hatte, die Blutspuren an den gefundenen Gegenständen auf ihre Herkunft untersuchen zu lassen, und da diese Frage durch die vom Landgericht gehörten Sachverständigen nicht abschließend geklärt worden war, läßt sich indessen seitens des Revisionsgerichts nicht feststellen, es liege lediglich eine aus der Luft gegriffene Behauptung und damit ein nach Maßgabe von § 244 Abs. 2 StPO zu behandelnder Beweisermittlungsantrag (vgl. Beschluß des Senats vom 10. November 1992 -

5 StR 474/92 - m.w.N., zur Veröffentlichung bestimmt) vor.

bb) Der Beweisantrag der Verteidigung war nach dem Beweisthema ein Antrag auf Anhörung eines 'weiteren' Sachverständigen im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO. Er betraf die Beweisfrage, von wem die Blutspuren am Beil, am Bezugsstoff, am T-Shirt und im Zimmer des Angeklagten stammten. Zu dieser Frage hatte das Landgericht durch die Anhörung von drei Sachverständigen (Dr. B., Dr. G., Dr. Sch.) Beweis erhoben. Daß sich der Antrag der Verteidigung auf ein anderes Untersuchungsmaterial vom Getöteten bezog, ändert nichts an der Beweisfrage.

Unerheblich ist auch, daß der Sachverständige Dr. B. die Beweisfrage mit einer Blutgruppenbestimmung zu beantworten versucht hat. In Bereichen, in denen sich die jeweilige Kompetenz von Sachverständigen verschiedener Fachrichtungen zur Beurteilung eines Sachverhalts überschneidet und das Gericht deshalb bei der Entscheidung über die Fachrichtung des zu bestellenden Gutachters frei ist, kann 'weiterer' Sachverständiger im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO auch der Angehörige einer anderen Fachrichtung sein (BGHSt 34, 355, 357). Soweit es darum geht, eine Person als Verursacher von Blutspuren auszuschließen, ist ein Blutgruppensachverständiger in gleichem Maße kompetent wie ein DNA-Sachverständiger.

b) Fehlerhaft ist aber die Ablehnung des Beweisantrags.

aa) Mit der Begründung, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei durch die früheren Gutachten bewiesen, darf die Einholung eines weiteren Gutachtens nur abgelehnt werden, wenn allein durch frühere Gutachten zu demselben Beweisthema das Gegenteil der behaupteten Tatsache bewiesen ist (Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. S. 721 Fn. 10; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 308; Kleinknecht/Meyer StPO 40. Aufl. § 244 Rdn. 75; G. Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens 5. Aufl. Rdn. 848).

Das ist hier nicht der Fall. Das Landgericht entnimmt vielmehr seine Auffassung einer Gesamtwürdigung aller eingeholten Gutachten und der sonstigen Beweisumstände.

Der Sachverständige Dr. B. konnte die Blutgruppe des Getöteten nur unvollständig bestimmen; nach seinem Gutachten kann das Blut vom Getöteten stammen. Damit ist aber nicht bewiesen, daß es sich um Blut vom Getöteten handelt. Der Sachverständige Dr. G. konnte nur feststellen, daß die Spuren am Beil, am Bezugsstoff und am T-Shirt auf dieselbe Person hindeuten, indes keine Angaben zu der eigentlichen Beweisfrage machen, weil er die DNA des Getöteten nicht aus dessen Muskel- und Nierengewebe extrahieren konnte. Das Landgericht berücksichtigt bei seiner Wertung, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei bewiesen, daher ausdrücklich außer diesem Gutachten auch das des Sachverständigen Dr. Hi. und weitere Bekundungen des Sachverständigen Dr. B. Dies ist im Rahmen des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO unzulässig. Der Sachverständige Dr. Hi. hat lediglich bekundet, daß das fragliche Beil geeignet war, die beim Getöteten festgestellten Verletzungen zu verursachen. Er ist deshalb kein 'weiterer' Sachverständiger im Sinne dieser Vorschrift, da Gegenstand seines Gutachtens nicht die Herkunft des Blutes an dem Beil und den sonstigen Gegenständen waren (vgl. BGH VRS 35, 207). Die vom Landgericht bei der Ablehnung des Beweisantrags ebenfalls herangezogene Aussage des Sachverständigen Dr. B., er habe am Beil kurze, schwarze, krause Haare sichergestellt, war, soweit das Landgericht daraus Schlußfolgerungen auf die Übereinstimmung des Blutes an dem Beil mit dem Blut des Getöteten gezogen hat, nur eine Zeugenaussage, die nicht zum Beweis des Gegenteils der behaupteten Tatsache verwertet werden durfte.

bb) Auch die Hilfserwägung des Landgerichts, es sei nicht gehalten, sich auf uner-

probte und unerforschte Untersuchungsmethoden einzulassen, trägt die Ablehnung des Beweisantrags nicht. Zwar ist eine Untersuchungsmethode, die deshalb nicht zu verwertbaren Ergebnissen kommt, weil sie unausgereift ist und als solche nicht zuverlässig arbeitet, völlig ungeeignet, im Strafverfahren Beweis zu erbringen (BGH NStZ 1985, 515). So liegt es hier aber nicht. Der Senat hat sich im Freibeweisverfahren durch eine gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. med. Hu. davon überzeugt, daß es seit Ende 1991 eine erfolgreiche Typisierung von DNA aus Knochengewebe gibt.

cc) Der Senat kann nicht ausschließen, daß das Urteil auf dem Mangel beruht. ..."[311]

Zu den Fällen, in denen sich die Kompetenzen überschneiden:

" ... Unbegründet ist die Revisionsrüge, der Antrag auf Gutachtenerstattung durch den Jugendpsychiater Prof. L. ('ob der ... Angeklagte einem Jugendlichen ... gleichzustellen ist') sei nicht verbeschieden worden. Der Antrag war zu Beginn der Hauptverhandlung noch vor der Beweisaufnahme gestellt und vom Landgericht abgelehnt worden, 'gegenwärtig' bestehe kein Anlaß zur Hinzuziehung des gewünschten Gutachters.

Zutreffend hat das Landgericht den Antrag dabei unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob Prof. L. als weiterer Sachverständiger im Sinne von § 244 Abs. 4 StPO heranzuziehen gewesen wäre. Zwar hatte die Verteidigung sich darauf berufen, der gewünschte Gutachter sei aufgrund seiner speziellen Ausbildung ein 'anderer' Sachverständiger, doch kommt es darauf nicht an, solange die Kompetenzen verschieden ausgebildeter Sachverständiger sich für die Beantwortung einer Beweisfrage - wie hier - überschneiden (BGHSt 34, 355, 356 f.; 39, 49, 52). Für eine weitergehende Bescheidung des Antrags war vor Durchführung der Beweisaufnahme kein Raum, weil noch nicht abzusehen war, inwieweit der vom Gericht bestellte Sachverständige Prof. F. die aufgeworfene Beweisfrage würde klären können. Zur Entscheidung stand damit zunächst nur die Forderung, einen Sachverständigen nach eigener Wahl des Angeklagten anstelle (oder neben) dem gerichtlich bestellten Sachverständigen zur gleichen Sachfrage heranzuziehen. Darauf hatte der Angeklagte aber keinen Anspruch. Das Landgericht konnte seinen Antrag ohne Rechtsfehler im Hinblick auf die Sachkunde von Prof. F. ablehnen.

Die Formulierung im Ablehnungsbeschluß, 'gegenwärtig' bestehe kein Anlaß zur Bestellung eines weiteren Sachverständigen, besagt nicht, das Gericht werde diese Frage nach Gutachtenerstattung durch den zur gleichen Frage bestellten Sachverständigen von sich aus erneut durch Beschluß entscheiden. Die Frage war daher nur unter Aufklärungsgesichtspunkten zu beurteilen. Die von der Revision dazu erhobene Aufklärungsrüge ist jedenfalls unbegründet. ..."[312]

Ein psychoanalytischer Sachverständiger gehört im Verhältnis zu psychiatrischen / psychologischen Sachverständigen keiner anderen Fachrichtung an:

" ... 1. Der Verfahrensrüge liegt folgendes zugrunde: Der Angeklagte hatte in der Hauptverhandlung **beantragt, ein 'psychoanalytisches' Sachverständigengutachten des Prof. Dr. Nedopil einzuholen mit der Behauptung, der Angeklagte habe entgegen der Annahme der bisher gehörten Gutachter die Tat nicht im Zustand erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit begangen, ein solcher Zustand sei aber nicht auszuschließen. Ein solches Beweisergebnis wäre bedeutsam gewesen, weil dann § 21**

311 BGH, Urteil vom 24.11.1992 - 5 StR 500/92
312 BGH, Beschluss vom 22.10.1996 - 1 StR 567/96

StGB nach dem Zweifelssatz bei der Strafzumessung wirksam geworden wäre, die Voraussetzungen für eine Unterbringung aber nicht mehr vorlägen (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Es liegt nahe, in dem Antrag einen Beweisermittlungsantrag zu sehen. Denn es ist keine Beweistatsache benannt worden, sondern lediglich das Beweisziel; dabei aber handelt es sich um die vom Landgericht zu entscheidende Rechtsfrage (BGHSt 43, 67 f.), ob die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten erheblich vermindert war. Hier kann ausnahmsweise anderes gelten. Denn Grundlage dieses 'Beweisantrages' war eine allen Beteiligten bekannte schriftliche Äußerung des Prof. Dr. Foerster, in der er das psychiatrische Gutachten des Prof. Dr. Baer sowie das psychologische Zusatzgutachten der Dipl. Psychologin Dr. Hartung einer kritischen Würdigung unterzogen hatte. Daraus ergab sich, aus welchen Tatsachen der Antragsteller das behauptete Ergebnis ableiten lassen wollte. Das Landgericht hat die bisherigen Gutachter auch zu diesen Einwänden gehört und danach den Antrag auf Erholung eines weiteren Sachverständigengutachtens abgelehnt, weil das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen sei (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO). Diese Entscheidung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Der Antrag zielt auf die Anhörung eines 'weiteren Sachverständigen' im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO, also die Bestellung eines Gutachters gleicher Fachrichtung zur gleichen Beweisfrage. Daran ändert nichts, daß ein 'psychoanalytisches' Gutachten beantragt ist: Denn es handelt sich hierbei um das Verlangen nach einem psychiatrischen Gutachter, der - wie schon der gehörte Sachverständige - zu den psychopathologischen Merkmalen der §§ 20, 21 StGB unter der psychoanalytischen Perspektive Stellung nehmen soll. Im Verhältnis zu dem psychiatrisch/psychologischen Sachverständigen gehört er nicht einer anderen Fachrichtung an. Allein die Unterschiede in der Betrachtungsweise der gestellten Aufgabe - Einbeziehung der psychoanalytischen Sozialisationslehre und Auseinandersetzung mit der Rolle des Unbewußten für die Schuldfähigkeit - rechtfertigen nicht die Annahme, der Psychoanalytiker solle sich zu einem von der Sachkompetenz des Psychiaters nicht voll abgedeckten Gesichtspunkt des Beweisthemas äußern.

b) Das Landgericht hätte den Beweisantrag unter Hinweis auf das bewiesene Gegenteil nicht ablehnen dürfen, wenn (1.) die Sachkunde der bisherigen Gutachter zweifelhaft ist, wenn (2.) deren Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgehen, wenn sie (3.) Widersprüche enthalten oder wenn (4.) dem neuen Sachverständigen überlegene Forschungsmittel zur Verfügung stehen.

Widersprüche in den bisherigen Gutachten oder überlegene Forschungsmittel des weiteren Sachverständigen werden nicht dargetan. Letztlich wird die Sachkunde von Prof. Dr. Baer und Dr. Hartung angezweifelt und behauptet, sie seien bei Gutachtenerstattung (auch deswegen) von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen.

aa. Gründe, allgemein an der Sachkunde der gehörten Sachverständigen zu zweifeln, hat das Landgericht im Hinblick auf deren langjährige, auch forensisch weit überdurchschnittliche Erfahrung nicht gesehen. Anlaß zu Zweifeln hätte der Tatrichter haben können, wenn sich ein Sachverständiger geweigert hätte, seine Methoden offen zu legen, wenn er seine Meinung ohne einleuchtende Erklärung geändert hätte oder wenn er von anerkannten oder der Rechtsprechung gebilligten wissenschaftlichen Kriterien abgewichen wäre (vgl. BGH StV 1989, 335 f.; Herdegen in KK 4. Aufl. § 244 Rdn. 33). Auch letzteres konnte die Revision nicht dartun.

Die Sachverständigen haben in der Hauptverhandlung auf die kritische Würdigung

ihrer Gutachten durch Prof. Dr. Foerster eingehend erwidert und (wie sich aus den Urteilsgründen ergibt) ihre Auffassung dargelegt und begründet.

- Bei der Diagnose, daß bei dem Angeklagten bei der Tat eine krankhafte seelische Störung im Sinne der §§ 20, 21 StGB vorlag, ist die Verwendung unterschiedlicher Begriffsbezeichnungen ('organische Wesensveränderung' und darauf beruhende krankhafte Persönlichkeitsstörung) jedenfalls in der Sache ohne Bedeutung.

- Die unterlassene Einordnung der Störungen des Angeklagten an Hand der internationalen Klassifikation psychischer Störungen der WHO belegt nicht die mangelnde Sachkunde eines Sachverständigen. Die Klassifikationssysteme wie DSM-IV oder ICD-10 haben keine Verbindlichkeit für die rechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Schuldfähigkeit (BGHSt 37, 397, 401; BGH NStZ 1995, 176, 177). Die Aufnahme eines bestimmten Krankheitsbilds in die Klassifikation ICD-10 besagt nichts über das Ausmaß psychischer Störungen (vgl. BGH NStZ 1997, 383). Gleichwohl weist eine solche Zuordnung in der Regel auf eine nicht ganz geringfügige Beeinträchtigung hin (BGH StV 1998, 342). Dies bedeutet allerdings nicht, daß es aus Rechtsgründen geboten ist - dies verlangt die Revision - , die Klassifikation generell 'im Bereich der forensischen Psychiatrie und damit im Bereich der rechtlichen Überprüfung von Urteilen zugrundezulegen'.

- Auch mit dem Einwand - gestützt auf Prof. Dr. Foerster - 'gänzlich unüblich, weil völlig veraltet, sei die (von der psychologischen Gutachterin getroffene und vom psychiatrischen Sachverständigen übernommene) Feststellung eines 'organischen Rorschach-Syndroms' nach Oberholzer/Piotrowski (1931/1937)', zeigt die Revision nicht auf, daß die gehörten Sachverständigen mit den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht in Einklang stehen (BGH aaO). Denn auch in neueren Veröffentlichungen wird der Rorschach-Test als üblich (vgl. Rasch, Forensische Psychiatrie 2. Aufl. 1999 S. 346: 'Die wohl bekannteste projektive Testmethode') und geeignet bezeichnet zur Erkennung eines organischen Psycho-Syndroms - 'Rorschach-Syndrom' (Böhm, Lehrbuch der Rorschach-Diagnostik 6. Aufl. 1990 S. 322 ff.; Lehrbuch klinischer Psychologie 1978, Herausgeber L.R. Schmidt S. 267; Psychodiagnostik psychischer Störungen 1994, Herausgeber R.G. Stieglitz S. 169: 'Zur Identifikation von hirnorganischen Störungen sind die Kriterien von Piotrowski 1957 am besten bewährt').

- Die Kennzeichnung als 'krasser formaler Fehler', daß der Sachverständige Prof. Dr. Baer im Beisein von Justizbeamten exploriert habe, beruht auf einer unangemessenen Überinterpretation des Vorganges, daß der Sachverständige den Angeklagten im Rausgehen gemeinsam mit den beiden Wachmeistern 'im Sinne eines stützenden Gesprächs' aufgemuntert habe.

bb. Der Tatrichter hat im Rahmen der Beweiswürdigung - wenn auch mit sachverständiger Hilfe - das Vorliegen der medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungspunkte für die Schuldfähigkeitsbeurteilung selbständig und eigenverantwortlich zu prüfen (BGH NStZ 1997, 278, 279). Ist ein Sachverständiger von unrichtigen Befundtatsachen ausgegangen oder hat er sie (möglicherweise) unzulänglich festgestellt, müßte das zur Annahme führen, er sei bei Gutachtenerstattung 'von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen' im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO ausgegangen (Herdegen aaO Rdn. 101). Ein Beweisantrag, der auf eine Korrektur der Befundtatsachen abzielt, darf deshalb nicht abgelehnt werden, wenn das Gericht nicht beurteilen kann, ob das Gutachten auf einer zutreffenden Befundtatsachenbasis beruht (BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Sachkunde 5). Das Revisionsgericht übernimmt aber keine inhaltliche Kontrolle der in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten (BGH NJW 1998, 3654, 3655).

cc. Der Inhalt der bisherigen Gutachten war - insbesondere unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände und des Verhaltens des Angeklagten - geeignet, dem Tatrichter ein für die Beweisfrage ausreichendes Wissen zu vermitteln. Denn auch die weiteren Einwände der Revision greifen nicht durch:

(1) Ein Sachverständiger hat in eigener Verantwortung über die Heranziehung von Unterlagen, seine Untersuchungsmethoden und den Umfang seiner Erhebungen zu entscheiden (vgl. BGHSt 44, 26, 33).

- Zur Erhebung und Aufarbeitung der gesamten - auch der frühkindlichen - persönlichen Entwicklung des Probanden, seiner familiären und sonstigen sozialen Bedingungen, Feststellung von Persönlichkeitsdefekten unter Einbeziehung von tiefenpsychologischen oder psychodynamischen Überlegungen, die Einfluß auf die soziale Anpassungsfähigkeit eines Individuums nehmen können (psychoanalytischer Ansatzpunkt), mag ein erheblicher Zeitaufwand angemessen sein. Solche Erkenntnisse, die für die Behandlungsfähigkeit und die Behandlungsbedürftigkeit des Probanden (insbesondere im Vollstreckungsverfahren) nützlich sein mögen, sind für die Entscheidung über die Befindlichkeit des Angeklagten vor, bei und nach der Tat weniger geeignet, weil sie über die konkrete Verknüpfung zwischen der Tat und seinem persönlichen Zustand und damit über seine Fähigkeit zu normgerechtem Verhalten nichts aussagen (vgl. Rasch aaO S. 141; ders. NStZ 1982, 177, 181; Jähnke in LK § 20 StGB Rdn. 70, 91). Wenn der Sachverständige Prof. Dr. Baer für die Diagnose der psychopathologischen Merkmale der §§ 20, 21 StGB einen Zeitaufwand von drei Stunden für Untersuchung und Exploration (sowie zusätzlichem Aktenstudium, Beobachtung in der Hauptverhandlung und Berücksichtigung eines testpsychologischen Gutachtens und von Zeugenaussagen) für ausreichend hielt, so unterliegt das nicht der Rechtskontrolle durch das Revisionsgericht.

- Wesentlich wendet sich die Revision auch dagegen, daß der Sachverständige Prof. Dr. Baer zur Feststellung der krankhaften seelischen Störung nicht weitergehende neurologische Befunde (z.B. Computertomogramm) erhoben hat. Warum die auch von Prof. Dr. Foerster vermißten neurologischen Untersuchungen zur Beschreibung der Hirnnervenfunktionen, des Reflexverhaltens, der Koordination und der Sensibilität (die regelmäßig angezeigt sein mögen) hier entbehrlich waren, hat der Sachverständige dargelegt: Ergebe sich ein neurologischer Befund, so werde dadurch das Ergebnis des Gutachtens gestützt; Normalwerte seien hier angesichts der sonstigen Gegebenheiten nicht geeignet, das Ergebnis der psychiatrischen Gutachten zu widerlegen oder zu beeinflussen. Auch ohne neurologischen Befund könne eine seelische Störung in Form einer organischen Wesensveränderung diagnostiziert werden. Wenn der Tatrichter diese fachliche Begründung des Sachverständigen für ausreichend hält, liegt darin kein vom Revisionsgericht zu beanstandender Rechtsfehler.

Entgegen der Behauptung der Revision steht die Begründung im übrigen nicht im Widerspruch zu anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen. Maßgebend ist nicht, ob Angaben zur Verursachung einer organisch bedingten psychischen Störung gemacht werden können, sondern ob eine solche zur Tatzeit in bedeutsamer Beziehung zur Tat vorgelegen hat. 'Entscheidend ist das vorliegende psychopathologische Syndrom. Ist dieses schwerwiegend, so beeinflußt es die Beurteilung der Schuldfähigkeit auch dann, wenn z.B. die radiologischen Untersuchungen strukturelle Hirnveränderungen (noch) nicht erkennen lassen. Umgekehrt mag jemand radiologisch nachweisbar erhebliche Einbußen an Hirnsubstanz haben: Solange dies nicht zu Folgen auf der psychischen Ebene geführt hat, ist dieser organische Befund für die Beurteilung der Schuldfähigkeit ohne Bedeutung' (Kröber, Kriterien verminderter Schuld-

fähigkeit nach Alkoholkonsum, NStZ 1996, 569 f.). ..."[313]

Ärztliches Attest als früheres Gutachten:

" ... Begründet ist auch die weitere Verfahrensrüge einer Verletzung von § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO im Zusammenhang mit Fall 16 der Urteilsgründe (gefährliche Körperverletzung durch Zufügung einer Platzwunde durch Wurf einer Flasche). Insoweit waren zwei ärztliche Atteste eines Krankenhauses (Kliniken O.) vom 1. März 2006 und vom 30. Januar 2007 gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesen worden. **Die Verteidigung beantragte die Einholung eines medizinisch-histologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, 'dass es sich bei der festgestellten Narbe der Zeugin B. um eine alte Verletzung handelte, mit der der Angeklagte nichts zu tun hat** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich) …'.

Das Landgericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, es liege bereits ein Gutachten vor, das das Gegenteil beweise. Die Kliniken O. hätten am 1. März 2006 eine 'reizlos abgeheilte Platzwunde … mit diskretem, nahezu abgeheiltem Hämatom in der Wundumgebung' festgestellt. Mit dieser Begründung durfte der Beweisantrag nicht abgelehnt werden. Auf eigene Sachkunde hat das Landgericht die Ablehnung nicht gestützt; vielmehr allein auf das Vorliegen eines anderen Gutachtens (§ 244 Abs. 4 Satz 2, HS 1 StPO). Hieran ist zutreffend, dass, entgegen der Einwendung der Revision, auch ein ärztliches Attest im Sinne von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO ein Gutachten im Sinne von § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO sein kann. Die Vorschrift des § 256 StPO über den erweiterten Urkundenbeweis führt in Abs. 1 Nr. 1 bis 5 namentlich auch Fälle auf, in denen schriftliche Erklärungen über nur aufgrund besonderer Sachkunde zu treffende Feststellungen in erleichterter Weise in die Hauptverhandlung eingeführt werden können; sie ersetzen, soweit sie ein Gutachten enthalten, jeweils die persönliche Vernehmung eines Sachverständigen. Der Begriff des Gutachtens in § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO erstreckt sich nach dem Sinn der Vorschrift auch auf diese Erklärungen; die Vorschrift knüpft nicht an eine besondere Form der Gutachtenseinführung an.

Gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2, 2. HS StPO kann das Gegenteil einer Beweisbehauptung aber nicht durch ein bereits vorliegendes Gutachten bewiesen sein, wenn dieses - zur Beweisfrage relevante - Widersprüche enthält. Dies kann, wie die Revision zutreffend rügt, hier jedenfalls nicht ausgeschlossen werden und hätte daher vom Landgericht zumindest näher erörtert werden müssen. Denn die Befund-Beschreibungen in beiden Attesten stimmten, soweit es die Verletzung im Bereich des linken Auges der Zeugin betrifft, nicht überein. Während es im Attest vom 1. März 2006 hieß: 'alte relativ breite Narbe lateral linke Braue, abklingendes sehr diskretes Hämatom um linkes Auge', lautete die Beschreibung im Befundbericht vom 30. Januar 2007: 'Reizlose Narbe … im Sinne einer reizlos abgeheilten … Platzwunde im Bereich der linken Augenbraue mit diskretem, nahezu abgeheiltem Hämatom in der Wundumgebung'. Die Beschreibungen weisen gewisse Abweichungen auf, die insoweit Bedeutung gewinnen, als die Tat (Fall 16) 'Ende Januar 2006', also relativ kurz vor der Untersuchung vom 1. März 2006 stattgefunden haben soll. Die Begründung des Landgerichts, die allein das neun Monate später erstellte Attest als 'früheres Gutachten' zitiert hat, in dem von einer 'Platzwunde' die Rede ist und das einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen 'reizlos abgeheilter' Narbe und 'fast abgeheiltem Hämatom in der Wundumgebung' herstellt, war insoweit nicht rechtsfehlerfrei; jedenfalls eine nähere Erörterung des möglichen Widerspruchs wäre vor Zurückweisung des Beweisantrags erforderlich gewesen. ..."[314]

313 BGH, Beschluss vom 07.07.1999 - 1 StR 207/99
314 BGH, Beschluss vom 22.08.2008 - 2 StR 195/08

Gegenteil bereits erwiesen

Der Ablehnungsgrund muss zuvor hinreichend sicher festgestellt worden sein:

> " ... 1. Die Verteidigung hatte **hilfsweise für den Fall der Anordnung einer Unterbringung gemäß § 63 StGB beantragt, ein weiteres Sachverständigengutachten zum Beweis der Tatsache einzuholen, dass der Beschuldigte an einer drogeninduzierten Psychose erkrankt sei (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.
>
> Diesen Antrag hat das Landgericht im angefochtenen Urteil - ausdrücklich gestützt auf den Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO - mit der Begründung zurückgewiesen, der Sachverständige F. habe nachvollziehbar dargelegt, warum er nicht sicher habe feststellen können, ob den Anlasstaten eine paranoide Schizophrenie oder aber jeweils eine drogeninduzierte Psychose zu Grunde gelegen habe. Weder sei die Sachkunde des Sachverständigen zweifelhaft, noch sei er von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen. Der bloße Umstand, dass er in seinem vorläufigen Gutachten noch zu einer eindeutigen Diagnose gekommen sei, in seinem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten aber nicht, mache letzteres nicht mangelhaft.
>
> 2. Die Zurückweisung des Beweisantrags verstößt gegen § 244 Abs. 4 Satz 2 1. Halbsatz StPO. Nach dieser Vorschrift kann die Anhörung eines weiteren Sachverständigen abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist. Hier ist indes nicht schon durch das Gutachten des Sachverständigen F. das Gegenteil der behaupteten Tatsache - also die Nichterkrankung des Beschuldigten an einer drogeninduzierten Psychose - erwiesen gewesen. Vielmehr ist das Landgericht im Anschluss an den Sachverständigen davon ausgegangen, dass der Beschuldigte statt unter einer paranoiden Schizophrenie auch unter einer drogeninduzierten Psychose gelitten haben könnte (vgl. UA S. 19 ff., 30). Soweit das Landgericht gemeint haben sollte, das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache sei schon deshalb erwiesen, weil eine drogeniuzierte Psychose nicht sicher festgestellt werden könne, hätte sie - worauf die Revision zutreffend hinweist - den Inhalt des Beweisantrags nicht ausgeschöpft.
>
> 3. Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob - angesichts der zahlreichen Beanstandungen, die gegen die Methodik des Gutachters von der Verteidigung substantiiert erhoben worden sind - die knappen Erwägungen zur Sachkunde des Sachverständigen und Qualität seines Gutachtens den an die Ablehnungsbegründung eines Ablehnungsbeschlusses zu stellenden Anforderungen genügen (vgl. zum erforderlichen Begründungsumfang je nach Art und Gewicht der gegen das Erstgutachten vorgebrachten Einwände BGH, Beschlüsse vom 12. November 2004 - 2 StR 367/04, BGHSt 49, 347, 358; vom 22. Mai 2012 - 5 StR 15/12, NStZ-RR 2012, 287, 288; vom 9. Juli 2013 - 3 StR 132/13, NStZ-RR 2014, 281; LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 244 Rn. 340 mwN; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 75). Denn die Frage, ob der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen des früheren Gutachters überlegen sind, ist nur von Bedeutung, wenn das Gericht das Gegenteil der behaupteten Tatsache als „durch das frühere Gutachten“ bereits erwiesen ansehen und deshalb den Antrag auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen ablehnen will (BGH, Beschlüsse vom 10. August 2004 - 3 StR 240/04, BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Zweitgutachter 7; vom 3. November 2009 - 3 StR 355/09, NStZ-RR 2010, 51).
>
> 4. Zwar kann das Revisionsgericht, wenn - wie hier - ein Hilfsbeweisantrag in zulässiger Weise erst in den Urteilsgründen beschieden worden ist, die Ursächlichkeit des Verstoßes gegen § 244 Abs. 4 StPO mit der Begründung verneinen, dass das Tatgericht

> den Antrag mit einer anderen Begründung rechtsfehlerfrei hätte ablehnen können (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Oktober 1997 - 1 StR 578/97, BGHR StPO § 244 Abs. 6 Hilfsbeweisantrag 9; vom 10. August 2004 - 3 StR 240/04, NStZ 2005, 159; vom 24. August 2007 - 2 StR 322/07, NStZ 2008, 116; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO 63. Aufl., § 244 Rn. 107 mwN). Die dafür erforderliche Voraussetzung, dass ein solcher Ablehnungsgrund sich aus den Urteilsgründen ergeben oder sonst auf der Hand liegen muss, ist hier aber nicht erfüllt. Der vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift angestellten Überlegung, die Strafkammer habe aufgrund des ihm durch den Sachverständigen vermittelten Wissens die für die Beurteilung der Störung des Beschuldigten erforderliche eigene Sachkunde erlangt und hätte deswegen den Antrag nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO ablehnen können, steht schon entgegen, dass sie sich für die Frage einer Abgrenzung zwischen substanzinduzierter Psychose einerseits und paranoider Schizophrenie andererseits ausdrücklich keine Sachkunde zugetraut hat. Sie hat hierzu ausgeführt, den Schluss des Sachverständigen, eine solche Abgrenzung sei nicht zu leisten, habe sie „letztlich hinzunehmen, da sie mangels eigener Sachkunde nicht entscheiden" könne, ob der Sachverständige möglicherweise einen zu strengen Maßstab angelegt habe; ihr erscheine die Begründung des Sachverständigen für die Änderung seiner Diagnose und sein Abweichen vom Ergebnis des vorläufigen Gutachtens „jedenfalls nicht als offensichtlich unvertretbar" (UA S. 23).
>
> 5. Trotz der von dem Landgericht angestellten Alternativerwägungen ist nicht ausgeschlossen, dass die Einholung des beantragten Gutachtens auf die Prüfung der Strafkammer, ob eine und gegebenenfalls welche Maßregel zu verhängen ist, Einfluss gehabt haben könnte. ..."[315]

Bei der Ablehnung eines Antrags auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen ist eine begrenzte Beweisantizipation zu beachten:

> " ... Zu der Beanstandung, das Landgericht habe den auf die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisantrag rechtsfehlerhaft abgelehnt (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO), bemerkt der Senat ergänzend: Die Rüge ist nicht begründet.
>
> Die Begründung, mit der die Strafkammer den auf die Einholung eines weiteren 'ballistischen' Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisantrag zurückgewiesen hat, hält rechtlicher Nachprüfung stand. Hierzu gilt:
>
> Der Beschluss, mit dem der Beweisantrag auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen abgelehnt wird, weil das Gegenteil der Beweisbehauptung erwiesen ist (§ 244 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO), ist in der Regel näher zu begründen, wobei der Umfang der erforderlichen Begründung sich nach Art und Gewicht der gegen das Erstgutachten vorgebrachten Einwände richtet. Im Rahmen der vorzunehmenden, vom Gesetz gestatteten vorweggenommenen Beweiswürdigung darf das Tatgericht seine Überzeugung, das Gegenteil der behaupteten Beweistatsache sei bereits erwiesen, allein aufgrund des früheren Gutachtens gewonnen haben (BGH, Urteil vom 24. November 1992 - 5 StR 500/92, BGHSt 39, 49, 52; Beschluss vom 10. August 2004 - 3 StR 240/04, NStZ 2005, 159).
>
> Nach diesen Maßstäben ist die Begründung in dem Ablehnungsbeschluss des Landgerichts frei von Rechtsfehlern. Die Strafkammer hat dort in der Sache allein auf das Gutachten des Sachverständigen F. abgestellt. Das Gutachten des Sachverständigen Dr. S. findet demgegenüber allein in dem Zusammenhang Erwähnung, dass der Sachverständige F. ausgeführt habe, die Beantwortung der Frage, ob sich an dem

315 BGH, Beschluss vom 09.06.2020 - 5 StR 167/20

> Geschoss bestimmte Anhaftungen befunden hätten, die für das Vorliegen eines Querschlägers sprächen, falle nicht in seinen Kompetenzbereich, so dass er den Sachverständigen Dr. S. insoweit um eine ergänzende Beurteilung gebeten habe.
>
> Entgegen der Auffassung der Revision war das Landgericht nicht gehindert, bei seiner abschließenden, in den Urteilsgründen dargestellten Beweiswürdigung nach Durchführung der gesamten Beweisaufnahme in seine Überzeugungsbildung, das Tatopfer sei nicht von einem Querschläger getroffen worden, auch das Gutachten des Sachverständigen Dr. S. miteinzubeziehen, das zu dieser Frage im Übrigen unter einem völlig anderen kriminaltechnischen Gesichtspunkt Stellung nahm als der Sachverständige F.
>
> Der auf § 244 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO gestützte Ablehnungsbeschluss darf deshalb nicht auf andere Beweismittel oder auf eine Gesamtwürdigung aller Beweismittel gestützt werden, weil die genannte Vorschrift das während der Beweisaufnahme geltende grundsätzliche Verbot der Beweisantizipation bereits nach seinem Wortlaut nur in beschränktem Umfang insoweit durchbricht, als allein auf das frühere Sachverständigengutachten abgestellt werden darf (vgl. LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 327 mwN). Die Vorschrift lässt somit eine lediglich beschränkte Beweisantizipation zu, indem sie dem Tatgericht erlaubt, eine Abwägung vorzunehmen, ob ein benanntes Beweismittel einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn verspricht, bevor dieses Beweismittel ausgeschöpft wird (vgl. Trück, NStZ 2007, 377, 383). Für die nach dem Inbegriff der Hauptverhandlung vorzunehmende Würdigung des gesamten Beweisergebnisses (§ 261 StPO) gilt eine derartige Einschränkung dagegen nicht. Hier hat das Tatgericht alle für die Beweisfrage relevanten Beweismittel in seine Überzeugungsbildung einzustellen und diese in den Urteilsgründen darzulegen (§ 267 Abs. 1 Satz 2 StPO). Andernfalls könnte allein durch das Stellen eines Beweisantrags auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen die Beweisgrundlage zu einem entscheidungserheblichen Punkt verkürzt werden; dies wäre mit § 261 StPO unvereinbar. ..."[316]

Zur Fortschreibung dieser Rechtsprechung zur unzulässigen Beweisantizipation:

> „ … Die auf § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO gestützte Ablehnung des Beweisantrags hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die Strafkammer hat keine unzulässige Beweisantizipation vorgenommen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 9. Juli 2013 - 3 StR 132/13, NStZ-RR 2014, 281), soweit sie in ihrem Ablehnungsbeschluss zur Begründung, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei erwiesen, auf weitere Sachverständigengutachten abgestellt hat. Sie hat zu der Frage, ob die Untersuchung der Proben einen Schluss auf die Zusammensetzung der gesamten im fraglichen Zeitraum verfüllten Stoffe zulässt, allein das Gutachten des Sachverständigen K. herangezogen. Die im Ablehnungsbeschluss erwähnten gutachterlichen Äußerungen der Sachverständigen Ku. und W. betreffen demgegenüber allein die Methodik und damit die Plausibilität des Gutachtens K.. Eine unzulässige Beweisantizipation liegt mangels Prüfung der dem früheren Sachverständigengutachten zugrundegelegten Anknüpfungstatsachen durch die weiteren Sachverständigen in der Bezugnahme auf deren sachverständige Aussagen darin nicht. Vielmehr war die methodenkritische Prüfung mit Blick auf die Regelung in § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO geboten, derzufolge eine Tatsache auf der Grundlage des früheren Gutachtens unter anderem dann nicht als erwiesen angesehen werden darf, wenn die Sachkunde des Sachverständigen zweifelhaft ist. ..."[317]

Ein Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens kann

316 BGH, Beschluss vom 09.07.2013 - 3 StR 132/13
317 BGH, Beschluss vom 03.11.2022 - 6 StR 296/21

abgelehnt werden, wenn ein anderer Ablehnungsgrund vorliegt:

> " ... In jedem Fall hat das Landgericht den Antrag ohne Rechtsfehler abgelehnt. Die Revision verkennt im Ansatz, dass die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Erwiesenheit des Gegenteils der behaupteten Tatsache (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO) nur ein weiterer, allein für den Sonderfall eines Antrags auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen geltender Zurückweisungsgrund ist, der die übrigen Gründe des § 244 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 StPO nicht ausschließt. Die Ablehnung des Antrags unter Berufung auf die eigene Sachkunde ist dem Tatrichter deshalb möglich, auch wenn ihm diese erst durch den zunächst vernommenen Sachverständigen vermittelt worden ist und selbst dann, wenn er diesem Gutachter nicht folgen will (vgl. Becker aaO Rdn. 326 m. w. N.).
>
> Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Revision zitierten Entscheidung des Senats BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Zweitgutachter 7. In dem dort zugrunde liegenden Fall hatte sich der Tatrichter bei der Ablehnung des Antrags auf Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen auf den Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO gestützt, obwohl der erste Gutachter gerade keine Anhaltspunkte für das Bestehen eines Hangs gefunden hatte. Eigene Sachkunde hatte die Strafkammer erkennbar nicht für sich in Anspruch genommen, so dass auch ein - bei Hilfsbeweisanträgen für das Revisionsgericht mögliches - Austauschen des Ablehnungsgrunds nicht in Betracht kam.
>
> Vorliegend hat das Landgericht eigene Sachkunde, erworben aus dem ausführlichen Gutachten des gehörten Sachverständigen, in Anspruch genommen (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) und diese in den Urteilsgründen ausreichend dargelegt. Es hat zutreffend sowohl die Delinquenzentwicklung beim Angeklagten als progredient eingeschätzt als auch für die Gefährlichkeitsprognose auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung abgestellt und dabei den Mutmaßungen des Sachverständigen zum Erfolg einer notwendigen Therapie keine rechtliche Bedeutung beigemessen. ..."[318]

Dieser Ablehnungsgrund steht, was der BGH schon früh erkannte, in einem Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht:

> " ... Die Strafkammer hörte als Gutachter den Schriftsachverständigen Dr. F. zu der Frage, ob die Unterschrift von dem Angeklagten stamme. Der Sachverständige bejahte dies. Die Strafkammer hielt sein Gutachten für überzeugend. **Der Verteidiger beantragte, zur weiteren Sachaufklärung das Gutachten eines Schriftsachverständigen des Bundeskriminalamts in Wiesbaden einzuholen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.
>
> Die Strafkammer lehnte den Antrag mit der Begründung ab, daß 'das Gericht die Beiziehung eines Obergutachtens nicht für erforderlich hält, zumal weder Widersprüche im Gutachten des Sachverständigen zutage getreten sind, noch Gutachter vorhanden sind, die über noch bessere technische Möglichkeiten verfügen'. Die Revision meint, diese Begründung entspreche nicht den Erfordernissen des § 244 Abs. 6 StPO und treffe auch sachlich nicht zu, da die Strafkammer zu Unrecht angenommen habe, ein Sachverständiger des Bundeskriminalamts verfüge über keine überlegenen Forschungsmittel; auch hatte die Strafkammer nach Ansicht der Revision einen weiteren Sachverständigen hören müssen, um ihrer Aufklärungspflicht zu genügen.
>
> Mit seinem Antrag wollte der Angeklagte unter Beweis stellen, daß entgegen dem

318 BGH, Beschluss vom 12.01.2010 - 3 StR 436/09

bereits vorliegenden Gutachten des Dr. F. die Unterschrift nicht von ihm stammt. Nach § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO kann die Anhörung eines weiteren Sachverständigen abgelehnt werden. Wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist. Dies war nach der Überzeugung der Strafkammer der Fall, wie dem, seinem Wortlaut nach allerdings ungenauen, Ablehnungsbeschluß und den Urteilsgründen zu entnehmen ist. Dieser Ablehnungsgrund gilt jedoch nicht, wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen des früheren Gutachters überlegen erscheinen. Die Entscheidung hierüber hat der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Das Revisionsgericht hat aber nachzuprüfen, ob sie rechtlich fehlerfrei ist (BGH 1 StR 674/53 vom 23. Dezember 1954).

Die Strafkammer begründet ihren ablehnenden Beschluß damit, daß kein Gutachter vorhanden sei, der über noch bessere technische Möglichkeiten verfüge. Eine solche Begründung genügt in diesem Falle nicht. Der vernommene Gutachter Dr. F. ist ein privater Sachverständiger. Der Angeklagte beantragte die Anhörung eines weiteren Sachverständigen des Bundeskriminalamts. Dieses verfügt, wie allgemein bekannt, über hervorragende technische Mittel und Einrichtungen und hat Mitarbeiter, die große Erfahrungen bei der Aufklärung von Straftaten besitzen. Es liegt nahe, daß ein solcher Sachverständiger nicht nur eine besondere Sachkunde besitzt, sondern daß ihm auch Forschungsmittel zur Verfügung stehen, die denen eines privaten Sachverständigen überlegen sind. Die Strafkammer mußte daher feststellen, über welche Forschungsmittel der vernommene Sachverständige und über welche ein Sachverständiger des Bundeskriminalamtes verfügt, sie konnte dann erst prüfen, ob die Forschungsmittel des benannten weiteren Sachverständigen des Bundeskriminalamts nicht überlegen sind. Daß sie dies getan hat, läßt die rein formelhafte Begründung des Ablehnungsbeschlusses nicht ersehen. Es ist ihr nicht zu entnehmen, warum die Strafkammer glaubt, daß das Bundeskriminalamt über keine besseren Forschungsmittel verfügt.

Selbst wenn aber das Gericht die Anhörung eines weiteren Sachverständigen nach § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO rechtlich fehlerfrei ablehnt und daher eine Verfahrensrüge insoweit keinen Erfolg hat, kann doch unter Umständen in der Unterlassung der Heranziehung eines weiteren Sachverständigen eine Verletzung der Aufklärungspflicht liegen und dieser Verfahrensfehler zur Aufhebung des Urteils führen. Das Strafverfahren wird beherrscht von der dem Gericht obliegenden Pflicht, die Wahrheit zu erforschen. Dieses Gebot bringt § 244 Abs. 2 StPO klar zum Ausdruck. Es zwingt das Gericht dazu, alle verfahrensrechtlich zugelassenen Beweismittel zu benutzen, um bestehende Zweifel zu klären und zu beseitigen. Es kann daher dazu führen, daß das Gericht auch dann zur Erholung eines weiteren Beweises, wie hier zur Anhörung eines weiteren Sachverständigen, genötigt ist, wenn es einen hierauf zielenden Antrag mit verfahrensrechtlich zulässiger Begründung ablehnen kann. Zwar mögen verschiedene der in § 244 Abs. 3 StPO aufgeführten Gründe, die die Ablehnung eines Beweisantrags rechtfertigen, keinen Raum mehr für eine Aufklärungsrüge geben. Dies ist zweifellos der Fall, wenn die Erhebung eines Beweises unzulässig ist; es wird auch zutreffen, wenn die Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig, die zu erweisende Tatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung oder das Beweismittel völlig ungeeignet oder unerreichbar ist. Es gilt jedoch nicht für die Ablehnung des Antrages auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen nach § 244 Abs. 2 Satz 2 StPO. Hier können besondere Umstände vorliegen, die zur Benutzung des weiteren Beweismittels drängen oder die Benutzung mindestens nahe legen. Das Gericht wird dann von seiner Pflicht zur Aufklärung nicht dadurch befreit, daß ihm das Verfahrensrecht die Möglichkeit gibt, den Antrag unter bestimmten Gesichtspunkten abzulehnen. Solche besonderen Umstände sind hier gegeben.

Der Angeklagte hatte behauptet, sein Bruder habe den Antrag selbst unterschrie-

ben und mit einem weiteren Versicherungsantrag für seine Ehefrau eingereicht und die Versicherungsverträge später beleihen wollen. Daß der Antrag für die Ehefrau des Bruders gefälscht war, stellt das Urteil nicht fest. Der Bruder hat seine Aussage verweigert. Die Bekundungen der Zeugen widersprechen sich. Entscheidend für die Bejahung der Schuld des Angeklagten war daher das Schriftgutachten. Der Beweis durch Schriftvergleichung ist schwierig, da Fehlbeurteilungen schon allein wegen der verschiedenen Methoden der Sachverständigen möglich sind (NJW 53, 477 Nr. 12). Die Gefahr eines Fehlurteils ist besonders groß, wenn, wie hier, die Vergleichsmöglichkeiten gering sind, da nur eine kurze Unterschrift auf ihre Richtigkeit zu untersuchen ist. Bei dieser Sachlage drängten die Umstände dazu, die sich darbietende und geeignet erscheinende Möglichkeit der Anhörung eines weiteren Sachverständigen vom Bundeskriminalamt auszunutzen. Das Urteil war daher aufzuheben. ..."[319]

Zur Aufklärungspflicht in die gleiche Richtung:

" ... Die Beiziehung eines Psychoanalytikers als weiteren Gutachters mußte sich der Jugendkammer auch nicht aufdrängen.

Sie hat zu der Frage, ob eine solche Maßnahme notwendig sei, in der Hauptverhandlung die drei beigezogenen psychiatrischen Sachverständigen gehört. Der Sachverständige Professor Dr. Lauber, der selbst die Methode der Psychoanalyse beherrscht, wie die Jugendkammer ausdrücklich feststellt, hat in Übereinstimmung mit den beiden anderen Sachverständigen die Anwendung dieser Methode für entbehrlich gehalten, weil von ihr angesichts der bisherigen Erkenntnisse in diesem Verfahren keine neuen weiteren Einblicke in das Seelenleben des Angeklagten zu erwarten seien, soweit es sich um die Frage seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit handele.

Demgegenüber meint die Revision, eine psychoanalytische Ausforschung hätte ergeben können, daß 'wesentliche Elemente der vom Beschwerdeführer begangenen Triebverbrechen, die Lust am Quälen, am Zerstören, sein Streben, die Opfer unter die eigene Botmäßigkeit zu bringen, um sie völlig zu beherrschen, seine Ausrichtung auf ihm unterlegene männliche Kinder besonderen Typs', auf ein störendes "Kindheits- oder Frühjugenderlebnis" zurückzuführen seien.

Es ist zwar nicht völlig auszuschließen, daß persönliche Erlebnisse eine tiefgreifende Persönlichkeitsveränderung herbeiführen können, die eine wesentliche Herabsetzung oder gar Beseitigung des Hemmungsvermögens zur Folge hat (BGH NJW 1955, 1726 Nr. 19). Um aber solche Zusammenhänge zu ergründen, durfte die Jugendkammer die Befragung und Begutachtung durch drei psychiatrische Sachverständige in einem Umfange, wie in diesem Verfahren geschehen, ohne Rechtsfehler für ausreichend halten. Die Psychiatrie als die Wissenschaft von den Seelenstörungen und Geisteskrankheiten, ihren Ursachen, Erscheinungs- und Verlaufsformen, ihrer Behandlung und Verhütung setzt die zur Erforschung und Beurteilung derartiger seelischer Vorgänge erforderlichen Kenntnisse voraus. Auch die herkömmlichen Methoden der psychiatrischen Diagnostik berücksichtigen alle Faktoren, die seelische Störungen auslösen können. Es kann hier dahinstehen, ob die Psychoanalyse als Verfahren zur Untersuchung und Behandlung seelischer Fehlleistungen durch Erforschung der dem Unbewußten entstammenden Triebkräfte und mit Hilfe der Traumdeutung geeignet sein kann, in tiefere geistig-seelische Schichten des Menschen einzudringen, als dies mit den herkömmlichen Methoden des Psychiaters und Psychologen möglich ist. Der Sachverständige Dr. Lauber beherrschte jedenfalls auch die Methode der Psychoanalyse. Überlegene Forschungsmittel im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO sind nur

319 BGH, Urteil vom 19.11.1956 - 2 StR 493/56

> Untersuchungsmethoden, die der vernommene Sachverständige nicht beherrscht oder die ihm unzugänglich sind, nicht aber solche, die er zwar anwenden könnte, aber im Einzelfalle nicht für sachdienlich hält (BGH 4 StR 165/68 vom 31. Mai 1968). Welcher von mehreren möglichen wissenschaftlich allgemein anerkannten Methoden sich der Sachverständige bedient, um dem Gericht die notwendige Sachkunde zu vermitteln, und welche Unterlagen er für sein Gutachten für erforderlich hält, unterliegt seinem pflichtgemäßen Ermessen. ..."[320]

Selbes Beweisthema: Das Tatgericht darf mit der Begründung, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei durch das frühere Gutachten bereist bewiesen, die Einholung eines weiteren Gutachtens nur ablehnen, wenn allein durch das frühere Gutachten zu demselben Beweisthema das Gegenteil der behaupteten Tatsache bewiesen ist:

> " ... 1. Die Verteidigung hatte für den Fall, daß die Strafkammer entgegen der Einschätzung des in der Hauptverhandlung gehörten Sachverständigen bei dem Angeklagten einen Hang im Sinne von § 63 Abs. 1 Nr. 3 StGB annehme, **beantragt, ein weiteres Sachverständigengutachten zur Frage des Hanges einzuholen. Als Sachverständige hatte sie zwei deutsche Hochschullehrer für forensische Psychiatrie benannt** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Diesen Antrag hat das Landgericht mit folgender Begründung zurückgewiesen: 'Diesem Beweisantrag war gemäß § 244 Abs. 3 S. 2 StPO nicht nachzugehen, weil … das Gegenteil der in dem Hilfsbeweisantrag steckenden Behauptung, der Angeklagte habe keinen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten, bereits bewiesen ist. Die von dem Angeklagten pauschal behaupteten besseren Forschungs- und Erkenntnismittel der von ihm benannten Sachverständigen vermag die Kammer nicht zu erkennen. Forschungsmittel im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 2, 2. Halbsatz StPO sind nur Hilfsmittel, derer sich der Sachverständige für seine wissenschaftlichen Untersuchungen zu bedienen pflegt. Diese sind nicht dargelegt und nicht ersichtlich. Auch im Übrigen gebietet § 244 Abs. 3 S. 2, 2. Halbsatz StPO nicht die Anhörung eines weiteren Sachverständigen.'
>
> Ausweislich der Urteilsgründe hatte der in der Hauptverhandlung gehörte Sachverständige einen Hang im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht sicher festzustellen vermocht, weil es während der Zeiten der Strafverbüßung keine Anlaßtaten des Angeklagten gegeben habe. Dem ist das Landgericht unter Hinweis darauf, daß sich der Angeklagte - wie sich aus zwei Verurteilungen wegen Körperverletzung ergibt - auch während der Haftzeiten nicht angepaßt und unauffällig geführt habe, nicht gefolgt.
>
> Der Beschwerdeführer rügt, daß die beantragte Beweiserhebung nicht hätte abgelehnt werden dürfen. Daß er dies als Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) beanstandet, steht der Zulässigkeit der Revisionsrüge nicht entgegen, denn deren Angriffsrichtung läßt sich dem Vortrag hinreichend deutlich entnehmen (vgl. Kuckein in KK 5. Aufl. § 344 Rdn. 34 m. w. N.).
>
> 2. Die Zurückweisung des Beweisantrags verstößt gegen § 244 Abs. 4 Satz 2 1. Halbs. StPO. Erkennbar auf diese Norm und nicht auf den allerdings dreimal zitierten Absatz 3 Satz 2 dieser Vorschrift hat das Landgericht dem Inhalt des Beschlusses nach seine Entscheidung gestützt. Nach § 244 Abs. 4 Satz 2 1. Halbs. StPO kann die Anhörung eines weiteren Sachverständigen abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist. Behauptet worden war, daß beim Angeklagten ein Hang im Sinne von § 63 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht

320 BGH, Urteil vom 21.11.1969 - 3 StR 249/68

vorliege. Das Gegenteil - also das Bestehen eines Hanges - konnte indes 'durch das frühere Gutachten' nicht erwiesen sein, da der gehörte Sachverständige einen Hang verneint hatte. Zwar war das Landgericht dieser Beurteilung nicht gefolgt; indes darf mit der Begründung, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei durch das frühere Gutachten bewiesen, die Einholung eines weiteren Gutachtens nur abgelehnt werden, wenn allein durch das frühere Gutachten zu demselben Beweisthema das Gegenteil der behaupteten Tatsache bewiesen ist (vgl. BGHSt 39, 49, 52 m. w. N.).

Damit gehen die weiteren Erwägungen des Landgerichts ins Leere: Ob der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen des früheren Gutachters überlegen sind, ist nur von Bedeutung, wenn das Gericht das Gegenteil der behaupteten Tatsache als 'durch das frühere Gutachten' bereits erwiesen ansehen und deshalb den Antrag auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen ablehnen will.

Der Senat kann nicht ausschließen, daß die Verhängung der Maßregel auf diesem Verfahrensfehler beruht. Zwar kann das Revisionsgericht, wenn - wie hier - ein Hilfsbeweisantrag in zulässiger Weise erst in den Urteilsgründen beschieden worden ist, die Ursächlichkeit des Verstoßes gegen § 244 Abs. 3 oder 4 StPO mit der Begründung verneinen, daß der Tatrichter den Antrag mit einer anderen Begründung rechtsfehlerfrei hätte ablehnen können (vgl. Meyer-Goßner, StPO 47. Aufl. § 244 Rdn. 86 m. w. N.). Ein solcher Ablehnungsgrund ergibt sich aber weder aus den Urteilsgründen noch liegt er sonst auf der Hand. Der Überlegung, das Landgericht habe durch das erste Gutachten die für die Beurteilung des Hanges erforderliche eigene Sachkunde erlangt und hätte deswegen den Antrag nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO ablehnen können, steht entgegen, daß § 246 a StPO in Verfahren, in denen mit der Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zu rechnen ist, die Vernehmung eines Sachverständigen unabhängig von dem Maß der Sachkunde des Gerichts zwingend vorschreibt und sich das Landgericht vor diesem Hintergrund eine eigene Sachkunde erkennbar nicht aufgrund des Gutachtens zugesprochen hat, dem es nicht folgen wollte.

3. Der Senat hat die Feststellungen insgesamt aufgehoben. Zwar weist das Urteil in der rechtlichen Würdigung und bei der Strafzumessung jeweils für sich genommen keine den Angeklagten benachteiligenden Rechtsfehler auf, jedoch ist für die Beurteilung des Hanges des Angeklagten durch den neuen Sachverständigen das Tatbild von wesentlicher Bedeutung. Im übrigen käme, sollte der nunmehr mit der Sache befaßte neue Tatrichter etwa feststellen, daß der Angeklagte, ehe er von seinem Opfer abließ, schon gewaltsam eine sexuelle Handlung an diesem vorgenommen hatte, wegen des dann vollendeten Delikts der sexuellen Nötigung (§ 177 Abs. 1 StGB) ein Rücktritt vom Versuch der Vergewaltigung (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB) nicht mehr in Betracht. An einem insoweit zum Nachteil des Angeklagten geänderten Schuldspruch wäre der neue Tatrichter nicht gehindert. Er hätte freilich beim Rechtsfolgenausspruch § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO zu beachten. ..."[321]

Fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages, auf dem das Urteil aber nicht beruhen kann:

" ... Die Rüge, das Landgericht habe den Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens fehlerhaft abgelehnt, ist zulässig erhoben. Einer Mitteilung des schriftlichen Sachverständigengutachtens durch die Beschwerdeführerin bedurfte es nicht, da weder der Beweisantrag noch der ablehnende Gerichtsbeschluss auf Umstände abgehoben haben, die sich aus dem Text des Gutachtens hätten ergeben können. Eine Konstellation, wie sie dem Beschluss des Senats vom

321 BGH, Beschluss vom 10.08.2004 - 3 StR 240/04

16. Oktober 1998 - 3 StR 335/98 (StV 1999, 195, Ls.) zugrunde gelegen hatte, war nicht gegeben.

In der Sache hält der Beschluss rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Landgericht hat den Antrag abgelehnt und zur Begründung lediglich ausgeführt, es sei weder anzunehmen, dass der gehörte Sachverständige nicht über ausreichende Sachkunde noch dass ein anderer Sachverständiger über überlegene Forschungsmittel verfüge. Damit fehlt es an der für eine Ablehnung nach § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO vorrangig erforderlichen Überzeugung des Gerichts, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei durch das frühere Gutachten bereits erwiesen. Unter Beweis gestellt war, dass Bodenspuren vom Fahrzeug und den Schuhen des Angeklagten mit am Tatort gesicherten Bodenproben "übereinstimmen". Das Gegenteil, nämlich dass Spuren und Proben nicht übereinstimmen, hat das Landgericht in dem Beschluss - und auch in seinem Urteil - nicht dargelegt.

Der Senat kann ausschließen, dass das Urteil, das im Übrigen durch eine sorgfältige Beweiswürdigung auffällt, auf der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags beruht. Das Landgericht hat sich ausführlich mit dem Gutachten des gehörten Sachverständigen auseinandergesetzt und dargelegt, warum es sich - beim Fehlen von individuellen außergewöhnlichen Beimengungen wie Öl oder anderen im Boden enthaltenen Stoffen - allein aufgrund der Übereinstimmung der Spuren mit drei von ca. 100 gezogenen Proben in Farbgebung und Korngrößenverteilung - nicht davon überzeugen konnte, dass sich der Angeklagte oder sein Fahrzeug am Tatort befunden hatten. Es hat damit lediglich die Wertung des Sachverständigen, dies sei "wahrscheinlich bis sehr wahrscheinlich" der Fall gewesen, nicht nachvollzogen und dabei auch dessen Ausführungen berücksichtigt, wonach Spuren und Proben in Farbe und Korngrößenverteilung (nur zufällig) übereinstimmen könnten, obwohl sie von verschiedenen Orten stammen würden. Dass ein weiterer Sachverständiger dem Landgericht hierzu zusätzliche Erkenntnismöglichkeiten für seine Überzeugungsbildung hätte vermitteln können, wird von der Nebenklage weder in dem Beweisantrag noch in der Revisionsbegründung aufgezeigt und ist auch unabhängig hiervon nicht ersichtlich. ..."[322]

Zweifelhafte Sachkunde des früheren Gutachters

Es soll darauf ankommen, ob die Sachkunde der/s Sachverständigen "für das Gericht" zweifelhaft war:

„ … Auch die sehr ausführliche Begründung, mit der das Landgericht den Beweisantrag, zur Frage der Glaubwürdigkeit des Kindes noch das Gutachten eines 'Psychologenteams' einzuholen, abgelehnt hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Da die Sachkunde der Sachverständigen N für das Gericht nicht zweifelhaft war und da die Verteidigung nichts für ihre Ansicht vortragen konnte, daß schon 'die Tatsache der Zusammenarbeit' einer solchen Gruppe ein überlegenes Forschungsmittel i. S. des § 244 Abs. 4 StPO darstelle, hat das Landgericht den Beweisantrag zu Recht abgelehnt (vgl. außer den bereits vom Generalbundesanwalt angeführten unveröffentlichten Entscheidungen BGH 1 StR 462/55 vom 15.12.1955 und 4 StR 250/68 vom 13.9.1968 noch BGH VRS 32, 266). ...“[323]

Es steht im pflichtgemäßem Ermessen des Tatgerichts über die Zweifelhaftigkeit der Sachkunde des Sachverständigen zu entscheiden:

322 BGH, Beschluss vom 03.11.2009 - 3 StR 355/09

323 BGH, Urteil vom 06.08.1969 - 4 StR 126/69 - Sichtweisen anderer Betrachter werden dadurch ausgeblendet

" ... Im vorliegenden Verfahren hatte die biologische Sachverständige Dr. Sch., eine Mitarbeiterin der Naturwissenschaftlichen Untersuchungsstelle der Hamburger Polizei, Textilvergleichsuntersuchungen angestellt, die insbesondere Faserübereinstimmungen ergaben zwischen einem blauen Halstuch, das der Drosselung des Opfers diente, und sechs verschiedenen Textilien aus der Wohnung der Mutter des Angeklagten, zwischen diesem Halstuch und einer vom Angeklagten getragenen Jeansjacke sowie zwischen dieser Jeansjacke und Material aus der Wohnung seiner Mutter (UA S. 23 bis 25). Erfolglos rügt die Revision, die Strafkammer habe zwei Beweisanträge, mit denen die Verteidigung geltend machte, die Begutachtung durch diese Sachverständige sei unbrauchbar, rechtsfehlerhaft behandelt.

Zunächst stellte die Verteidigung einen 'Beweisantrag', mit dem sie unter Hinweis auf zwei frühere Verfahren behauptete, daß die Sachkunde der genannten Sachverständigen zweifelhaft sei. Zum einen trug sie vor: In einem Ermittlungsverfahren wegen Mordes an zwei Kindern habe eine andere Mitarbeiterin derselben Untersuchungsstelle, Frau Dr. D., im Frühjahr 1984 im Rahmen einer Haarvergleichsuntersuchung ein Gutachten erstattet, das, wie zwei weitere Gutachten ergeben hätten, 'gröbste Fehler' enthalten habe. An jener Sache habe auch Frau Dr. Sch. mitgewirkt. Zum anderen berief sich die Verteidigung darauf, daß in einer weiteren Doppelmordsache, in der es um die Übereinstimmung von Textilfasern ging, das Landgericht Hamburg mit Urteil vom 3. Februar 1986 nicht dem Gutachten der Sachverständigen Dr. Sch., sondern demjenigen eines anderen Sachverständigen gefolgt war, weil ihre Sachkunde zweifelhaft erschien. Sodann stellte die Verteidigung im gleichen Zusammenhang den Beweisantrag, weitere Textilvergleichsuntersuchungen durch einen weiteren Sachverständigen vornehmen zu lassen, da das von Frau Dr. Sch. in vorliegender Sache erstattete Gutachten nach Form und Inhalt 'zur Entscheidungsfindung ungeeignet' sei (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Der Beschluß, mit dem die Strafkammer diese Anträge abgelehnt hat, hält der Nachprüfung stand.

Zu dem zuerst erwähnten Antrag, der lediglich Prozeßtatsachen betraf und deshalb einer Klärung im Wege des Freibeweises unterlag, führt die Strafkammer aus, daß 'die unter Beweis gestellten Behauptungen - soweit sie für die Entscheidung überhaupt bedeutsam sind - als bereits bewiesen angesehen werden können'. Auch unter Berücksichtigung dieser früheren Verfahrensabläufe hält sie die Einholung eines weiteren Gutachtens für entbehrlich, weil das Gegenteil der mit dem späteren Beweisantrag behaupteten Tatsachen auf Grund des von Frau Dr. Sch. erstatteten Gutachtens feststehe (§ 244 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO). Im übrigen ist sie der Auffassung, daß weder die Sachkunde dieser Sachverständigen zweifelhaft sei noch ihr Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgehe; die Sachverständige verfüge inzwischen auch über modernste Geräte (vgl. § 244 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO).

Soweit der Ablehnungsbeschluß darlegt, es habe sich entgegen dem Vorbringen der Verteidigung als richtig erwiesen, daß das zur Tat benutzte Halstuch nicht vom Opfer stammt, erhebt die Revision keinen Einwand. Gleiches gilt, soweit der Ablehnungsbeschluß feststellt, es sei nicht mehr möglich, die Textilvergleichsuntersuchungen, wie es die Verteidigung für erforderlich hielt, weiter als bereits geschehen auf den Lebensbereich des Opfers zu erstrecken. Allerdings schweigt der Ablehnungsbeschluß, worauf die Revision zu Recht hinweist, zu einer im späteren Beweisantrag beanstandeten Verhaltensweise der Gutachterin im vorliegenden Verfahren. Dafür, daß ihr Gutachten insoweit auf einer unzutreffenden tatsächlichen Grundlage beru-

he, ist jedoch dem Revisionsvorbringen nichts zu entnehmen. Vielmehr zeigen die Urteilsgründe, daß das erstattete Gutachten nicht im Widerspruch steht zu der Aussage des Zeugen L., die ergab, daß der Angeklagte die Jeansjacke, in deren Tasche sich Faserspuren befanden, die mit auf dem Halstuch gefundenen Fasern übereinstimmen, zur Tatzeit nicht getragen haben kann. Denn es besteht die Möglichkeit, daß die von der Gutachterin festgestellte Beziehung zwischen Halstuch und Jeansjacke durch ein vom Angeklagten benutztes - nicht ermitteltes - weiteres Textil (etwa ein Taschentuch) zustande kam, das seinerseits vor der Tat zu dem Halstuch Kontakt hatte und später mit dieser Jacke in Berührung kam (vgl. UA S. 24).

In ihrem Ablehnungsbeschluß nimmt die Strafkammer auch rechtsfehlerfrei und mit hinreichender Begründung an, die Sachkunde der Sachverständigen Dr. Sch. sei nicht zweifelhaft. Darüber hat der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden; mit Umständen, die Bedenken gegen die Sachkunde des gehörten Gutachters erwecken könnten, muß er sich auseinandersetzen (vgl. BGHSt 10, 116, 117; 23, 311, 312; BGH, Urt. vom 20. August 1953 - 4 StR 707/52; BGH, Beschl. vom 21. Juni 1985 - 2 StR 290/85 - bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1985, 494 = StV 1985, 489; BayObLGSt 1972, 96/97; OLG Celle NJW 1974, 616; vgl. ferner Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 244 Rdn. 310, 321).

Soweit die Revision sich gegen diese Entscheidung des Landgerichts wendet, scheitert ihre Rüge allerdings nicht schon daran, daß weder im Antrag der Verteidigung auf Einholung eines weiteren Gutachtens noch in der Revisionsbegründung dargetan ist, bei der Erstattung ihres Gutachtens in vorliegender Sache sei der Sachverständigen Dr. Sch. ein Fehler unterlaufen, indem sie ungeeignete Untersuchungsmethoden angewandt habe oder aus einem anderen Grunde zu unrichtigen Ergebnissen gekommen sei. Da es sich hier um ein Wissensgebiet handelt, das schwierige naturwissenschaftliche Fragen zum Gegenstand hat, die weder vom Gericht noch von der Verteidigung aus eigener Sachkunde beurteilt werden können, hängt die Zulässigkeit einer diesbezüglichen Rüge nicht davon ab, daß die Revision in dieser Hinsicht konkret begründete Einwendungen erhebt.

Soweit die Verteidigung mit ihren Anträgen geltend machte, in zwei früheren Fällen seien erhebliche Eignungsmängel hervorgetreten, ist die Auffassung der Strafkammer, gleichwohl sei die Sachkunde der Gutachterin nicht zweifelhaft, jedoch nicht zu beanstanden:

Rechtsfehlerfrei führt die Strafkammer aus, daß Frau Dr. Sch. seit sieben Jahren auf dem Gebiet der Textilvergleichung arbeite und demgemäß über umfangreiche Erfahrungen und Kenntnisse verfüge. Dabei durfte offen bleiben, ob das auch für den Bereich der Haaruntersuchung gilt; denn um diesen Bereich handelt es sich im vorliegenden Fall nicht. Die Strafkammer hat insoweit berücksichtigt, daß die von der Verteidigung geschilderten Fehlleistungen im ersten der beiden früheren Verfahren nicht Textil-, sondern Haarvergleichsuntersuchungen betrafen.

Was die Urteilsgründe des Landgerichts Hamburg im zweiten der früheren Verfahren angeht, meint die Strafkammer ebenfalls ohne Rechtsirrtum, daß diese Ausführungen keinen Anlaß geben, die Qualifikation von Frau Dr. Sch. im gegenwärtigen Verfahren anzuzweifeln. In jener Sache führte allein die Tatsache, daß im ersten der beiden früheren Verfahren 'zwei namhafte Wissenschaftler' das Gutachten der Naturwissenschaftlichen Untersuchungsstelle 'für grob fehlerhaft gehalten haben', dazu, auch im Hinblick auf die erneute Begutachtung die Sachkunde der Sachverständigen Dr. Sch., die seinerzeit an dem beanstandeten Gutachten mitgewirkt hatte, in Zweifel zu ziehen und einen weiteren Sachverständigen anzuhören. Bestimmte Fehler der Begutachtung in der ersten oder der zweiten Sache zeigte das Urteil vom 3. Februar

1986 jedoch nicht auf. Zutreffend weist die Strafkammer darauf hin, daß in der zuletzt genannten Sache 'zwei teilweise voneinander abweichende Textilfasergutachten" erstattet worden waren, von denen das Gericht nach dem Grundsatz "im Zweifel für den Angeklagten' dem weniger belastenden folgte, nämlich demjenigen, das eine geringere Anzahl von Faserübereinstimmungen auswies. Das reicht nicht aus, um Zweifel an der Sachkunde der Gutachterin in bezug auf das nunmehr erstattete Gutachten zu begründen. Das gilt um so mehr, als Frau Dr. Sch., wie ihr von der Revision vorgelegtes Ergänzungsgutachten zeigt, die im vorliegenden Fall angewandten Untersuchungsmethoden erläutert hat mit dem Bemerken, daß diese "bundesweit einheitlich" sind. Auch ergeben die von der Revision vorgelegten Untersuchungsberichte, daß diese Sachverständige die von ihr ermittelten Befundtatsachen umfassend dargelegt hat. Die Strafkammer hat sich mithin vergewissert, daß die Gutachterin sich allgemein anerkannter Methoden bedient und daß für einen auch noch in diesem Verfahren fortbestehenden Eignungsmangel keine Anhaltspunkte gegeben sind.

Schließlich hat die Verteidigung selbst nicht behauptet, daß ein anderer Sachverständiger über überlegene Forschungsmittel verfüge. Der von der Strafkammer angestellten Erwägung, Frau Dr. Sch. verfüge "inzwischen" auch über "modernste Geräte", entnimmt der Senat jedenfalls, daß die Naturwissenschaftliche Untersuchungsstelle der Hamburger Polizei zur Zeit der hier vorgenommenen Untersuchungen mit den nötigen Hilfsmitteln ausgestattet war. ..."[324]

Zum Nichtvorliegen solcher Zweifel:

" ... a) Das Landgericht hat den Landgerichtsarzt Dr. B. (A.) als Sachverständigen zur Frage der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten gehört (Bl. 175 bis 178). Er hat die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 und Abs. 2 StGB verneint. Der Tatrichter begründet die Ablehnung der Anträge des Angeklagten und des Verteidigers mit der Erwägung, die Sachkunde des Landgerichtsarztes sei nicht zweifelhaft. Sein Gutachten gehe nicht von falschen Voraussetzungen aus und enthalte keine Widersprüche. Die stationäre Beobachtung in einer Heil- oder Pflegeanstalt sei nicht erforderlich, da diese nicht über Forschungsmittel verfüge, die denen des früheren Gutachters überlegen seien (Bl. 191).

b) Diese Begründung entspricht den Erfordernissen des § 244 Abs. 4 StPO. Sie beschränkt sich nicht, wie die Revision meint, auf die Wiederholung des Wortlauts des Gesetzes, sondern weist in der Bewertung der Forschungsmittel der in Betracht kommenden Sachverständigen sachlichen Gehalt aus.

Zweifel an der Sachkunde des vernommenen Sachverständigen bestehen auch bei Berücksichtigung der von der Revision vorgetragenen Gesichtspunkte nicht. Er ist zwar nicht Facharzt für Nerven- und Geisteskrankheiten. Die in Bayern bestellten Landgerichtsärzte entsprechen aber im allgemeinen auf Grund ihrer Ausbildung und ihrer besonderen praktischen Erfahrungen den Anforderungen, die die Strafverfolgungsbehörden im Bereich nervenfachärztlicher Begutachtung an den Sachverständigen stellen müssen. Ihr Aufgabenbereich ist durch das Bayerische Gesetz über den gerichtsärztlichen Dienst vom 27. Juli 1950 (GVBl 110) in der Fassung des Gesetzes vom 29. März 1954 (GVBl 47) und durch die VO über den gerichtsärztlichen Dienst vom 6. Oktober 1950 (GVBl 113) in der Fassung vom 26. September 1951 (GVBl 199) geregelt. Der Ausbildungsgang, der durch eine Prüfung abgeschlossen wird, sieht u.a. eine Tätigkeit im nervenfachärztlichen Bereich vor. § 9 der VO verpflichtet die

324 BGH, Urteil vom 15.03.1988 - 1 StR 8/88 - Das ist eine eher bedenkliche Entscheidung, weil offenbar aus anderen Verfahren Erkenntnisse über womöglich fehlende Sachkunde vorlagen.

Gerichtsärzte ausdrücklich, sich mit den Fortschritten der ärztlichen Wissenschaft, insbesondere auf dem Gebiete der gerichtlichen Medizin, vertraut zu machen (vgl. BayObLGSt 1957, 57, 58). Sie sind, wie auch aus der Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 8. Mai 1970 hervorgeht, in aller Regel Ärzten, denen die Facharztbezeichnung zukommt, die sich aber nicht in großem Umfang mit den besonderen forensischen Aufgaben ihres Fachgebietes beschäftigt haben, ebenbürtig. Das schließt nicht aus, dass beim Vorliegen besonderer Umstände, insbesondere in schwierigen Grenzfällen, die Hinzuziehung eines bewährten Facharztes geboten sein kann. Derartige Gesichtspunkte sind hier aber nicht in Erscheinung getreten, so dass Bedenken gegen die Sachkunde des vernommenen Sachverständigen nicht bestehen.

Das Gutachten enthält auch keine Widersprüche. Maßgebend sind insoweit allein die Ausführungen des Sachverständigen in der Hauptverhandlung. Der Hinweis der Revision auf Teile des schriftlichen Gutachtens geht danach fehl. Im Übrigen ist keineswegs ausgeschlossen, dass auch ein halt- und willensschwacher, primitiver Psychopath sich "beherrschen" kann.

Die Beobachtung in einer Heil- oder Pflegeanstalt kann sich in besonderen Fällen als notwendig erweisen. Grundsätzlich stellt sie jedoch kein überlegenes Forschungsmittel gegenüber den Erkenntnismitteln eines Nervenfacharztes dar (BGHSt 8, 76). Das gilt auch im Verhältnis zu den Untersuchungsmethoden eines erfahrenen Gerichtsarztes. Anderenfalls müsste der Tatrichter in jedem Verfahren, in dem ein Gutachten ohne Anstaltsbeobachtung erstattet ist, einem derartigen Antrag stattgeben. Das entspricht jedoch nicht dem Sinn des Gesetzes. Weitergehende Untersuchungen sind überdies nach der Auffassung des Sachverständigen überflüssig (Bl. 178). ..."[325]

Zu Unfällen mit Beteiligung des Gehirns:

" ... Der Verteidiger hatte für den Fall einer Verurteilung zu Freiheitsstrafe ohne Strafaussetzung **die Vernehmung eines neurologisch-psychiatrischen Sachverständigen beantragt. Er hatte auf eine Schädelverletzung, die der Angeklagte früher erlitten habe, die dadurch bedingte Krankenhausbehandlung des Angeklagten und die zugehörigen ärztlichen Unterlagen hingewiesen und behauptet, der Angeklagte leide an einer irreparablen Schädigung der Gehirnsubstanz, die seine Persönlichkeit verändert habe, seine Urteilsfähigkeit und Impulskontrolle beeinträchtige und bei krampfartigen Anfällen eine Bewußtseinstrübung herbeiführe** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Strafkammer 'geht ... davon aus', daß der Angeklagte bei dem Unfall 'eine Kopfverletzung davongetragen hat' (UA S. 13, 14). Sie führt jedoch in den Urteilsgründen (UA S. 14) aus, daß sie dem Hilfsbeweisantrag aus folgenden Gründen nicht nachzugehen brauche: Der Angeklagte habe selbst nicht vorgetragen, zur Tatzeit unter den Unfallfolgen gelitten zu haben; Zeugen hätten bei ihm keine Ausfallerscheinungen beobachtet. Damit hat die, Kammer ersichtlich eigene Sachkunde zur Beurteilung der Schuldfähigkeit in Anspruch nehmen wollen. Die Voraussetzungen für eine hierauf gestützte Ablehnung des Beweisantrages (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO) werden indessen durch die Gründe des angefochtenen Urteils nicht ausgewiesen; sie liegen hier auch fern. Die Auswirkung von Unfällen mit Gehirnbeteiligung auf die Steuerungsfähigkeit gehört zu den fragen, für die die Sachkunde des Tatrichters regelmäßig nicht ausreicht (BGH NJW 1969, 1578; BGH StV 1988, 52; BGHR § 244 Abs. 4 StPO - Schuldfähigkeitsgutachten 1 - = StV 188, 4G). Unter diesen Umständen konnte das Landgericht. auch nicht aus dem Fehlen tatbezogener Ausfallerscheinungen ohne

325 BGH, Urteil vom 16.06.1970 - 1 StR 27/70

weiteres auf volle Schuldfähigkeit schließen. ..."[326]

Unzutreffende tatsächliche Voraussetzungen (Anknüpfungstatsachen)

Dazu konnten keine Entscheidungen gefunden werden, obwohl es in der Praxis eher oft vorkommt, dass von der Staatsanwaltschaft oder von Strafgerichten beauftragte Sachverständige ihren Gutachten - oftmals vorgegebene - unrichtige Anknüpfungstatsachen zugrunde legen. Dabei sind sie mit Unterstützung der Tatgerichte nicht einmal bereit, ihre Bewertung auf der Grundlage alternativer Tatsachen abzugeben.[327] Das ist in Strafsachen ein die Grenzen des Rechtsstaates betreffendes Problem. Dieses ist vergleichbar mit dem Missstand, das sich Sachverständige, die von der Staatsanwaltschaft oder ihrem „Hausgericht" beauftragt werden, nur ungern mit den Einwänden Beteiligter[328] befassen und damit leider zu oft durchkommen.

Widersprüche im Vorgutachten

Widersprüche - erhebliche Mängel und Unklarheiten - in Vorgutachten und fleißige VerteidigerInnenarbeit können zum Erfolg führen:

> " ... In der Hauptverhandlung stellte die **Verteidigerin, nachdem der Sachverständige Dr. B. sein Gutachten erstattet hatte, den Beweisantrag, ein (weiteres) medizinisch-psychiatrisches Sachverständigengutachten unter anderem zum Beweis der Tatsachen einzuholen, daß der Angeklagte nicht, wie vom Sachverständigen Dr. B. angenommen, an einer Schizophrenia simplex oder einer schizotypen Persönlichkeitsstörung leide, vielmehr seelisch und geistig gesund sei. Sie stützte diesen Antrag auf ein von ihr vorgelegtes methodenkritisches Gutachten des Sachverständigen Dr. W., der sich mit dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. B. kritisch auseinandersetzte und sowohl formale Mängel rügte als auch 'in inhaltlicher Hinsicht erhebliche Zweifel (formulierte), ob die im Gutachten dargelegten Anknüpfungspunkte die von Dr. B. vorgenommenen diagnostischen Zuordnungen tragen.' Es seien kaum objektivierbare psychopathologische Anknüpfungspunkte dargelegt; eine Ableitung der Diagnose aus diagnostisch relevanten biographischen Besonderheiten fehle weitgehend ebenso wie eine Auseinandersetzung mit dem unauffälligen Verlaufsbericht über die vorläufige Unterbringung nach § 126 a StPO. In dem dem Landgericht vorgelegten schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. W. waren diese inhaltlichen Zweifel im Einzelnen ausgeführt. Es enthielt unter anderem auch folgende Hinweise:**
>
> **'Psychodiagnostische Überlegungen dazu, wie sich die von Dr. B. angenommene - Störung in der vorgeworfenen Tatsituation konkret ausgewirkt haben soll, enthält das Gutachten nicht (...), was insoweit den gutachtlichen Ausführungen einen eigentümlich spekulativ-beliebigen Charakter verleiht'. (...) '(Es besteht) eine nicht unerhebliche Gefahr eines logischen Zirkelschlusses: Ausgehend von den bizarr-erschreckenden Umständen des Leichenfundes, die die Mutmaßung nahe legen, daß es sich hier um einen schwer psychisch gestörten Täter gehandelt haben dürfte, könnte man versucht sein, den Tatverdächtigen zu 'psychopathologisieren', um ihn für die ihm unterstellte Tat 'passend' zu machen - gewissermaßen nach dem Motto: Wer so etwas tut, der muß verrückt sein. Diese Gefahr sehe ich im vorliegenden Fall umso mehr, als die von Dr. B. vorgenommenen diagnostischen Zuordnungen mir**

326 BGH, Beschluss vom 02.05.1989 - 5 StR 153/89

327 Bayerlein/Bleutge/Roeßner, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 6. Auf., § 10 Rz. 2 ff, Grossmann, a.a.O, § 11 Rz. 56, § 12 Rz. 13, 14, § 14 Rz. 24, 25, § 15 Rz. 42, § 17 Rz. 3, Westphal, a.a.O., § 28 Rz. 34, Franzki, a.a.O., § 52 Rz. 82

328 Westphal, a.a.O., § 29 Rz. 20, 27

ausgesprochen schwach begründet erscheinen (...) (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).'

Das Landgericht hat den Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei bereits erwiesen. Die Sachkunde des Sachverständigen sei nicht zweifelhaft. Die gerügten Mängel beträfen lediglich das vorläufige schriftliche Gutachten; der Sachverständige habe sein Ergebnis jedoch mündlich vorgetragen. Er habe seinem Gutachten im Gegensatz zu dem Sachverständigen Dr. W. den Akteninhalt und das Ergebnis der Beweisaufnahme zugrunde gelegt.

4. Mit der Ablehnung hat das Landgericht gegen § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO verstoßen, denn die Sachkunde des früheren Gutachters war nach Lage der Dinge zweifelhaft, sein Gutachten nicht ohne Widersprüche.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann für die Anwendung der §§ 20, 21 StGB regelmäßig nicht offen bleiben, welche der Eingangsvoraussetzungen des § 20 StGB vorliegt. Das gilt gleichermaßen für die Anordnung des § 63 StGB (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 232; BGH StraFo 2003, 282; Beschl. vom 21. September 2004 - 3 StR 333/04), denn dieser setzt einen länger dauernden psychischen Defektzustand des Betroffenen voraus, auf welchem dessen Gefährlichkeit beruht (vgl. etwa BGHSt 34, 24, 28; 42, 385, 388; BGH NStZ 1991, 528; BGH NStZ-RR 1997, 166; 2000, 298; Hanack in LK StGB 11. Aufl. § 63 Rdn. 66; Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 63 Rdn. 6 f., 12, jeweils m.w.N.). Selbst wenn im Einzelfall die Grenzen zwischen diagnostischen Zuordnungen nach einem der gängigen Klassifikationssysteme fließend und die Einordnung unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB schwierig sein mögen, weil z. B. mehrere Merkmale gleichzeitig vorliegen oder keines in 'reiner' Form gegeben ist, ist das Tatgericht gehalten, zum einen konkrete Feststellungen zu den handlungsleitenden Auswirkungen der Störung zum Zeitpunkt der Tat (vgl. § 20 StGB) zu treffen und zum anderen auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung von Persönlichkeit, Lebensgeschichte, Lebensumständen und Verhalten des Angeklagten und der Anlaßtat in nachprüfbarer Weise darzulegen, worin der 'Zustand' des Beschuldigten besteht und welche seiner Auswirkungen die Anordnung der gravierenden, unter Umständen lebenslangen Maßregel nach § 63 StGB gebieten. Die bloße Angabe einer Diagnose im Sinne eines der Klassifikationssysteme ICD-10 oder DSM-IV ersetzt weder die Feststellung eines der Merkmale des § 20 StGB noch belegt sie für sich schon das Vorliegen eines Zustands im Sinne des § 63 StGB (vgl. BGH, Beschl. vom 21. September 2004 - 3 StR 333/04 m.w.N.).

b) Das Gericht, das sich zur Prüfung der genannten Voraussetzungen der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen hat (§ 246 a StPO), muß dessen Tätigkeit überwachen und leiten. Dazu gehört insbesondere auch die Prüfung, ob Grundlagen, Methodik und Inhalt des Gutachtens den anerkannten fachwissenschaftlichen Anforderungen genügen (zur Sachleitungs- und Prüfungspflicht des Gerichts vgl. Jähnke in LK 11. Aufl., § 20 Rdn. 89, 92 f.; Tröndle/Fischer aaO § 20 Rdn. 63, 64 a ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung).

Vorliegend hatte die Verteidigung mit dem Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zutreffend auf erhebliche Mängel jedenfalls des vorbereitenden schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. B. hingewiesen. Daß der Sachverständige diese im Beweisantrag und im Gutachten des Sachverständigen Dr. W. konkret angesprochenen Mängel in seinem mündlichen Gutachten behoben oder die Einwände ausgeräumt hat, hat das Landgericht in dem den Antrag zurückweisenden Beschluß nicht dargelegt. Die Urteilsgründe belegen eher das Gegenteil.

Das Gutachten entsprach in formaler und inhaltlicher Hinsicht nicht den Anforderungen, die in der Rechtsprechung und forensisch-psychiatrischen wissenschaftlichen Literatur an entsprechende Gutachten gestellt werden (vgl. dazu im einzelnen etwa Foerster/Venzlaff, in: Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, 4. Aufl. 2004, S. 31 ff.; Foerster/Leonhardt, ebd. S. 43, 47 f.; Nedopil, Forensische Psychiatrie, 2. Aufl. 1996, S. 274, 282 ff.; Rasch, Forensische Psychiatrie, 2. Aufl. 1999, S. 313 ff.; Heinz, Fehlerquellen forensisch-psychiatrischer Gutachten, 1992; Venzlaff, Fehler und Irrtümer in psychiatrischen Gutachten, NStZ 1983, 199; Maisch, Fehlerquellen psychologisch-psychiatrischer Begutachtung im Strafprozeß, StV 1985, 517; jeweils m.w.N.).

aa) In formaler Hinsicht war auffällig, daß das schriftliche Gutachten weder eine Sexualanamnese noch eine detaillierte Beziehungsanamnese enthielt. Auch die bewertenden Darlegungen zur Biographie und zur psychiatrischen Entwicklung (Gutachten S. 36 ff.) erscheinen teilweise auf formale Aspekte beschränkt.

bb) Soweit der Sachverständige hier zu Bewertungen gelangte, sind diese teilweise auch im Zusammenhang nur schwer verständlich, etwa wenn von 'einer gewissen magisch-mystischen Sicht- und Denkweise', von 'umfassender Exzentrizität', 'großen soziointegrativen Fähigkeiten' u.s.w. die Rede ist (ebd. S. 44 f.), ohne daß diese zusammenfassenden, stark subjektiv wertenden Beschreibungen hinlänglich konkretisiert werden. Die Zusammenfassung, wonach 'man hier allenfalls an eine sogenannte vor sich hindümpelnde psychische Erkrankung denken (würde), die mit einer gewissen sozialen 'Unmöglichkeit', bizarr manierten Verhaltensmustern und einer gewissen affektiven (...?) inadäquat vergesellschaftet als sogenannte schizophrenia simplex ... in Erscheinung treten könnte' (ebd. S. 47), macht die Diagnose nach ICD-10, F 20.6, auf welche hingewiesen wird, kaum nachvollziehbar.

cc) Hinzu kommt, daß das Gutachten im Zusammenhang mit der Wiedergabe der Explorationsgespräche eine Vielzahl abwertender Beschreibungen und Bewertungen der Person und des Verhaltens des Angeklagten enthält, die durch die Notwendigkeit diagnostisch-wertender Beschreibung nicht stets geboten erscheinen.

Beispielhaft hierfür sind etwa die Beschreibungen, es hätten sich 'immer wieder süffisante Grinseinlagen (gefunden)'; der Angeklagte habe 'pathologische Witzelsüchtigkeit mit sarkastischer Unterlegung' (S. 29) und 'ein von Theoretisierereien und persönlichen Interpretationen geprägtes Schildern der Tat' (S. 30) gezeigt; er habe sich 'in läppisch distanzloser Art auf den Schreibtisch positioniert, eine Zigarette rauchend, den Rauch aus den Mundwinkeln ausblasend (...), sichtlich die Macht genießend, eine gewisse Hilflosigkeit bei Unterzeichner auszulösen ...' (S. 28); er habe sich 'in seiner Informationspolitik wenig durchsichtig' und 'sich in der Verweigerung suhlend' gezeigt (S. 29). In ihrer Häufung konnten diese Beschreibungen, welche die Grenze zwischen der Darstellung von Befundtatsachen und allgemein persönlichen Abwertungen teilweise überschritten, nicht nur die Objektivität des Gutachters in Frage stellen (vgl. Nedopil aaO S. 282). Sie konnten damit auch die Besorgnis begründen, daß der Sachverständige den Erfordernissen einer differential-diagnostischen Befunderhebung möglicherweise nicht die gebotene Aufmerksamkeit hatte zukommen lassen. Soweit von einem 'Schildern der Tat' die Rede war, war dies schon mit dem Umstand nicht vereinbar, daß der Angeklagte die Tat stets - auch gegenüber dem Sachverständigen - bestritten hat.

Das zur Frage der Schuldfähigkeit und zu den Voraussetzungen des § 63 StGB einzuholende Gutachten wird zwar, um die Diagnose rational nachvollziehbar und für das Gericht verständlich und überprüfbar zu machen, auf Verhaltensbeschreibungen, wertungsbehaftete Charakterisierungen und alltagssprachliche Umsetzungen klinischer Befunde nicht verzichten können. Dies ergibt sich auch aus den Merkmalsbe-

schreibungen der Klassifikationssysteme, so wenn etwa die Diagnose der 'schizotypen Störung' (ICD-10, F 21) durch die Feststellung 'eigentümlichen Verhaltens', 'seltsamer Glaubensinhalte', der Exzentrizität oder von gekünstelter Sprache getragen werden kann. Eine solche Darstellung ist aber kein Selbstzweck.

dd) Inhaltliches Ziel des Gutachtens ist es, dem Gericht eine Beurteilung zu ermöglichen, ob zum Zeitpunkt der Tat eine der Eingangsvoraussetzungen des § 20 StGB vorgelegen hat und ob, ggf. wie diese sich auf die Unrechtseinsicht des Beschuldigten oder auf seine Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat. Für die Frage einer möglichen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist darüber hinaus zu klären, ob aufgrund der die Schuldfähigkeit bei der Anlaßtat beeinträchtigenden psychischen Störung ein längerfristiger Zustand des Beschuldigten besteht, welcher dessen Gefährlichkeit im Sinne von § 63 StGB begründet und daher die Unterbringung gebietet.

Hierfür können in der Regel die Diagnose der psychischen Störung sowie ihre Einordnung unter die Eingangsmerkmale des § 20 StGB nicht offen bleiben. Vorliegend hatte der Sachverständige in seinem vorbereitenden schriftlichen Gutachten offen gelassen, ob bei dem Angeklagten eine 'schizotype Störung' (ICD-10, F 21) oder eine 'schizophrenia simplex' (ICD-10, F 20.6) vorliege, die beide dem Merkmal 'krankhafte seelische Störung' im Sinne von § 20 StGB zuzuordnen seien; eine Persönlichkeitsstörung im Sinne einer 'schweren anderen seelischen Abartigkeit' (SASA) liege nicht vor (Gutachten S. 47 ff., 51). In seinem in der Hauptverhandlung erstatteten mündlichen Gutachten kam er dagegen zu der Ansicht, es sei 'die festgestellte schizotype Persönlichkeitsstörung entweder unter das Eingangsmerkmal der krankhaften seelischen Störung oder unter das der anderen seelischen Abartigkeit zu fassen' (UA S. 38); eine schizophrene Psychose liege nicht vor (UA S. 37). Eine Persönlichkeitsstörung sei gleichfalls nicht gegeben (UA S. 36/37), vielmehr eine in der Persönlichkeit verankerte Störung mit schizophrenietypischen Zügen, für welche ein Suchtmittelmißbrauch symptomatisch sei (UA S. 37).

Die letztgenannte Diagnose ist - gerade auch unter Heranziehung der Beschreibungen in den Klassifikationssystemen - schon aus sich heraus kaum nachvollziehbar. Sowohl im Ablehnungsbeschluß des Landgerichts als auch im Urteil fehlt jede Darlegung, aus welchen objektivierbaren Gründen der Sachverständige in der Hauptverhandlung von seinem vorbereitenden Gutachten abwich und ob diese Gründe mit ihm erörtert worden sind.

ee) Feststellung und Begründung der Diagnose einer Störung belegen nicht deren strafrechtliche Relevanz im Sinne von §§ 20, 21 StGB (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 21. Januar 2004 - 1 StR 346/03 = NJW 2004, 1810, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen; BGH, Beschluß vom 21. September 2004 - 3 StR 333/04; vgl. auch Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl., § 20 Rdn. 44; Jähnke in LK 11. Aufl., § 20 Rdn. 34 f.; jew. m.w.N.). Entscheidend für die inhaltliche Brauchbarkeit des Gutachtens ist, ob es wissenschaftlich hinreichend begründete Aussagen über den Zusammenhang zwischen einer diagnostizierten psychischen Störung und der Tat enthält, welche Gegenstand des Verfahrens ist. Es ist also - unabhängig von der Einordnung unter ein Eingangsmerkmal des § 20 StGB - im Einzelnen konkret darzulegen, ob und ggf. wie sich die Störung auf das Einsichts- oder Hemmungsvermögen des Beschuldigten tatsächlich ausgewirkt hat (vgl. Schreiber/Rosenau, in: Venzlaff/Foerster aaO, S. 51, 77 f.; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 20 Rdn. 31). Nichts anderes gilt für die Beurteilung des 'Zustands' im Sinne von § 63 StGB, denn es gibt weder eine abstrakte 'Schuldunfähigkeit' ohne Bezug zu einem konkreten Delikt noch einen abstrakten 'Zustand' ohne diesen Bezug, aus welchem sich symptomatisch die die Unterbringung erfordernde Gefährlichkeit des Beschuldigten ergibt.

An einer Darlegung dieses Zusammenhangs fehlte es in dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. B. gänzlich; ein solcher Zusammenhang ergibt sich auch aus der Wiedergabe des mündlich erstatteten Gutachtens im angefochtenen Urteil nicht. Hier bleibt schon offen, in welchen forensisch relevanten Eigenschaften, Dispositionen oder Einschränkungen der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit die festgestellte 'chronische Krankheit' (UA S. 39) des Angeklagten sich überhaupt ausdrückt. Als 'symptomatisch' wird insoweit allein der Suchtmittelmißbrauch genannt; Feststellungen zu Ausmaß oder Auswirkungen des Konsums von Haschisch oder anderen Rauschmitteln am Tattag fehlen jedoch. Auch im Übrigen ergibt sich weder aus dem schriftlichen Gutachten noch den Darlegungen im Urteil, in welcher konkreten Weise sich die beim Angeklagten festgestellten psychischen Auffälligkeiten bei der Tat ausgewirkt haben könnten. Zutreffend hat der Sachverständige Dr. W. in seinem von der Verteidigung zur Begründung des Beweisantrags vorgelegten Gutachten darauf hingewiesen, das Gutachten des Sachverständigen Dr. B. zeige eine gewisse Zirkelschlüssigkeit und habe einen 'eigentümlich spekulativ-beliebigen Charakter'.

ff) Eine kritische Beurteilung des Gutachtens und der Sachkunde des Gutachters lag jedenfalls unter Berücksichtigung der Begründung des Beweisantrags für den Tatrichter auch deshalb nahe, weil das Gutachten ausschließlich zu Diagnosen (entweder 'schizophrenia simplex' oder 'schizotype Störung') gelangte, von deren Verwendung im Klassifikationssystem ICD-10 ausdrücklich abgeraten wird. Überdies lagen wichtige Merkmale der festgestellten 'schizotypen Störung', namentlich zeitlich überdauernde Auswirkungen auf Biographie, Verhalten oder Auffälligkeiten des Betroffenen, gerade nicht vor; das Gutachten befaßte sich damit nur vage und unklar. Darüber hinaus ließ das Gutachten eine hinreichende differenzialdiagnostische Erörterung vermissen; die diagnostischen Schlußfolgerungen waren letztlich auf wenig mehr gestützt als die (unterstellte) Begehung der Tat selbst.

gg) Auch die Schlußfolgerungen, die der Sachverständige aus diesen eher unklaren und unsicheren Feststellungen auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Angeklagten vom Tatzeitpunkt gezogen hatte, hätten dem Gericht Anlaß zur kritischen Überprüfung geben müssen. In seinem schriftlichen Gutachten hatte der Sachverständige ausgeführt, der Angeklagte sei zwar 'grundsätzlich als psychisch gestört und geisteskrank zu betrachten'. Die Auffälligkeiten hätten aber mangels akuter paranoider Symptomatik und akuter Derealisation 'eben nicht einen vollumfänglichen Verlust seiner Einsichtsfähigkeit nach sich gezogen' (Gutachten S. 52). Es sei jedoch festzustellen, daß der Angeklagte in seiner Wahrnehmung und Interpretation von Sicht- und Denkweisen des alltäglichen Lebens und seiner Beziehung zu dem Tatopfer 'beeinträchtigt gewesen sein muß'. Das habe 'eine gewisse Verzerrung der Realität' nach sich gezogen, was wiederum 'zu einer Uminterpretation von realen Begebenheiten führte'; dadurch seien 'die Sicht- und Denkweisen beeinträchtigt' worden. Daher sei die Steuerungsfähigkeit erheblich vermindert gewesen (ebd.).

In seinem mündlichen Gutachten führte der Sachverständige ausweislich des Urteils dann im ausdrücklichen Gegensatz hierzu aus, hinsichtlich der Einsichtsfähigkeit des Angeklagten sei 'von dessen vollem Erhalt bis hin zu dessen völligem Verlust alles denkbar' (UA S. 37). Für diesen grundlegenden Wechsel in der Beurteilung findet sich keine Begründung; aus der Wiedergabe des Gutachtens kann auch nicht nachvollzogen werden, wie die von dem Sachverständigen für möglich gehaltenen Alternativen der Unrechtseinsicht mit dem psychodiagnostischen Krankheitsbild des Angeklagten in Einklang zu bringen sein könnten. Die hypothetische Feststellung, entweder die Einsicht oder die Steuerungsfähigkeit habe gefehlt, würde voraussetzen, daß der psychische Defekt des Betroffenen sich tatsächlich in einer solchen alternativen Weise konkret auswirken konnte. Zur Begründung dieser Feststellung bedürfte es je-

denfalls eingehender Darlegungen zur Diagnose der Störung und zu ihrer konkreten Auswirkung auf die Tatbegehung. Hieran fehlte es hier offensichtlich; die vage Aussage des Sachverständigen zur Auswirkung der Störung beruhte vielmehr gerade auf der Unschärfe der diagnostischen Zuordnung.

c) Angesichts dieser erheblichen Mängel und Unklarheiten des vorbereitenden schriftlichen und des mündlich erstatteten Gutachtens durfte das Landgericht den Beweisantrag auf Einholung eines weiteren medizinisch-psychiatrischen Sachverständigengutachtens nicht mit der Begründung ablehnen, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei bereits erwiesen, und die Sachkunde des Sachverständigen Dr. B. sei nicht zweifelhaft, ohne sich eingehend mit den erhobenen Beanstandungen auseinanderzusetzen. Die gravierenden Einwände, welche das Gutachten des Sachverständigen Dr. W. gegen Methodik und Ergebnisse des schriftlichen Gutachtens erhob, mußten Anlaß sein, die vom Sachverständigen mündlich vorgetragenen Ergebnisse sowie die Abweichungen und ggf. deren Begründung besonders kritisch zu prüfen. Dies hat das Landgericht nicht getan; vielmehr hat es die in vielfacher Hinsicht zweifelhaften Ausführungen des Sachverständigen allein dahingehend gewürdigt, sie seien 'gut verständlich und nachvollziehbar' gewesen und die Kammer schließe sich ihnen an (UA S. 37, 40). Mit der im Ablehnungsbeschluß gegebenen Begründung hat sich das Landgericht daher seiner Aufgabe einer kritischen Überprüfung und Würdigung des Sachverständigengutachtens gerade entzogen, indem es die Mängel des vorbereitenden schriftlichen Gutachtens mit dem Hinweis auf das mündliche Gutachten beiseite schob. Dies wäre nur dann tragfähig, wenn das mündlich erstattete Gutachten seinerseits fehlerfrei gewesen und wenn die Abweichungen zum schriftlichen Gutachten nachvollziehbar erklärt wären. Hieran fehlte es; nach der Wiedergabe des Gutachtens in den Urteilsgründen setzten sich die von dem Sachverständigen Dr. W. angesprochenen Fehler vielmehr im mündlichen Gutachten fort und führten darüber hinaus zu neuen Widersprüchen (vgl. BGHSt 23, 176, 185; BGH NStZ 1990, 244; 1991, 448; Meyer-Goßner, StPO 47. Aufl., § 244 Rdn. 76 m.w.N.).

d) Danach war hier die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft; die Beweiserhebung war daher erforderlich. Eigene, unter Umständen durch das erste Gutachten vermittelte Sachkunde des Gerichts, welche die Ablehnung hätte tragen können, lag nicht vor.

5. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Urteils insgesamt. Daß die Staatsanwaltschaft das Urteil nicht angefochten hat und daß § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO einer Bestrafung entgegenstünde, auch wenn der neue Tatrichter jedenfalls eine Aufhebung der Schuldfähigkeit ausschließen könnte, steht der Aufhebung nicht entgegen, denn wenn die Voraussetzungen für die Anordnung der Maßregel nach § 63 StGB nicht vorlägen, so dürfte sie selbstverständlich auch dann nicht erfolgen, wenn die Verhängung einer Strafe aus Rechtsgründen ausschiede.

Im Hinblick auf die überaus enge Verflechtung der Feststellungen zum Tathergang, zur Motivation des Angeklagten und zu seinem Nachtatverhalten mit denjenigen zu den Voraussetzungen des § 63 StGB scheidet eine Aufrechterhaltung von Feststellungen hier aus, auch wenn das Urteil insoweit rechtsfehlerfrei ist. Insoweit merkt der Senat an, daß die Rüge einer Verletzung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO aus den vom Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführten Gründen jedenfalls unbegründet ist.

Der neue Tatrichter wird Gelegenheit zu umfassenden neuen Feststellungen haben. Es erscheint naheliegend, zur Frage der Schuldfähigkeit und der Maßregelanordnung (auch) einen anderen Sachverständigen mit der Gutachtenerstattung zu beauftra-

gen. ..."[329]

Neue überlegene Forschungsmittel

Verweigert ein Angeklagter dem gerichtlich bestellten Sachverständigen die (psychiatrische/psychologische) Untersuchung, so verfügt ein weiterer Sachverständiger nicht deswegen über überlegene Forschungsmittel, weil sich der Angeklagte von diesem (Sachverständiger des Vertrauens) untersuchen lassen würde, obwohl dadurch zutreffende tatsächliche Voraussetzungen geschaffen werde könnten:

> " ... Unbegründet ist die Rüge, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft die beantragte Erholung zweier weiterer Sachverständigengutachten zur Frage erheblich verminderter Schuldfähigkeit abgelehnt - Verstoß gegen § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO. **Der Antrag war gestellt worden, nachdem die vom Angeklagten beauftragte Sachverständige aus dem Prozeß ausgeschieden war, und darauf gestützt, daß sich der Angeklagte von den gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht untersuchen lasse** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).
>
> a) Das Landgericht konnte den Beweisantrag mit der Begründung ablehnen, das Gegenteil der Beweisbehauptung sei bereits erwiesen. Entgegen dem Revisionsvortrag verfügen die vorgeschlagenen Sachverständigen nicht über Forschungsmittel, die denen des gerichtlich bestellten Psychiaters und des Psychologen überlegen erscheinen, auch wenn sich der Angeklagte von den von ihm vorgeschlagenen Sachverständigen untersuchen lassen würde.
>
> Forschungsmittel im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO sind Hilfsmittel und Verfahren, deren sich der Sachverständige für seine wissenschaftlichen Untersuchungen bedient und deren Anwendung auch den Erstgutachter in entscheidungserheblicher Weise zu einem zuverlässigeren und überzeugenderen Ergebnis hätten gelangen lassen (BGHSt 23, 176, 186; Julius in Heidelberger Kommentar, StPO § 244 Rdn. 42; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg 24. Aufl. § 244 Rdn. 319 je m.w.Nachw.). Gemeint sind nur solche Forschungsmittel, die infolge Ausbildung, Forschung, technischer Möglichkeiten, Institutsausstattung und Erkenntnismöglichkeit dem wissenschaftlichen Verfügungskreis eines Sachverständigen zuzurechnen sind. Die Exploration durch einen psychiatrischen/psychologischen Sachverständigen gehört nicht dazu.
>
> aa) Der Bundesgerichtshof hat entschieden, daß die Verfügung über besonders reichhaltiges Beobachtungsmaterial nicht die Annahme rechtfertigt, dem Sachverständigen stünden überlegene Forschungsmittel zu Gebote (BGH GA 1961, 241; BGH bei Dallinger MDR 1956, 398). Das gleiche gilt für eine mehrwöchige Anstaltsbeobachtung (im Vergleich zur üblichen Untersuchung), wenn nicht Besonderheiten dargetan werden (BGHSt 8, 76, 77; BGH, Urt. vom 9. Februar 1978 - 4 StR 686/77). Zwar wird insoweit anerkannt, daß eine Beobachtung nach § 81 StPO vielfach klarere Ergebnisse ergeben kann. Eine solche Untersuchung könne der Gesetzgeber aber nicht im Rahmen des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO gemeint haben, andernfalls sie stets auf Antrag durchgeführt werden müsse. Den Entscheidungen liegt gleichermaßen zugrunde, daß nicht jedes mögliche Mittel ausgeschöpft werden muß. Hat ein Sachverständiger bestimmte Untersuchungsmethoden nicht angewandt, so bedeutet das nicht, daß er über sie nicht verfüge (BGH StV 1985, 489; Kleinknecht/Meyer-Goß-

329 BGH, Beschluss vom 12.11.2004 - 2 StR 367/04: Die Praxis hält sich an diese Vorgaben nicht. Besonders gilt das für Verfahren zu § 63 StGB. Entsprechende Bemühungen der Verteidigerschaft quittiert der BGH mit Entscheidungen nach § 349 II StPO, so im Fall BGH, Beschluss vom 14.07.2020 - 2 StR 334/19, in dem die Verteidigung ca. 150 Beweisanträge gestellt hatte. Diese richteten sich nahezu allesamt gegen das unheilige Wirken des Unterbringungssachverständigen.

ner, StPO 43. Aufl. § 244 Rdn. 76).

bb) In diesem Sinne ist davon auszugehen, daß die Untersuchung einer zu begutachtenden Person zwar eines der Hilfsmittel ist, deren sich ein Sachverständiger zur psychiatrischen Begutachtung üblicherweise bedient. Um ein überlegenes Forschungsmittel, über das der eine, nicht aber ein anderer Sachverständiger verfügt, handelt es sich indes auch dann nicht, wenn ein Angeklagter die Untersuchung nur einem bestimmten Sachverständigen gestattet. Denn bei der Untersuchung eines Angeklagten handelt es sich nicht um eine Begutachtungsmöglichkeit, die in der Verfügung des Sachverständigen steht. Vielmehr kann sie ihm vom Angeklagten nach dessen freier Entscheidung zur Verfügung gestellt werden oder auch nicht. § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO versteht unter einem Forschungsmittel nicht die Untersuchung selbst. Diese dient der Feststellung und Schaffung von Anknüpfungstatsachen, die mit Hilfe von Forschungsmitteln überprüft und bewertet werden sollen. Sie ist Gegenstand der Forschung, nicht das Forschungsmittel selbst.

b) Daraus folgt für den vorliegenden Fall, daß ein Angeklagter durch Untersuchungsverweigerung nicht einen weiteren Sachverständigen erzwingen kann. Für den Angeklagten stellt die Untersuchungsverweigerung keine Möglichkeit dar, § 73 StPO - der Richter wählt den Sachverständigen aus - und § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO - weitere Sachverständige werden nur unter dort bestimmten Voraussetzungen gehört - zu unterlaufen. Die Ablehnung, sich vom gerichtlichen Sachverständigen untersuchen zu lassen, begründet für ihn - von besonderen (Befangenheits-)Umständen abgesehen - keine zusätzlichen Rechte (vgl. auch BGH NStZ 1997, 610). Andernfalls hätte er es in der Hand, nur den "Sachverständigen seines Vertrauens" (so die Revision) bestellen zu lassen mit allen sich daraus ergebenden Folgen, die sich aus der Verlagerung der von Amts wegen durchzuführenden Aufklärung des Sachverhalts durch das Gericht auf einen vom Angeklagten ausgewählten Gutachter ergäben.

c) Das von der Revision in diesem Zusammenhang für den Angeklagten verlangte Recht auf 'freie Arztwahl' besteht im Rahmen der StPO bei der Bestellung eines Sachverständigen nicht; hier geht es um die Beurteilung, nicht um eine Behandlung des Angeklagten. Im Ermittlungsverfahren zieht die Staatsanwaltschaft erforderlichenfalls einen von ihr ausgewählten Sachverständigen hinzu, wobei sie dem Verteidiger Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (§ 161 a Abs. 1 Satz 2 StPO; RiStBV Nr. 70 Abs. 1). Der Richter ist frei, diesen oder einen anderen Sachverständigen für das Hauptverfahren zu bestellen (Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 73 Rdn. 1 m.w.Nachw.; vgl. auch Dippel, Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß S. 82 ff.), da er im gerichtlichen Verfahren hierfür zuständig ist (§ 73 Abs. 1 StPO). Auch könnte ins Auge gefaßt werden, daß die Staatsanwaltschaft sich zusätzlich vor der Auswahl mit dem künftig zuständigen Richter, falls die Zuständigkeit schon beurteilt werden kann, ins Benehmen setzt (Wache in KK 3. Aufl. § 161 a Rdn. 10; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 161 a Rdn. 12;) oder beim Ermittlungsrichter einen Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen stellt (vgl. G. Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, 5. Aufl. S. 94 Rdn. 228). Eine sich allein auf § 161 a StPO stützende Praxis schränkt faktisch die Befugnisse des Richters nach § 73 Abs. 1 StPO ein (vgl. auch §§ 78, 82 StPO). Auch könnte dadurch der Besorgnis etwaiger einseitiger Auswahl begegnet werden.

Will der Angeklagte nur beim 'Sachverständigen des Vertrauens' Angaben machen, wird dadurch die alleinige Entscheidungsbefugnis des Tatrichters über die Auswahl des Sachverständigen nicht tangiert ("darf nicht ausgehöhlt werden", BGH NStZ 1993, 395, 397). Läßt sich ein Angeklagter vom gerichtlichen Sachverständigen nicht untersuchen, muß er in Kauf nehmen, überhaupt nicht untersucht zu werden (vgl. auch BGH NStZ 1997, 610).

> d) Da der Richter den Sachverständigen bestellt, können Staatsanwaltschaft und Angeklagter die Anhörung eines bestimmten Sachverständigen nur durch Selbstladung und Beweisantrag nach §§ 220, 245 StPO erreichen. Den Rechten und Pflichten eines Sachverständigen aus § 80 StPO unterliegt dieser erst nach dem Beschluß gemäß § 245 Abs. 2 StPO; allerdings mit den Beschränkungen, die sich aus seiner Stellung als "präsentem Beweismittel" ergeben (vgl. BGH NStZ 1998, 93, 94 und NStZ 1993, 395, 397). Die Vorstellung der Revision, der privat bestellte Sachverständige könne den Angeklagten untersuchen und begutachten, aber jederzeit durch einen gerichtlichen Gutachter kontrolliert werden (dem dann entgegengehalten werden kann, er habe schließlich den Angeklagten nicht untersucht), verkehrt - abgesehen von dem ausufernden Gutachteraufwand - die gesetzliche Ordnung in ihr Gegenteil und widerspricht dem Amtsermittlungsgrundsatz der StPO. Der vom Angeklagten bestellte und geladene Sachverständige muß nicht auf die Rolle eines Kontrolleurs beschränkt werden (Senatsentscheidung in NStZ 1998, 94; vgl. aber BGH NStZ 1993, 395, 397 und Detter Festschrift für Salger S. 240 f.). Wo die rechtliche Grenze für einen "Mißbrauch des Selbstladungsrechts" (Detter NStZ 1998, 57, 61) verläuft, hat der Senat hier nicht zu entscheiden. ..."[330]

Der Begriff der Forschungsmittel erfasst nur die vom Sachverständigen bei seinen wissenschaftlichen Untersuchungen eingesetzten Hilfsmittel und Verfahren, nicht aber persönliche Kenntnisse und Fähigkeiten oder ein in größerem Umfang zur Verfügung stehendes Beobachtungsmaterial:

> " ... **Im Hauptverhandlungstermin vom 19.10.2017 hat der Angeklagte zum Beweis der Tatsache, dass die festgestellte Spur 12 durch Tertiärübertragung von einem Handschuh übertragen wurde, die Einholung eines Gutachtens der Sachverständigen Dr. J... H..., Universitätsklinik E..., Institut für Rechtsmedizin, beantragt. Die Sachverständige werde aufgrund einer von ihr durchgeführten Studie bestätigen, dass 'eine Tertiär-Übertragung von DNA-Material nicht nur möglich sei, sondern auch in einer (an anderer Stelle mit 40 % bezifferten) hohen Trefferdichte erfolge', und dass damit die Einlassung des Angeklagten, er habe im betreffenden Tatzeitraum auf Baustellen in Deutschland gearbeitet und sei mit Kollegen in einem Transporter die Baustellen angefahren, wobei sich Werkzeuge und Arbeitsbekleidung (Handschuhe) von ihm im Wagen befunden hätten, mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffend sei (Anmerkung des Verf.: erfolglos)**.
>
> Diesen Antrag hat das Landgericht im Hauptverhandlungstermin vom 01.11.2017 zurückgewiesen, 'weil nach dem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten der Sachverständigen Dr. S... S... das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen' sei.
>
> Die hiergegen gerichtete Rüge des Angeklagten ist nicht begründet. Die von der Kammer vorgenommene Zurückweisung des Beweisantrages gem. § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO, der die Ablehnung einer Sachverständigenanhörung dann erlaubt, wenn durch ein früheres Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist, ist nicht zu beanstanden.
>
> a. Der Beweisantrag des Angeklagten zielte auf die Anhörung eines 'weiteren Sachverständigen' im Sinne des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO ab, also auf die Bestellung eines Gutachters gleicher Fachrichtung zur gleichen Beweisfrage (vgl. BGH, Beschl. v. 07.07.1999, Az. 1 StR 207/99, bei juris). Er betraf das Beweisthema, wer die am Tatort vorgefundenen DNA Spur 12 verursacht hatte, zu dem bereits die Sachverständige Dr. S... angehört worden war, und wollte unter Beweis stellen, dass es sich entgegen

330 BGH, Urteil vom 12.02.1998 - 1 StR 588/97

dem von ihr erstatteten und von der Kammer zugrunde gelegten Gutachten nicht um direkt vom Angeklagten am Tatort aufgebrachte DNA handele, sondern um dessen DNA, die vor Ort von einem Dritten mittelbar angetragen worden sei.

b. Umstände gem. § 244 Abs. 4 Satz 2, 2. Hs StPO, die einer Ablehnung des Beweisantrages nach § 244 Abs. 4 Satz2, 1. Hs StPO ausnahmsweise entgegengestanden hätten, liegen nicht vor. Zweifel an der Sachkunde der vom Gericht hinzugezogenen Sachverständigen, die Berücksichtigung unzutreffende Anknüpfungstatsachen oder inhaltliche Widersprüche des Gutachtens sind mit dem Beweisantrag nicht dargelegt worden. Dass der damit benannten Sachverständigen überlegene Forschungsmittel zur Verfügung standen, ist mit ihm ebenfalls nicht dargetan. Der Begriff der Forschungsmittel erfasst nur die vom Sachverständigen bei seinen wissenschaftlichen Untersuchungen eingesetzten Hilfsmittel und Verfahren, nicht aber persönliche Kenntnisse und Fähigkeiten oder ein in größerem Umfang zur Verfügung stehendes Beobachtungsmaterial (vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1969, Az. 3 StR 249/68, bei juris; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl., § 244, Rdnr. 76), wie es hier mit Hinweis auf eine durchgeführte 'Studie' allenfalls geltend gemacht wird.

c. Da sich der notwendige Umfang der Begründung bei Ablehnung eines Beweisantrages nach Art und Gewicht der damit gegen das Erstgutachten vorgebrachten Einwände richtet (BGH, Beschl. v. 09.07.2013, Az. 3 StR 132/13), bedurfte es hier ausnahmsweise keiner wesentlich über den Gesetzeswortlaut hinausgehenden Darlegungen (vgl. BGH, Urt. v. 30.07.1999, Az. 1 StR 618/ 99, bei juris; Meyer-Goßner/ Schmitt, a.a.O., Rdnr. 42). ..."[331]

Ablehnungsbeschluss

Die Begründung des ablehnenden Beschlusses darf sich nicht auf die Wiederholung des Gesetzeswortlautes beschränken.[332]

Zu Mängeln des Ablehnungsbeschlusses:

„ … Mit Recht beanstandet die Revision, daß das Landgericht einen **Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens als Beweisermittlungsantrag angesehen und diesen zurückgewiesen hat. Mit dem Antrag sollte bewiesen werden, 'daß zumindest ein Großteil der dem Angeklagten mit unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsgraden von den Sachverständigen ... zugeordneten Schecks mit höheren Wahrscheinlichkeitsgraden' dem W 'K zuzuordnen sind'. Vergleichsschriften des Genannten seien in den Akten eines gegen diesen geführten Strafverfahrens enthalten** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Zur Begründung der Zurückweisung dieses Antrages führt das Landgericht an, daß sich 'zur Täterschaft des Angeklagten' bereits zwei Gutachter geäußert hätten und fährt dann fort: 'Die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kommt daher nicht in Betracht, soweit durch diese Gutachten die Täterschaft des Angeklagten erwiesen sein sollte (§ 244 Abs. 4 S. 2 StPO). Soweit das nicht der Fall ist, wäre die Einholung eines weiteren Gutachtens zur Entlastung des Angeklagten überflüssig (§ 244 Abs. 3 StPO).

Diese Begründung verstößt gegen die Vorschriften über die Ablehnung eines Beweisantrages. Der angeführte Antrag ist kein Beweisermittlungsantrag, sondern ein Be-

331 OLG Thür, Beschluss vom 20.02.2018 - 1 OLG 161 Ss 3/18: schöner Weg zum Nachteil von Angeklagten, selbst wenn sich die überlegenen Forschuungserkenntnisse aus öffentlichen und ungehindert zugänglichen Quelle ergeben.

332 BGH, Urteil vom 16.06.1970 - 1 StR 27/70

weisantrag. Er enthält, wie das Landgericht selbst hervorhebt, die Behauptung, die Urheberschaft für die Ausfüllung der in Betracht kommenden Schecks sei einer bestimmten anderen im Antrag bezeichneten Person mit einer größeren Wahrscheinlichkeit zuzuordnen als dem Angeklagten. Als Beweismittel, mit dem diese Tatsache bewiesen werden soll, führt der Antrag in zulässiger Weise das Gutachten eines Sachverständigen an. Der Antrag hätte deshalb nur aus den Gründen des § 244 Abs. 3 und 4 StPO abgelehnt werden dürfen. Das Landgericht hat sich bei der Zurückweisung des Antrages auf keine Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO gestützt und auch nicht eigene Sachkunde nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO in Anspruch genommen. Der Ablehnungsbeschluß läßt ferner nicht erkennen, daß die Strafkammer vom Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache überzeugt war (§ 244 Abs. 4 S. 2, 1. Halbsatz StPO). Es ist schon zweifelhaft, ob die in der Hauptverhandlung gehörten Sachverständigen ohne Einblick in die Akten des Strafverfahrens gegen - K dem Gericht überhaupt die Gewißheit vermitteln konnten, daß die Schecks diesem nicht mit einem bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad zuzuordnen seien. Jedenfalls läßt sich dem Ablehnungsbeschluß eine solche Auffassung des Landgerichts nicht entnehmen. Er läßt vielmehr offen, ob durch die bisherigen Gutachten die Täterschaft des Angeklagten erwiesen ist. ..."[333]

Das Tatgericht muss sich in seinem Ablehnungsbeschluss in der erforderlichen Weise mit den vom Angeklagten behaupteten Mängeln des aussagepsychologischen Gutachtens auseinandergesetzten:

" ... A. Der auf eine Verletzung des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO gestützten Verfahrensrüge liegt folgendes Prozeßgeschehen zugrunde:

Eine vom Gericht als Sachverständige beauftragte Diplom-Psychologin hatte die 14-jährige Hauptbelastungszeugin 'aussagepsychologisch' begutachtet. Sie war zu dem Ergebnis gelangt, die Angaben des Mädchens, es sei vom Angeklagten, seinem Adoptivvater, über einen Zeitraum von acht Jahren sexuell mißbraucht worden, seien glaubhaft. **Zum Beweis des Gegenteils beantragte die Verteidigung die Einholung eines weiteren psychologischen Sachverständigengutachtens. Zur Begründung führte sie an, das erstattete Gutachten leide an Mängeln 'in der theoretischen Grundlegung und der Planung und Durchführung der psychologischen Untersuchung' und entspreche nicht dem Stand der Wissenschaft. Die behaupteten Mängel wurden - unter Bezugnahme auf eine schriftliche Stellungnahme des Leiters der Arbeitsstelle für Forensische Psychologie der Universität Dortmund - im einzelnen bezeichnet** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Beweisantrag, ohne zuvor die Sachverständige zu den geltend gemachten Mängeln ihres Gutachtens anzuhören, mit der Begründung abgelehnt, es sei aufgrund dieses Gutachtens vom Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache überzeugt. Die Voraussetzungen des § 244 Abs. 4 Satz 2 2. Halbsatz StPO hat es verneint. Insbesondere die Sachkunde der sorgfältigen und forensisch erfahrenen Gutachterin stehe außer Zweifel.

B. Diese Verfahrensweise hält der - durch die zulässig erhobene Verfahrensrüge (vgl. BGH, Urt. vom 21. April 1998 - 1 StR 132/98; Beschl. vom 16. Oktober 1998 - 3 StR 335/98) veranlaßten - rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat sich in seinem Ablehnungsbeschluß nicht in der erforderlichen Weise mit den vom Angeklagten behaupteten Mängeln des Gutachtens auseinandergesetzt. Die Ablehnung des Beweisantrages wird daher den sich aus § 244 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 6 StPO ergebenden Anforderungen nicht gerecht.

333 BGH, Beschluss vom 10.06.1986 - 5 StR 254/86

I. Der Beschluß, mit dem das Landgericht die beantragte Beauftragung eines weiteren Sachverständigen abgelehnt hat, genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen. Er bedarf der Begründung, um den Verfahrensbeteiligten und dem Revisionsgericht eine Nachprüfung zu ermöglichen. Das Landgericht hat insofern lediglich angeführt, daß ihm die frühere Sachverständige als sorgfältig und forensisch erfahren bekannt ist. Eine derart knappe Begründung reicht jedoch nur dann aus, wenn die Anhörung eines weiteren Sachverständigen beantragt wird, ohne die Gründe darzulegen, aus denen sich Zweifel an der Sachkunde ergeben sollen (vgl. BGH, Urt. vom 21. Juli 1965 - 2 StR 229/65; Urt. vom 25. Januar 1977 - 1 StR 828/76; s. auch BGHSt 8, 76, 78).

Wird dagegen vom Antragsteller unter eingehender Darlegung und hier zudem unter Bezugnahme auf eine kritische Würdigung des Erstgutachtens durch einen anderen Fachvertreter auf konkrete Mängel dieses Gutachtens hingewiesen, muß sich das Gericht mit den behaupteten Einwänden im einzelnen auseinandersetzen (BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 2 Sachkunde 1; BGH StV 1989, 141; 335, 336; OLG Celle NJW 1974, 616; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 764; Herdegen in KK 4. Aufl. § 244 Rdn. 103; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. Aufl. § 244 Rdn. 43d). Dieses Erfordernis gilt allerdings dann nicht, wenn die geltend gemachten Mängel nach anerkannten wissenschaftlichen Maßstäben offensichtlich nicht bestehen. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt.

II. Der Senat hat zu dieser Frage Beweis erhoben. Er hat die Sachverständigen Prof. Dr. phil. Fiedler und Prof. Dr. phil. Steller mit entsprechenden Gutachten beauftragt. Diese sind schriftlich sowie in der Verhandlung des Senats vom 29. Juli 1999 erstattet worden. Die Sachverständigen sind übereinstimmend zu dem Ergebnis gelangt, daß das Erstgutachten nach dem bestehenden wissenschaftlichen Kenntnisstand an - vom Angeklagten in seinem Beweisantrag zumindest teilweise auch vorgetragenen - inhaltlichen (1.) sowie die Darstellung betreffenden (2.) Mängeln leidet. Dieser überzeugend dargelegten Einschätzung schließt sich der Senat an.

Die Feststellung dieser Mängel bezog sich allerdings zunächst auf das von der früheren Sachverständigen vorab vorgelegte schriftliche Gutachten, dessen Inhalt die Revision mitgeteilt hat. Dabei handelt es sich nur um eine vorläufige und unter dem Vorbehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahme stehende sachverständige Stellungnahme (BGH GA 1963, 18, 19). Für die Urteilsfindung und damit für die Überprüfung des Urteils maßgebend ist dagegen stets das in der Hauptverhandlung erstattete und verwertete Gutachten. Der Senat schließt aber ausnahmsweise aus, daß die Sachverständige in der mündlichen Verhandlung in relevanter Weise von ihrem schriftlichen Gutachten abgewichen ist oder dieses wesentlich ergänzt hat (vgl. BGHSt 9, 292, 297). Soweit im Urteil des Landgerichts Erwägungen der Sachverständigen wiedergegeben werden, sind diese ohne Ausnahme bereits im schriftlichen Gutachten enthalten.

1. Begutachtung
Gegenstand einer aussagepsychologischen Begutachtung ist - wie sich bereits aus dem Begriff ergibt - nicht die Frage nach einer allgemeinen Glaubwürdigkeit des Untersuchten im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft. Es geht vielmehr um die Beurteilung, ob auf ein bestimmtes Geschehen bezogene Angaben zutreffen, d. h. einem tatsächlichen Erleben der untersuchten Person entsprechen (Gutachten Prof. Dr. Steller; s. auch Herdegen aaO Rdn. 31). Den dafür bestehenden methodischen Mindeststandards entspricht die hier vorgenommene Begutachtung der Zeugin nicht.

a) Das methodische Grundprinzip besteht darin, einen zu überprüfenden Sachverhalt (hier: Glaubhaftigkeit der spezifischen Aussage) so lange zu negieren, bis diese Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar ist. Der Sachverständige nimmt daher bei der Begutachtung zunächst an, die Aussage sei unwahr (sog. Nullhypothese). Zur Prüfung dieser Annahme hat er weitere Hypothesen zu bilden. Ergibt seine Prüfstrategie, daß die Unwahrhypothese mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen, und es gilt dann die Alternativhypothese, daß es sich um eine wahre Aussage handelt.

Die Bildung relevanter Hypothesen ist daher von ausschlaggebender Bedeutung für Inhalt und (methodischen) Ablauf einer Glaubhaftigkeitsbegutachtung. Sie stellt nach wissenschaftlichen Prinzipien einen wesentlichen, unerläßlichen Teil des Begutachtungsprozesses dar (Gutachten Prof. Dr. Fiedler und Prof. Dr. Steller; Eisenberg, Beweisrecht der StPO 3. Aufl. Rdn. 1863; Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/ Offe/ Stadler, Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage S. 48 ff.; Steller/Volbert in Steller/Volbert, Psychologie im Strafverfahren S. 12, 23; Deckers NJW 1999, 1365, 1370; Greuel Praxis der Rechtspsychologie 1997, 154, 161; Köhnken MschrKrim 1997, 290, 293 ff.; allgemein Westhoff/Kluck, Psychologische Gutachten schreiben und beurteilen S. 39 ff.).

aa) Beispielsweise hängt die Auswahl der für die Begutachtung in Frage kommenden Test- und Untersuchungsverfahren davon ab, welche Möglichkeiten als Erklärung für eine - unterstellt - unwahre Aussage in Betracht zu ziehen sind (sog. hypothesengeleitete Diagnostik; Steller MschrKrim 1988, 16, 19 ff.). Dazu können neben einer bewußten Falschaussage etwa auto- oder (bewußt) fremdsuggerierte Angaben gehören. Speziell bei kindlichen Zeugen besteht die Gefahr, daß diese ihre Angaben unbewußt ihrer eigenen Erinnerung zuwider verändern, um den von ihnen angenommenen Erwartungen eines Erwachsenen, der sie befragt, zu entsprechen oder um sich an dessen vermuteter größerer Kompetenz auszurichten (Gutachten Prof. Dr. Fiedler und Prof. Dr. Steller). Zu berücksichtigen sind allerdings nicht alle denkbaren, sondern nur die im konkreten Fall nach dem Stand der Ermittlungen realistisch erscheinenden Erklärungsmöglichkeiten (Gutachten Prof. Dr. Fiedler; Steller Recht & Psychiatrie 1998, 11, 13 f.).

bb) Diesen grundlegenden Anforderungen wird das Erstgutachten nicht gerecht. Es erörtert zwar die Möglichkeiten der bewußten Falschbezichtigung des Angeklagten sowie der fremdsuggestiven Beeinflussung der Zeugin. Jedoch bleibt - wie die Sachverständigen Prof. Dr. Fiedler und Prof. Dr. Steller übereinstimmend dargelegt haben - ungeprüft, ob die Zeugin möglicherweise vorhandene Erinnerungslücken infolge eines Bemühens um Konsistenz 'konstruktiv geschlossen' und so den von ihr als streng empfundenen Angeklagten vor dem Hintergrund realer sexueller Übergriffe zu stark oder in zu großem Umfang belastet haben könnte.

Zur Bildung der Hypothese unzutreffender Mehrbelastung hätte bei dieser Zeugin im Hinblick darauf Anlaß bestanden, daß einerseits die von ihr - wenig detailliert - behaupteten Taten teilweise bereits mehrere Jahre zurücklagen und sie bei deren Begehung noch sehr jung war, sie andererseits die Taten vor der Begutachtung bereits mehrfach in unterschiedlichen Gesprächssituationen geschildert hatte. Die Angaben erfolgten zudem überwiegend gegenüber Erwachsenen (Großmutter, Zeugen Jehovas, Polizei, Richter). Im Hinblick darauf hätte die Möglichkeit in Erwägung gezogen werden müssen, daß der Zeugin im Rahmen der Gespräche und Befragungen - ggf. unzutreffende - Informationen vermittelt und von ihr nunmehr als eigene Erinnerung wiedergegeben wurden.

b) Bei der Begutachtung hat sich ein Sachverständiger ausschließlich methodischer Mittel zu bedienen, die dem jeweils aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand ge-

recht werden (Steller MschrKrim 1988, 16, 24). Die eingesetzten Test- und Untersuchungsverfahren müssen zudem durch die gebildeten Hypothesen indiziert, d. h. geeignet sein, zu deren Überprüfung beizutragen. Existieren mehrere anerkannte und indizierte Testverfahren, so steht deren Auswahl allerdings in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Daß der Sachverständige einen bestimmten Test, der ihm zur Verfügung steht, nicht anwendet, weil er ihn nicht für erforderlich hält, zeigt daher grundsätzlich nicht, daß seine Sachkunde zweifelhaft ist (BGH StV 1989, 141; BGH bei Pfeiffer NStZ 1982, 188, 189; BGH, Urt. vom 21. September 1965 - 1 StR 269/65). Vielmehr bleibt es dem Sachverständigen überlassen, auf welchem Weg und auf welchen Grundlagen er sein Gutachten erarbeitet (st. Rspr.; BGH JZ 1969, 437; BGH NJW 1970, 1242, 1243 m.w.N.; BGH StV 1989, 141).

aa) Bei einer Glaubhaftigkeitsbegutachtung werden jedoch regelmäßig die - vor allem bei der Exploration zur Sache gegenüber dem Sachverständigen gemachten - Angaben auf ihre inhaltliche Konsistenz zu überprüfen sein.
Diesem aussagebezogenen Ansatz liegt die durch empirische Befunde gestützte Annahme zugrunde, daß zwischen der Schilderung eines wahren und der eines bewußt unwahren Geschehens ein grundlegender Unterschied bezüglich der jeweils zu erbringenden geistigen Leistung des Aussagenden besteht.

(1) Während einerseits ein Bericht aus dem Gedächtnis rekonstruiert wird, konstruiert andererseits eine (bewußt) lügende Person ihre Aussage aus ihrem gespeicherten Allgemeinwissen. Da es eine schwierige Aufgabe mit hohen Anforderungen an die kognitive Leistungsfähigkeit darstellt, eine Aussage über ein (komplexes) Geschehen ohne eigene Wahrnehmungsgrundlage zu erfinden und zudem über längere Zeiträume aufrechtzuerhalten, ist im zweiten Fall die Wahrscheinlichkeit beispielsweise nebensächlicher Details, sog. abgebrochener Handlungsketten, unerwarteter Komplikationen oder phänomengemäßer Schilderungen unverstandener Handlungselemente gering. Hinzu tritt das Bemühen der lügenden Person, auf sein Gegenüber glaubwürdig zu erscheinen. Daher besteht die begründete Erwartung, daß bewußt falsche Aussagen nur in geringem Ausmaß Selbstkorrekturen und -belastungen sowie das Zugeben von Erinnerungslücken enthalten.

Zur Durchführung der Analyse der Aussagequalität sind auf der Basis der dargestellten Annahmen Merkmale zusammengestellt worden, denen indizielle Bedeutung für die Entscheidung zukommen kann, ob die Angaben der untersuchten Person auf tatsächlichem Erleben beruhen. Es handelt sich um aussageimmanente Qualitätsmerkmale (z. B. logische Konsistenz, quantitativer Detailreichtum, raum-zeitliche Verknüpfungen, Schilderung ausgefallener Einzelheiten und psychischer Vorgänge, Entlastung des Beschuldigten, deliktsspezifische Aussageelemente), deren Auftreten in einer Aussage als Hinweis auf die Glaubhaftigkeit der Angaben gilt (vgl. auch Bender/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht Bd. 1 2. Aufl. Rdn. 231 ff.).

Diese sog. Realkennzeichen können als grundsätzlich empirisch überprüft angesehen werden. Zwar handelt es sich um Indikatoren mit jeweils für sich genommen nur geringer Validität, d. h. mit durchschnittlich nur wenig über dem Zufallsniveau liegender Bedeutung. Eine gutachterliche Schlußfolgerung kann aber eine beträchtlich höhere Aussagekraft und damit Indizwert für die Glaubhaftigkeit zu beurteilender Angaben erlangen, wenn sie aus der Gesamtheit aller Indikatoren abgeleitet wird. Denn durch das Zusammenwirken der Indikatoren werden deren Fehleranteile insgesamt gesenkt. Diesem Umstand liegt das mathematisch und psychometrisch eingehend untersuchte Prinzip der Aggregation zugrunde (Gutachten Prof. Dr. Fiedler). Dementsprechend lagen die mit Realkennzeichen in Forschungsvorhaben erzielten Ergebnisse regelmäßig deutlich über dem Zufallsniveau. Allerdings bestanden dabei teilweise nicht unerhebliche Fehlerspannen. Inwieweit ihre Bedeutung bei Verwendung ge-

genüber Personen aus unterschiedlichen Altersgruppen differieren kann, ist völlig offen.

Unabhängig davon dürfen die Realkennzeichen jedenfalls nicht schematisch angewandt werden. Ein zwingender Schluß von einem festgestellten Merkmal auf die Glaubhaftigkeit von Angaben der untersuchten Person ist keinesfalls möglich. Methodisch unzulässig ist es auch, aus dem Vorliegen einer bestimmten Anzahl von Merkmalen im Sinne eines Schwellenwertes auf die Qualität einer Aussage zu schließen. Nur im Einzelfall können auch einzelne Realkennzeichen ausreichen, um den Erlebnisbezug einer Aussage anzunehmen. Fehlen derartige Merkmale, kann umgekehrt nicht unbedingt eine bewußt unwahre Aussage angenommen werden, da dies durch verschiedene Faktoren (z. B. Angst, Erinnerungslücken) verursacht worden sein kann.

Darüber hinaus ist stets zu beachten, daß die Realkennzeichen ungeeignet sind, zur Unterscheidung zwischen einer wahren und einer suggerierten Aussage beizutragen. Denn bei durch Suggestion verursachten Angaben bestehen die bereits dargelegten Gründe nicht, die eine unterschiedliche Qualität zwischen wahren und bewußt unwahren Aussagen verursachen können, da die aussagende Person sich weder als besonders glaubwürdig darstellen noch sich auf von ihr erdachte Umstände konzentrieren muß. Beispielsweise wird ein Kind seine Angaben, die objektiv nicht zutreffen, weil es sie unbewußt auf die Erwartungen des vernehmenden Erwachsenen ausgerichtet hat, subjektiv für wahr halten. Dementsprechend gibt es keine empirischen Belege dafür, daß sich erlebnisbasierte und suggerierte Aussagen in ihrer Qualität unterscheiden.

Das Erstgutachten nimmt zwar eine Überprüfung der Qualität der Aussage der Zeugin vor. Angesichts der dabei festgestellten Detailarmut der beschriebenen einzelnen Sachverhalte wäre aber eine eingehendere Auseinandersetzung mit den inhaltlichen Angaben der Zeugin mittels der merkmals- orientierten Aussageanalyse erforderlich gewesen.

(2) Während die Inhaltsanalyse sich mit der Qualität lediglich einer Aussage befaßt, geht es bei der Konstanzanalyse um das von einer Person gezeigte Aussageverhalten insgesamt. Es handelt sich dabei um ein wesentliches methodisches Element der Aussageanalyse, das im Erstgutachten angemessen angewendet wird. Die Konstanzanalyse bezieht sich insbesondere auf aussageübergreifende Qualitätsmerkmale, die sich aus dem Vergleich von Angaben über denselben Sachverhalt zu unterschiedlichen Zeitpunkten ergeben. Falls etwa ein Zeuge mehrfach vernommen worden ist, ist ein Aussagevergleich im Hinblick auf Übereinstimmungen, Widersprüche, Ergänzungen und Auslassungen vorzunehmen. Dabei stellt allerdings nicht jede Inkonstanz einen Hinweis auf mangelnde Glaubhaftigkeit der Angaben insgesamt dar. Vielmehr können vor allem Gedächtnisunsicherheiten eine hinreichende Erklärung für festgestellte Abweichungen darstellen (Gutachten Prof. Dr. Steller; s. auch Bender/Nack aaO Rdn. 289 ff.).

bb) Das mit den dargelegten Methoden der Aussageanalyse gefundene Ergebnis gewinnt - schon wegen des nicht exakt bestimmbaren Wertes der einzelnen verwendeten Realkennzeichen - für die Glaubhaftigkeitsuntersuchung jedoch erst Bedeutung unter Berücksichtigung vor allem der spezifischen Kompetenzen und Erfahrungen der untersuchten Person sowie der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Aussage. Speziell das Vorhandensein einzelner bei der Inhaltsanalyse verwendeter Realkennzeichen hängt mit hoher Wahrscheinlichkeit auch von Merkmalen der untersuchten Person ab. Das erzielte Ergebnis ist deshalb insbesondere mit den Mitteln der Fehlerquellen- sowie der Kompetenzanalyse auf seinen Aussagewert dahin-

gehend zu prüfen, ob eine - ggf. qualitativ hochwertige und infolgedessen einen Erlebnisbezug indizierende - Aussage nach aussagepsychologischen Kriterien als zuverlässig eingestuft werden kann.

(1) Im Rahmen der Fehlerquellenanalyse wird es in Fällen, bei denen - wie hier - (auch unbewußt) fremdsuggestive Einflüsse in Erwägung zu ziehen sind, in aller Regel erforderlich sein, die Entstehung und Entwicklung der Aussage aufzuklären (vgl. Steller/Volbert aaO S. 24, 31 f.; Köhnken aaO 297). Hinzu kann die sog. Motivationsanalyse treten.

Die Feststellung der Aussagegenese stellt insofern einen zentralen Analyseschritt dar (Gutachten Prof. Dr. Steller). Besonders dann, wenn es sich bei dem möglichen Tatopfer um ein (jüngeres) Kind handelt, werden zu diesem Zweck die Angaben der Personen, denen gegenüber es sich zu den Tatvorwürfen geäußert hat (z. B. Eltern, Lehrer), zu berücksichtigen sein (BGH StV 1995, 451 f.; Scholz/Endres NStZ 1995, 6, 10). Einer derartigen fremdanamnestischen Befragung Dritter kann darüber hinaus - wenigstens bei Kindern im Vor- und Grundschulalter - auch zur biographischen Rekonstruktion Bedeutung zukommen.

Solche Angaben Dritter hat die Sachverständige im Rahmen der Begutachtung eingeholt. Sie hat ausweislich ihres Gutachtens nicht nur Großmutter, Mutter und eine Lehrerin der Zeugin zur Vorbereitung ihres schriftlichen Gutachtens 'informatorisch angehört', sondern auch - wie sich dem von der Revision mitgeteilten Ablehnungsbeschluß des Landgerichts entnehmen läßt - die Angaben der in der Hauptverhandlung vernommenen Mitschülerin berücksichtigt, der gegenüber sie nach den getroffenen Feststellungen erstmalig den Angeklagten sexueller Handlungen beschuldigt hatte.

Liegt danach ein fachlicher, gegen ihre Sachkunde sprechender Fehler der Erstgutachterin entgegen der Ansicht der Revision in diesem Zusammenhang nicht vor, erscheinen dem Senat jedoch die von ihr durchgeführten 'informatorischen Anhörungen' im Vorfeld der Hauptverhandlung rechtlich problematisch. Eine derartige Vorgehensweise ist allerdings bislang grundsätzlich als zulässig angesehen worden (BGHSt 9, 292, 296; 13, 1, 2 f.; s. auch Cabanis NJW 1978, 2329, 2331). Der Senat läßt ausdrücklich offen, ob dem trotz erheblicher strafprozessualer und rechtstatsächlicher Einwände (vgl. Eisenberg aaO Rdn. 1873; Schlothauer in Greuel/Fabian/Stadler, Psychologie der Zeugenaussage S. 145 f.) weiterhin zu folgen ist.

Die prozessual jedenfalls nicht zu beanstandende Verfahrensweise ergibt sich aus § 80 StPO (ebenso BGH GA 1963, 18; BGH, Urt. vom 21. Juli 1965 - 2 StR 229/65; ferner BGH StV 1995, 564; Eisenberg aaO Rdn. 1589; Schreiber in Venzlaff, Psychiatrische Begutachtung S. 161 f.). Danach hat der Sachverständige, der die Befragung weiterer Zeugen zur Vorbereitung seines Gutachtens für erforderlich hält, bei Staatsanwaltschaft oder Gericht auf deren Vernehmung hinzuwirken, bei der ihm gemäß § 80 Abs. 2 StPO ein Anwesenheits- und Fragerecht zusteht. Dies gilt in besonderem Maße in bezug auf zeugnis- und auskunftsverweigerungsberechtigte Personen.

Unabhängig davon ist die Staatsanwaltschaft jedoch ohnehin gehalten, alle Umstände, die für die Glaubwürdigkeit eines Kindes oder Jugendlichen bedeutsam sind, möglichst früh festzustellen und zu diesem Zweck insoweit vor allem Eltern und Lehrer zu befragen (Nr. 19 Abs. 2 RiStBV). Beim Verdacht einer an einem Kind begangenen Sexualstraftat ist es zudem empfehlenswert, wenn schon zu dessen erster Vernehmung ein Sachverständiger beigezogen wird, der über besondere Kenntnisse und Erfahrungen auf dem Gebiet der Kinderpsychologie verfügt (Nr. 222 Abs. 1 RiStBV).

Die Motivationsanalyse zielt vor allem auf die Feststellung möglicher Motive für eine unzutreffende Belastung des Beschuldigten durch einen Zeugen ab (dazu Bender/ Nack aaO Rdn. 181 ff.). Wesentliche Anhaltspunkte für potentielle Belastungsmotive können etwa der Untersuchung der Beziehung zwischen dem Zeugen und dem von ihm Beschuldigten entnommen werden. Besondere Bedeutung kann auch der Frage zukommen, welche Konsequenzen der erhobene Vorwurf für die Beteiligten oder für Dritte nach sich ziehen kann. Jedoch kann aus einer festgestellten Belastungsmotivation beim Zeugen nicht zwingend auf das Vorliegen einer Falschaussage geschlossen werden.

(2) Im Wege der Kompetenzanalyse ist zu prüfen, ob eine so gefundene Aussagequalität namentlich durch sog. Parallelerlebnisse oder reine Erfindung erklärbar sein könnte. Dazu bedarf es der Beurteilung der persönlichen Kompetenz der aussagenden Person, insbesondere seiner allgemeinen und sprachlichen intellektuellen Leistungsfähigkeit sowie seiner Kenntnisse in bezug auf den Bereich, dem der erhobene Tatvorwurf zuzurechnen ist (z. B. Sexualdelikte).

Die daher unter Berücksichtigung des konkreten Tatvorwurfs vorzunehmende Prüfung dieser Fähigkeiten einschließlich eventueller aussagerelevanter Besonderheiten der Persönlichkeitsentwicklung des Untersuchten (etwa Selbstwertprobleme, gesteigertes Geltungsbedürfnis) erfolgt üblicherweise mit den allgemeinen Methoden psychologischer Diagnostik (z. B. Befragung, Beobachtung, Tests, Fragebögen). Deren Auswahl fällt - wie dargelegt - zwar grundsätzlich in die Zuständigkeit des Sachverständigen, so daß im Einzelfall auch der Einsatz sog. projektiver Verfahren hinzunehmen sein mag. Der Sachverständige hat aber dabei stets den aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand zu beachten. Daraus ergibt sich:

Im Bereich der Sexualdelikte bestehen Besonderheiten. Grundsätzlich wird die Durchführung einer Sexualanamnese in Betracht zu ziehen sein. Im Gegensatz dazu kommt der Ausdeutung von Kinderzeichnungen sowie der Deutung von Interaktionen, die Kinder unter Einsatz sog. anatomisch korrekter Puppen darstellen, in forensisch-aussagepsychologischen Gutachten in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu (vgl. BGH StV 1995, 563; dezidiert ebenso Gutachten Prof. Dr. Fiedler und Prof. Dr. Steller; Endres/Scholz aaO 8 f.).

Eine Sexualanamnese ist zwar nicht generell bei jeder Glaubhaftigkeitsbegutachtung bedeutsam. Vielmehr handelt es sich auch bei ihr um eine Untersuchungsmethode, deren Anwendung im pflichtgemäßen Ermessen des Sachverständigen steht (BGH, Urt. vom 26. Oktober 1993 - 1 StR 401/93). Geht es aber um die Frage, ob ein Zeuge den Vorwurf an ihm begangener Sexualdelikte zutreffend erhebt, ist regelmäßig die Einschätzung seiner sexualbezogenen Kenntnisse und Erfahrungen notwendig (Gutachten Prof. Dr. Fiedler und Prof. Dr. Steller; s. auch Arntzen, Psychologie der Zeugenaussage 3. Aufl. S. 130; Venzlaff in Venzlaff aaO S. 131). Dies gilt zumindest bei Zeugen, bei denen - etwa aufgrund ihres Alters - entsprechendes Wissen nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann (Steller/Volbert aaO S. 23 f.).

Diesem Erfordernis wird das Erstgutachten nicht gerecht. Es stellt lediglich fest, daß die 14jährige Zeugin 'keinen Freund ... hatte und nie fortging'. Darüber hinaus wird nur noch aus dem Umstand, daß die Zeugin eine Schwangerschaft für möglich hielt, obwohl nach ihren Angaben 'schon länger kein Verkehr mehr stattgefunden haben sollte', auf 'nicht sehr präzises' Aufklärungswissen geschlossen. Ob die Zeugin Kenntnisse über unmittelbare sexuelle Verhaltensweisen hatte, wird dagegen nicht erörtert. Dazu hätte - unabhängig von der Vielzahl heute bestehender Erkenntnisquellen - auch deshalb Anlaß bestanden, weil sich die Zeugin im schulischen Aufklärungsunterricht 'sehr auffällig verhalten habe'. Welcher Art diese Auffälligkeiten waren, teilt

das Gutachten nicht mit.

Aus der im Rahmen der Begutachtung erfolgten Verwendung einer sog. Phantasieprobe allein läßt sich kein wesentlicher Mangel des Erstgutachtens herleiten. Es handelt sich dabei um ein wissenschaftlich eingeführtes Verfahren (vgl. Arntzen aaO S. 128 f.), wenngleich seine Aussagekraft - jedenfalls angesichts der Detailarmut der Schilderungen der zu begutachtenden Zeugin - gering sein mag (Gutachten Prof. Dr. Fiedler und Prof. Dr. Steller).

Besonders beim Einsatz von Phantasieproben (und vergleichbaren Verfahren) sind jedoch stets die Grenzen ihres Anwendungsbereichs zu beachten. Phantasieproben dienen der Prüfung, ob eine Person bei einer unzweifelhaft erfundenen Geschichte eine ebenso realistische, d. h. inhaltlich plausible und emotional getönte Darstellung erreichen kann wie bei dem Bericht des behaupteten Sachverhalts. Daher reicht ein solches Verfahren nach seiner Konzeption nicht aus, um die Möglichkeit einer durch Dritte induzierten Aussage zu prüfen. Denn bei Suggestibilität handelt es sich nicht um ein situationsübergreifendes, persönlichkeitsspezifisches Konstrukt, sondern um ein Phänomen, das nach heutigem Kenntnisstand durch eine Reihe von kognitiven und sozialpsychologischen Mechanismen beeinflußt wird.

Diese Grenzen werden im Erstgutachten nicht beachtet. Die Phantasieprobe, nach dem Ausgeführten ein Verfahren zur Beurteilung einer Aussage, wird in unzulässiger Weise wie ein projektiver Persönlichkeitstest behandelt, indem vom Inhalt der berichteten Geschichten auf die persönliche Situation der Zeugin geschlossen wird.

Darüber hinaus erscheint es dem Senat bedenklich, daß die Sachverständige zur Prüfung der Gedächtnisleistungen eine sog. Verbalmerkprobe durchgeführt hat, die als Standardverfahren nicht eingeführt ist. Gleiches gilt für einen Test mit der Bezeichnung 'Selbstbildnis'. Ob der Einsatz dieser Verfahren gegen anerkannte wissenschaftliche Erkenntnisse verstieß, kann allerdings nicht abschließend beurteilt werden, da Angaben zu deren Grundlagen, Methodik und konkreter Durchführung im Gutachten fehlen (vgl. zu diesem Mangel unten 2. a.). Zwei weitere verwendete Tests (Wartegg-Zeichentest und Baum-Zeichentest) weisen dagegen Mängel in den Gütekriterien auf.

c) Die Revision sieht schließlich einen weiteren, bei der Begutachtung begangenen fachlichen Fehler darin, daß die Erstgutachterin im Zusammenhang mit der Bewertung der Aussagen der Zeugin Ergebnisse einer an dieser durchgeführten gynäkologischen Untersuchung berücksichtigt hat. Dies mag unter Umständen im Hinblick auf die gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen Gericht, dem allein die Beweiswürdigung obliegt, und Sachverständigem strafprozessual bedenklich sein. Der Senat vermag darin jedoch keine Verletzung des wissenschaftlichen Prinzips der Unabhängigkeit des zu erstattenden Gutachtens von sog. Außenkriterien zu erkennen. Vielmehr darf ein Sachverständiger Anknüpfungstatsachen, die er dem bestehenden Ermittlungsergebnis entnommen hat, in seinen Abwägungsprozeß einbeziehen (Gutachten Prof. Dr. Steller; Leferenz in Göppinger/Witter, Handbuch der forensischen Psychiatrie II S. 1320), sofern diese Gegenstand der Hauptverhandlung waren.

2. Darstellung der Begutachtung
Die Darstellung der Begutachtung und der dabei erzielten Ergebnisse durch die Sachverständige genügt wissenschaftlichen Mindeststandards zum Teil ebenfalls nicht. Allerdings gilt auch insoweit der Grundsatz, daß es in erster Linie dem Sachverständigen überlassen ist, in welcher Art und Weise er sein Gutachten dem Gericht unterbreitet (vgl. BGH, Urt. vom 9. Dezember 1980 - 5 StR 610/80). Dieser Grundsatz steht aber unter dem bedeutsamen Vorbehalt der Nachvollziehbarkeit und Transpa-

renz der Begutachtung (Gutachten Prof. Dr. Fiedler und Prof. Dr. Steller; s. auch Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler aaO S. 245; Zuschlag, Das Gutachten des Sachverständigen S. 4; Scholz/Endres aaO 11).

Dies bedeutet einerseits, daß die diagnostischen Schlußfolgerungen vom Sachverständigen nach Möglichkeit für alle Verfahrensbeteiligten nachvollziehbar dargestellt werden müssen (BGH StV 1989, 141; Steller MschrKrim 1988, 16, 18), namentlich durch Benennung und Beschreibung der Anknüpfungs- und Befundtatsachen. Andererseits muß durch die Beteiligten - zumindest aber durch andere Sachverständige - überprüfbar sein, auf welchem Weg der Sachverständige zu den von ihm gefundenen Ergebnissen gelangt ist (BGH bei Dallinger MDR 1976, 17; Eisenberg aaO Rdn. 1508). Daraus folgt im einzelnen:

a) Die der Begutachtung vom Sachverständigen zugrundegelegten Hypothesen sind im Gutachten im einzelnen zu bezeichnen (Gutachten Prof. Dr. Fiedler; Greuel aaO 160; Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler aaO S. 247). Die jeweils verwendeten Untersuchungsmethoden und Testverfahren sind zu benennen und zu den gebildeten Hypothesen in Bezug zu setzen, d. h. es muß deutlich gemacht werden, welche Fragestellung mit welchen Verfahren bearbeitet wurde und warum diese Verfahren methodisch indiziert waren (vgl. Steller aaO 18, 21; s. auch die von der Föderation Deutscher Psychologenvereinigungen herausgegebenen Richtlinien für die Erstellung Psychologischer Gutachten 1994 S. 8 und 11 f.).

Bei anerkannten psychologischen Diagnoseverfahren (z. B. Befragung, Beobachtung, Standardtests und -fragebögen) bedarf es allerdings regelmäßig keiner ausführlichen Erläuterung ihrer Konzeption und Methodik, da deren Überprüfbarkeit bereits durch allgemeine psychologische Quellen wie Testmanuale und Sekundärliteratur gewährleistet ist. Andere Verfahren müssen im Unterschied dazu im Gutachten dargestellt werden, um dem Nachvollziehbarkeits- und Transparenzgebot zu entsprechen (Gutachten Prof. Dr. Steller; Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler aaO S. 250).

Nach diesen Maßstäben durfte sich die Erstgutachterin nicht darauf beschränken, in der Liste der 'angewandten diagnostischen Maßnahmen' die Stichwörter 'Selbstbildnis' und 'Verbalmerkprobe' ohne weitere Angaben zu erwähnen, da sich ohne nähere Beschreibung dieser Verfahren weder durch die Verfahrensbeteiligten noch durch andere Sachverständige beurteilen läßt, auf welche Weise vorgegangen wurde und welche Aussagekraft auf diesem Weg erzielten Ergebnissen beizumessen ist (vgl. zu nichtveröffentlichten oder nicht offengelegten Testverfahren BGH bei Dallinger MDR 1976, 17; BGH StV 1989, 141; Gollwitzer aaO Rdn. 310). In diesem Zusammenhang fällt ins Gewicht, daß die - infolge der fehlenden Beschreibung der Verfahren nicht bekannte - zeitliche Länge eines Tests für dessen Ergebnisse relevant sein kann und daher ebenfalls benannt werden sollte (Gutachten Prof. Dr. Fiedler; s. auch Greuel/ Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler aaO S. 246 f.; Venzlaff aaO S. 129).

b) Auch der erste, 'zur Persönlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Zeugeneignung' verfaßte Teil des Gutachtens entspricht nicht dem Gebot der Transparenz und Nachvollziehbarkeit. Da in ihm keine Trennung von - ohnehin ausgesprochen knappem - Datenbericht einerseits und psychologischer Interpretation andererseits vorgenommen wird, ist eine Überprüfung der von der Erstgutachterin hinsichtlich verschiedener Aspekte der Persönlichkeit der Zeugin gezogenen Schlußfolgerungen nicht möglich (Gutachten Prof. Dr. Steller; Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/ Offe/ Stadler aaO S. 248 f., 251).

c) Nicht zu beanstanden ist es dagegen, daß die Sachverständige im Gutachten

nicht alle Inhalte und Ergebnisse der von ihr durchgeführten 'diagnostischen Maßnahmen' im einzelnen angeführt hat.

aa) Allerdings kann es im Einzelfall notwendig sein, alle vom Untersuchten erzielten Testergebnisse den Prozeßbeteiligten mitzuteilen, um ihnen so die Überprüfung der vom Sachverständigen aus diesen Befunden gezogenen Schlußfolgerungen zu ermöglichen (Gutachten Prof. Dr. Fiedler). In der Regel wird es jedoch genügen, die wesentlichen Ergebnisse zu benennen und zu interpretieren, nämlich diejenigen, die sich bei Durchführung der Begutachtung für die Erfüllung des Gutachtenauftrags als wichtig erwiesen haben (Gutachten Prof. Dr. Steller; Zuschlag aaO S. 123; ebenso die Richtlinien für die Erstellung Psychologischer Gutachten aaO).

Wählt der Sachverständige diese Darstellungsweise, ist dies daher grundsätzlich nicht zu beanstanden. Er muß in diesem Fall - entsprechend dem wissenschaftlichen Transparenzgebot - aber sonstige Testergebnisse angeben und belegen können, sofern sich in der Hauptverhandlung nach den Maßstäben des § 244 Abs. 2 StPO insofern Aufklärungsbedarf ergibt (BGH StV 1989, 141; Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/ Offe/Stadler aaO S. 274). Dies steht nicht im Widerspruch zur Rechtsansicht des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, der lediglich einen unbedingten, keinen Beschränkungen unterliegenden Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf Vorlage und Zugänglichmachung sämtlicher zur Vorbereitung des Gutachtens dienender Arbeitsunterlagen eines Sachverständigen verneint hat (BGH StV 1995, 565).

bb) Entsprechende Maßstäbe gelten für die Mitschriften und die - mit dem Einverständnis des Untersuchten - im Interesse einer besseren Dokumentation in der Regel zu erstellenden Audio- und ggf. Videoaufnahmen (kritisch Arntzen aaO S. 141) der Exploration zur Sache, die zur Vermeidung von Erinnerungsverfälschungen bei der Analyse und Bewertung der Bekundungen anzufertigen sind, weil jedenfalls die Durchführung der Aussageanalyse bei komplexen Sachverhalten ohne verwendbare Aufzeichnung des Ablaufs der Exploration als nicht möglich erscheint (Gutachten Prof. Dr. Steller; Eisenberg aaO Rdn. 1798; Greuel/Offe/ Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/ Stadler aaO S. 68, 251; Steller/Volbert aaO S. 27; Deckers aaO S. 1369 f.).

Das bedeutet aber nicht, daß das Explorationsgespräch im Gutachten unbedingt vollständig wiederzugeben ist. Ausreichend und wegen der größeren Übersichtlichkeit vorzugswürdig ist ein Bericht, der das Gespräch nur insoweit wörtlich - ggf. unter Schilderung von Ablauf und Begleitumständen - darstellt, wie es für die Bearbeitung des Gutachtenauftrags von Bedeutung ist. Insofern gilt nichts anderes als für die entsprechende Darstellung in den schriftlichen Urteilsgründen (vgl. BGH, Urt. vom 7. März 1996 - 1 StR 707/95). Im übrigen sind die bezeichneten Materialien - wenigstens bis zur Rechtskraft des Urteils, im Hinblick auf eine eventuelle Wiederaufnahme des Verfahrens besser darüber hinaus - aufzubewahren und bei Bedarf in der Hauptverhandlung nach den Maßstäben der gerichtlichen Aufklärungspflicht vorzulegen (s. auch Zuschlag aaO S. 123).

III. Auf der nach allem fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrages auf Zuziehung eines weiteren Gutachters beruht das Urteil auch. Es ist daher aufzuheben. Daß das Landgericht die - im übrigen auf anderthalb Seiten der Urteilsgründe dargelegten - Ausführungen der Sachverständigen als 'für die Überzeugungsbildung' ohne Bedeutung angesehen hat, ändert daran nichts. Denn angesichts der Mängel des Erstgutachtens ist es möglich, daß ein weiterer Sachverständiger bei beanstandungsfreier Anwendung wissenschaftlich anerkannter Methodik zu einer anderen Einschätzung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Zeugin gelangt wäre. Der Senat vermag nicht auszuschließen, daß sich dies auf die landgerichtliche Beweiswürdigung ausgewirkt hätte und das Urteil anders ausgefallen wäre (vgl. BGH GA 1955, 269, 271). Die Sa-

che bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

Allgemein bemerkt der Senat: Hält der Tatrichter ausnahmsweise die Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens für erforderlich, so fällt es grundsätzlich in seine Zuständigkeit, insofern die Einhaltung der dargelegten wissenschaftlichen Mindestanforderungen sicherzustellen. Zu diesem Zweck wird er ggf. von seiner Befugnis Gebrauch zu machen haben, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten (§ 78 StPO). In diesem Zusammenhang kann neben einer präzisen Auftragsbeschreibung insbesondere die Mitteilung der Anknüpfungstatsachen, von denen das Gutachten ausgehen soll, dienlich sein.

Einer ins Einzelne gehenden Darstellung von Konzeption, Durchführung und Ergebnissen der erfolgten Begutachtung in den Urteilsgründen bedarf es regelmäßig nicht. Es reicht aus, daß die diesbezüglichen Ausführungen die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und methodischen Darlegungen in einer Weise enthalten, die zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit und sonstigen Rechtsfehlerfreiheit erforderlich sind (BGH, Urt. vom 7. März 1996 - 1 StR 707/95).

Hält ein Prozeßbeteiligter die wissenschaftlichen Anforderungen dagegen für nicht erfüllt, wird er noch in der Tatsacheninstanz auf die Bestellung eines weiteren Sachverständigen hinzuwirken haben. Will das Gericht einem dahingehenden Beweisantrag nicht entsprechen, bedarf es - wie dargelegt - einer ausführlichen Begründung des Ablehnungsbeschlusses regelmäßig nur dann, wenn der Antragsteller einen Mangel des Erstgutachtens konkret vorgetragen hat. Ist dies geschehen, wird es aber vor einer Entscheidung über einen derartigen Antrag nahe liegen, den Erstgutachter zu dem behaupteten Mangel zu hören und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. ..."[334]

Aber wenn ein Ablehnungsbeschluss nicht den im Urteil vom 30. 07.1999 - 1 StR 618/98 - enthaltenen - vorstehenden - Anforderungen entspricht, verhilft das der Revision nicht ohne weiteres zum Erfolg:

" ... I. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet. Der Erörterung bedarf allein die Verfahrensrüge, mit der die Revision die Verletzung von § 244 Abs. 4 2. Halbsatz StPO rügt.

Dazu ist folgendes Prozeßgeschehen festgestellt: Das Landgericht beauftragte eine Diplom-Psychologin der Universität H. mit der aussagepsychologischen Begutachtung der 17jährigen Hauptbelastungszeugin. Die Sachverständige kam zu dem Ergebnis, die Aussage des Mädchens, sie sei vom Angeklagten vergewaltigt worden, sei glaubhaft. In der Hauptverhandlung beantragte die Verteidigung als weiteren Sachverständigen Herrn Prof. Dr. S. von der Universität D. zur Glaubwürdigkeit der Hauptbelastungszeugin zu hören. **Die Verteidigung behauptete unter Bezugnahme auf eine schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. S., das Glaubwürdigkeitsgutachten der Diplom-Psychologin sei zum Teil mit erheblichen Mängeln und Versäumnissen belastet** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Das Landgericht lehnte den Beweisantrag mit der Begründung ab, das Gegenteil

334 BGH, Urteil vom 30.07.1999 - 1 StR 618/98 - ausführliche, lehrreiche und beachtenswerte Entscheidung. Es wäre erfreulich, wenn sich Revisionsgerichte ebenso intensiv mit der Glaubhaftigkeit der Angaben von PolizeizeugInnen und deren Glaubwürdigkeit in politischen Verfahren befassen würden: siehe http://www.heise.de/tp/blogs/5/153732 - Bettina Hammer; Otto, Das Lexikon der Justizirrtümer, 2. A., 2004; Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, Münster 2008, Seite 393, 994 bis 1000

der behaupteten Tatsachen sei durch die Anhörung der Diplom-Psychologin bereits erwiesen. Die Sachkunde der Sachverständigen sei nicht zweifelhaft. Ihr Gutachten gehe nicht von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen aus und enthalte keine Widersprüche. Es seien keine Anhaltspunkte ersichtlich und solche auch nicht vorgetragen, daß der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfüge, die denen der gehörten Gutachterin überlegen erscheinen könnten.

Die Ablehnung des Beweisantrags hält rechtlicher Überprüfung stand.

II. Der Ablehnungsbeschluß vom 4. Mai 1999 entspricht allerdings nicht den Anforderungen, die der Senat seit seinem Urteil vom 30. Juli 1999 - 1 StR 618/98 -, NStZ 2000, 100 an die Begründung eines Beschlusses stellt, mit dem das Gericht trotz erhobener Einwände gegen die Sachkunde des Gutachters die Einholung eines weiteren aussagepsychologischen Gutachtens ablehnen kann.

1. Wird unter Bezugnahme auf eine kritische Würdigung des Erstgutachtens durch einen anderen Fachvertreter auf konkrete Mängel dieses Gutachtens hingewiesen, muß sich das Tatgericht mit den behaupteten Einwänden im einzelnen auseinandersetzen. Dieses Erfordernis gilt dann nicht, wenn die geltend gemachten Mängel nach anerkannten wissenschaftlichen Maßstäben offensichtlich nicht bestehen (BGH aaO S. 101). Dies gilt auch für Fälle, in denen - ohne nähere Kenntnis der gesamten Aktenlage - allein das schriftliche Sachverständigengutachten einer eher allgemein gehaltenen Methodenkritik ausgesetzt wird.

2. Der Senat ist den von der Verteidigung vorgebrachten Einwänden nachgegangen und hat das von der Revision vorgelegte schriftliche Gutachten der Diplom-Psychologin überprüft. Dies gibt dem Senat Anlaß klarzustellen, daß es sich bei den im Urteil vom 30. Juli 1999 niedergelegten methodischen Grundprinzipien für die aussagepsychologische Begutachtung um Prüfungsschritte handelt, nach denen der wissenschaftlich ausgebildete psychologische Sachverständige gedanklich arbeitet. Für die Beteiligten muß überprüfbar sein, auf welchem Weg der Sachverständige zu den von ihm gefundenen Ergebnissen gelangt ist (BGH aaO S. 104). Die aussagepsychologischen Gutachten müssen nicht einheitlich einer bestimmten Prüfstrategie folgen und einen einheitlichen Aufbau haben. Die einzelnen Elemente der Aussagebegutachtung müssen auch nicht nach einer bestimmten Reihenfolge geprüft werden. Es gilt weiterhin der Grundsatz, daß es in erster Linie dem Sachverständigen überlassen ist, in welcher Art und Weise er sein Gutachten dem Gericht unterbreitet (BGH aaO S. 104).

3. Der Senat schließt aus, daß die in der Stellungnahme von Prof. Dr. S. behaupteten Mängel im Gutachten der Diplom-Psychologin zu einem falschen Gutachtenergebnis geführt haben:

a) Das Gutachten enthält allerdings keinen Bericht über die Aussage und deren Verlauf, der auf einem Wortprotokoll auf der Grundlage einer Tonband- oder Videoaufnahme beruht und aus dem die Fragen und Antworten hervorgehen. Hierzu hat der Senat in seinem Urteil vom 30. Juli 1999 ausgeführt: Im Interesse einer besseren Dokumentation sind 'in der Regel' Audio- und ggf. Videoaufnahmen zu erstellen (BGH aaO S. 104). Nur durch eine genaue Dokumentation kann eine Abschätzung erfolgen, welche Aussagequalitäten bei den Schlußfolgerungen zur Glaubhaftigkeitseinschätzung verwertet werden können. Enthält jedoch wie hier das Gutachten der Diplom-Psychologin einen umfangreichen, detailreichen Bericht über die maßgeblichen Anknüpfungstatsachen, der auch Erzählanstöße aufweist und dem - unter Verwendung der indirekten Rede - mittelbar eine Anzahl der gestellten Fragen und Antworten zu entnehmen sind, entzieht dies jedenfalls den bis zur Entscheidung des Se-

nats vom 30. Juli 1999 erstellten Gutachten die wissenschaftliche Grundlage nicht zwingend.

b) Gegenstand einer aussagepsychologischen Beurteilung ist allerdings nicht die Frage nach einer allgemeinen Glaubwürdigkeit der Untersuchten im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft (BGH aaO S. 101). Dennoch lagen hier Besonderheiten vor, die es notwendig machten zu prüfen, ob wegen einer beim Tatopfer festgestellten Bulimie eine Beeinträchtigung der Fähigkeit der Zeugin zur Wahrnehmung, Speicherung und Reproduktion von komplexen Sachverhalten und zur Realitätskontrolle vorlag. Diese Prüfung ist erfolgt. Einschränkungen der Fähigkeiten der Geschädigten zu einer qualifizierten Aussage hat das Landgericht aufgrund der Aussage des als Zeugen gehörten Oberarztes Dr. K. vom Zentralinstitut für Seelische Gesundheit in Mannheim verneint.

c) Der Einwand, das Gutachten habe zur Klärung externer Einflüsse auf die Aussage die Alternativhypothese 'bewußte oder irrtümliche Falschaussage' und die Aussagegenese nicht ausreichend berücksichtigt, ist nicht begründet.

Das Vorbringen richtet sich im Grunde gegen die von der Gutachterin verwendeten Prüfungselemente und die von ihr gewählte Prüfungsreihenfolge.

Nach den Gutachten der seinerzeit vom Senat gehörten Sachverständigen Prof. Dr. S. und Prof. Dr. F., wie sie im Urteil vom 30. Juli 1999 mitgeteilt worden sind, soll der Gutachter den zu überprüfenden Sachverhalt an Hand von anerkannten Realkennzeichen auf einen realen Erlebnishintergrund untersuchen. Das erlangte Ergebnis ist durch die Bildung von Alternativhypothesen zu überprüfen. Mit dieser Hypothesenbildung soll überprüft werden, ob die im Einzelfall vorfindbare Aussagequalität durch sogenannte Parallelerlebnisse oder reine Erfindung erklärbar sein könnte. Die Nullhypothese sowie die in der Aussagebegutachtung im wesentlichen verwendeten Elemente der Aussageanalyse (Qualität, Konstanz, Aussageverhalten), der Persönlichkeitsanalyse und der Fehlerquellen - bzw. der Motivationsanalyse sind gedankliche Arbeitsschritte zur Beurteilung der Zuverlässigkeit einer Aussage. Sie sind nicht nur in einer Prüfungsstrategie anzuwenden und verlangen keinen vom Einzelfall losgelösten, schematischen Gutachtenaufbau.

Die gerichtlich bestellte Gutachterin hat nicht den Weg der Analyse des Aussageinhalts und der nachfolgenden Überprüfung der Ergebnisse durch Alternativhypothesen gewählt. Sie untersucht die Aussage der Geschädigten 'formal und inhaltlich' unter dem Abschnitt 'Spezielle Glaubwürdigkeit' und beginnt mit der Entstehung der Aussage. Dabei überprüft sie mögliche Motive, die auf eine Falschaussage hindeuten könnten. Die Diplom-Psychologin prüft ausführlich die 'bewußte Falschaussage' und schließt diese aus, nachdem die Geschädigte am Tag nach dem Vorfall zu der Anzeige bei der Polizei gedrängt und dort sofort vernommen worden ist. Für die Prüfung der Alternative 'Irrtümliche Falschaussage' bietet der zu prüfende Sachverhalt einer Vergewaltigung keinen Anlaß.

Die Diplom-Psychologin befaßt sich im Rahmen der Prüfung der Geschichte der Aussage - wenn auch nur kurz - auch mit der 'Suggestionshypothese'. Sie schließt diese aus, weil in der Erstaussagesituation die Notwendigkeit einer Rechtfertigung vor der Mutter oder auf erwartete negative Reaktionen auf das Bekanntwerden des sexuellen Erlebnisses nicht bestanden habe.

Ihrer Prüfung legt die Gutachterin die Mitteilungen der Geschädigten an die Personen zugrunde, die das Tatopfer unmittelbar im Anschluß an die Tathandlung in einer Telefonzelle in unmittelbarer Nähe des Tatortes aufgefunden und befragt haben.

Daß die kurz nach der Tat gemachte Aussage der Geschädigten auch konstant ist, belegt die Sachverständige an Hand der vor der Polizei gemachten Aussagen der Zeugen Sa. M., Ma. und E. R. Daß die Sachverständige sich auf die polizeilichen Vernehmungen der Zeugen stützt und ohne ausdrücklichen Auftrag des Gerichts keine eigenen informatorischen Anhörungen im Vorfeld durchgeführt hat, sieht der Senat wegen der im Urteil vom 30. Juli 1999 gemachten strafprozessualen Vorbehalte ausdrücklich nicht als Mangel des Gutachtens an (BGH aaO S. 103).

Der Senat schließt aus, daß die Sachverständige unter Berücksichtigung der objektiven Begleitumstände des Auffindens in der Telefonzelle (zerrissenes T-Shirt, Kratzspuren am Hals des Angeklagten) bei einem anderen methodischen Vorgehen zu einem abweichenden Ergebnis gekommen wäre. Im übrigen hat das Landgericht der Aussagegenese nach dem Auffinden der Geschädigten in der Telefonzelle in seiner Beweiswürdigung breiten Raum gewidmet und hat durch eigenständige Würdigung der Zeugenaussagen die Möglichkeit einer Falschbezichtigung rechtsfehlerfrei ausgeschlossen.

d) Soweit schließlich Prof. Dr. S. den Einwand erhebt, hinsichtlich der Feststellungen der Sachverständigen zur 'Konstanz' der Aussage des Tatopfers als Zeugin bestünden erhebliche Zweifel, ist dies nicht näher ausgeführt. Die von der Diplom-Psychologin angenommene Konstanz der Aussagen bei den wiederholten Vernehmungen wird im übrigen von den Feststellungen der Strafkammer bestätigt. ..."[335]

Urteilsgründe

Die Voraussetzungen für eine auf § 244 IV 2 StPO gestützte Ablehnung eines Beweisantrages müssen durch die Gründe des tatrichterlichen Urteils ausgewiesen werden.[336]

Widersprüche in den Urteilsgründen schaden:

" ... Im Anschluss daran stellte die Verteidigerin den **Beweisantrag, ein weiteres aussagepsychologisches Gutachten zur Glaubhaftigkeit der Angaben der Geschädigten einzuholen. Zur Begründung führte der Antrag aus, das Gutachten der Sachverständigen Dr. U. weise 'qualitative Mängel in Bezug auf die Fragetechnik sowie die Analyse der speziellen Aussagetüchtigkeit, Aussageentstehung und -entwicklung sowie der Prüfung motivationaler Faktoren für eine Falschaussage auf' (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)**.

Der Antrag legte im Folgenden anhand von Auszügen aus dem Wortprotokoll der Exploration dar, die Sachverständige habe die Befragung der damals 10jährigen Zeugin in Form sog. 'geschlossener' Fragen oder unter Vorgabe mehrerer Antwortmöglichkeiten durchgeführt, wobei das Kind in zahlreichen Fällen Vorgaben der Sachverständigen nur einsilbig oder durch zustimmende Laute bestätigt habe. Dies sei aussagepsychologisch fehlerhaft gewesen, da es suggestive Wirkungen haben und die Erinnerung der kindlichen Zeugin in Richtung auf bestimmte Ergebnisse habe verändern können. Dies habe sich auch auf die Vernehmung der Geschädigten in der Hauptverhandlung auswirken können. Diese suggestiven Effekte und Besonderheiten bei Aussageentstehung und -entwicklung seien im Gutachten der Sachverständigen nicht berücksichtigt worden; es weise daher erhebliche qualitative Mängel auf und entspreche nicht den in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Anforderungen an aussagepsychologische Gutachten.

335 BGH, Beschluss vom 30.05.2000 - 1 StR 582/99 - Mittel und Wege, gute Verteidigerarbeit ins Leere laufen zu lassen, finden sich immer.

336 BGH, Beschluss vom 02.05.1989 - 5 StR 153/89

Das Landgericht hat den Beweisantrag mit der Begründung abgelehnt, die Kammer verfüge selbst über die erforderliche Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO). Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen sei Aufgabe des Gerichts; ein aussagepsychologisches Gutachten könne nur eine zusätzliche Entscheidungshilfe sein. Der Beschluss führte sodann aus: 'Besondere Umstände, die im vorliegenden Fall die Hinzuziehung eines Sachverständigen erfordern würden, sind nicht ersichtlich. Die Kammer hat allein zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung die … Sachverständige U. zur Hauptverhandlung hinzugezogen, zumal ihr hinsichtlich der Angaben der Zeugin … im Rahmen der Exploration zwecks Überprüfung der Aussagekonstanz ohnehin die Funktion einer Zeugin zufiel.'

In den Urteilsgründen hat das Landgericht eine ausführliche Würdigung der Aussage der Geschädigten vorgenommen und diese als glaubhaft angesehen. Abschließend hat es ausgeführt: 'Hinsichtlich der Bewertung der Zuverlässigkeit der Bekundungen der Zeugin … hat sich die Kammer auch der Beratung durch die ihr aus vielen Verfahren als zuverlässig bekannte, forensisch erfahrene Sachverständige Dr. U. bedient. Diese ist auf dem Hintergrund ihrer umfassenden Exploration sowie ihrer Eindrücke aus der Hauptverhandlung zu dem Schluss gelangt, die Angaben der Zeugin seien aus aussagepsychologischer Sicht einschränkungslos als erlebnisfundiert zu beurteilen. Dem schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung aus den dargelegten Gründen an' (UA S. 28).

3. Diese Verfahrensweise war rechtsfehlerhaft; es ist nicht auszuschließen, dass sich der Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat.
a) Der Beweisantrag der Verteidigerin zielte auf die Vernehmung eines weiteren Sachverständigen ab (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO) und stützte sich zur Begründung auf die Darlegung methodischer und inhaltlicher Mängel des von der Sachverständigen Dr. U. erstatteten Gutachtens. Demgegenüber bezog sich der den Antrag zurückweisende Beschluss nicht auf einen Ablehnungsgrund gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO, sondern beschränkte sich auf den Ablehnungsgrund eigener Sachkunde gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO. Aus dem Zusammenhang des Ablehnungsbeschlusses ergibt sich, dass der Tatrichter die vom Beweisantrag aufgeworfene Frage der methodischen Mangelhaftigkeit des von der Sachverständigen erstatteten Gutachtens mit der Begründung dahinstehen lassen wollte, schon die Erstattung des ersten Gutachtens sei gar nicht erforderlich gewesen und nur deshalb erfolgt, weil die Sachverständige schon von der Staatsanwaltschaft beauftragt worden war und ohnehin als Zeugin zu vernehmen gewesen sei. Insofern konsequent hat der ablehnende Beschluss daher die substantiierten Einwendungen des Beweisantrags gegen die Qualität des (vorbereitenden) Gutachtens weder erörtert noch überhaupt erwähnt.

b) Ein solches Vorgehen ist zwar nicht von vornherein rechtsfehlerhaft. Wenn der Tatrichter der Ansicht ist, bereits die (vollzogene) Einholung eines ersten Sachverständigengutachtens sei überflüssig gewesen, da er unabhängig von diesem Gutachten über hinreichende eigene Sachkunde verfüge, kommt es für die Ablehnung eines Antrags auf Einholung eines weiteren Gutachtens auf die Voraussetzungen des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO unter Umständen nicht an. Das setzt freilich voraus, dass den Bekundungen des ersten, bereits vernommenen Sachverständigen nach Auffassung des Gerichts unabhängig von möglichen qualitativen Mängeln keine Bedeutung für die Beweiswürdigung zukommt, weil das Gericht schon dieses Gutachten wegen ausreichender eigener Sachkunde nicht hätte einholen müssen. In diesem Fall erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der in einem Beweisantrag behaupteten Mangelhaftigkeit des Erstgutachtens oder der Überlegenheit der Forschungsmittel eines anderen Sachverständigen. Es handelt sich dann zwar nicht um eine auf den Ablehnungsgrund der - tatsächlichen - Bedeutungslosigkeit gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

gestützte Ablehnung, da das - nach Auffassung des Gerichts überflüssige - Erstgutachten bereits erstattet und das beantragte weitere Gutachten nicht für die Entscheidung ohne Bedeutung ist. Der Sache nach ist die Ablehnung der beantragten Einholung eines Zweitgutachtens aber in der hier vorliegenden besonderen Konstellation dem Ablehnungsgrund der (tatsächlichen) Bedeutungslosigkeit einer Beweisbehauptung verwandt. Wie in jenem Fall in der Ablehnung des Beweisantrags eine konkludente Zusage des Gerichts liegt, den unter Beweis gestellten Tatsachen nicht nachträglich entgegen den Gründen des Ablehnungsbeschlusses doch Bedeutung zuzumessen (vgl. BGH NStZ 1988, 38; 1994, 195; BGH StV 1997, 338; Meyer-Goßner StPO 52. Aufl. § 244 Rdn. 56; Fischer in KK-StPO 6. Aufl. § 244 Rdn. 146; Becker in LR 26. Aufl. § 244 Rdn. 227; Eisenberg Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. Rdn. 216 a; jeweils m.w.N.), kann die substantiiert geltend gemachte Fehlerhaftigkeit eines Sachverständigengutachtens nur dann dahinstehen, wenn es auf das Ergebnis des Gutachtens für das Beweisergebnis in keiner Richtung ankommt. Wenn also das Gericht, wie hier, den auf Mängel des Erstgutachtens gestützten Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens allein mit der Begründung ablehnt, es verfüge selbst über die erforderliche Sachkunde, und sich mit den geltend gemachten Mängeln nicht auseinandersetzt, bezieht sich diese Begründung nach dem Empfängerhorizont des Antragstellers nicht allein auf das beantragte Zweitgutachten, sondern notwendig auch auf die Beweisbedeutung des Erstgutachtens: Auf dessen Fehlerhaftigkeit kann es nur dann nicht ankommen, wenn der Tatrichter es im Hinblick auf seine eigene Sachkunde seinen Feststellungen nicht zugrunde legt. Umgekehrt wird es daher regelmäßig ausgeschlossen sein, Schlussfolgerungen zur Beweiswürdigung ohne nähere Erörterung auf ein Gutachten zu stützen, dessen in einem Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO geltend gemachte methodische Mangelhaftigkeit das Gericht ausdrücklich oder konkludent hat dahinstehen lassen.

c) So liegt es hier. Der Beweisantrag der Verteidigerin hat substantiiert methodische Mängel des Erstgutachtens und deren mögliche, nach aller Erfahrung sogar nahe liegende Folgewirkungen für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung dargelegt. Wenn der Tatrichter die Frage der Mangelhaftigkeit des Gutachtens nicht offen lassen wollte, hätte er sich in dem ablehnenden Beschluss mit den Argumenten des Antrags im Einzelnen auseinander setzen müssen. Wenn er hierauf verzichtete, durfte er seine Beweiswürdigung in den Urteilsgründen nicht gerade auch auf das Gutachten stützen. Entgegen der u.U. noch missverständlich erscheinenden Begründung des Ablehnungsbeschlusses hat das Landgericht die Überzeugung von der 'einschränkungslosen' Richtigkeit der Bekundungen der Geschädigten aber ausdrücklich auch auf das aussagepsychologische Gutachten der 'als zuverlässig bekannten' Sachverständigen gestützt (UA S. 28). Im Übrigen hat es auch die Feststellung der die Glaubhaftigkeit der Geschädigten stützenden Aussagekonstanz auf die Bekundungen der Sachverständigen gestützt, ohne die diesbezüglichen Einwendungen des Beweisantrags erkennbar zu berücksichtigen.

Hierin liegt ein Widerspruch zu der Ablehnungsbegründung, mit welchem der Beschwerdeführer nicht rechnen musste. Er konnte sich vielmehr nach der Begründung des Ablehnungsbeschlusses darauf verlassen, dass das Landgericht die geltend gemachten - sich nach dem Wortlautprotokoll der Exploration in der Tat aufdrängenden - methodischen Fehler des Gutachtens als solche erkannt habe und das Gutachten daher - im Hinblick auf seine eigene Sachkunde - seinem Urteil nicht zugrunde legen würde. Andernfalls hätte das Landgericht den Angeklagten auf seine abweichende oder geänderte Beurteilung hinweisen und die geltend gemachten Mängel in den Urteilsgründen erörtern müssen; bei Erneuerung des Beweisantrags hätte es einer gemäß § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO substantiierten Begründung bedurft, wenn ein Zweitgutachten nicht eingeholt werden sollte.

> Die Urteilsgründe, die sich auf das Gutachten der Sachverständigen Dr. U. stützen, ohne die von der Verteidigung zu Recht problematisierte, wissenschaftlichen Standards kaum entsprechende suggestive Befragungstechnik zu thematisieren, stehen damit im Widerspruch zur Ablehnung des Beweisantrags.
>
> d) Auf dem Verfahrensfehler beruht das Urteil auch, soweit es die Feststellung der vom Angeklagten bestrittenen Fälle betrifft. Das Landgericht hat seine Beweiswürdigung ausdrücklich auf die Feststellung der 'Aussagekonstanz' sowie auf die 'Beratung durch die als zuverlässig bekannte Sachverständige' gestützt; soweit es eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat, ist aus den Urteilsgründen nicht erkennbar, dass es sich der Problematik der Aussageentwicklung, auch im Hinblick auf das Kriterium der Konstanz, bewusst war. ..."[337]

Augenschein - § 244 V 1 StPO

Beweisanträgen, die auf die Besichtigung von Gegenständen bzw. Tatörtlichkeiten gerichtet sind, wird nur nachgegangen, wenn dies nach dem „pflichtgemäßen Ermessen" des Tatgerichts zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Vom Wortlaut her ist dies ein Hinweis auf die Aufklärungspflicht aus § 244 II StPO.[338] Die Verteidigung sollte sich dennoch davon nicht abschrecken lassen, ausreichend begründete auf Augenschein gerichtete Beweisanträge zu stellen.

Aufklärungspflicht und Augenschein

Aufgrund der Sachaufklärungspflicht kann sich eine beantragte Beweisaufnahme aufgrund der „Beweissituation" aufdrängen:

> " ... Der Verteidiger hat in der Berufungsverhandlung u.a. folgenden Beweisantrag gestellt: '**Weiterhin wird beantragt zum Beweis der Tatsache, daß der im Februar 1997 der Firma G... entwendete Kompressor nicht in den Kofferraum eines Pkw Mazda 323 F, Baujahr 1992, verbracht (gehoben) werden kann, die Durchführung eines Augenscheins. Bisher wurden vom Sachverständigen G... nur theoretische Volumenberechnungen durchgeführt. Ein praktischer Beladungsversuch wurde bisher noch nicht durchgeführt. Nur ein praktischer Beladungsversuch kann den Sachverhalt aufklären. Die theoretischen Überlegungen des Sachverständigen beruhen nur auf den Maßen bzw. Gewichten des Nachfolgemodells des entwendeten Kompressors. Es wird daher ausdrücklich beantragt, ein mit dem entwendeten Kompressor identisches Modell beim Versuch zu verwenden.** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich)'
>
> Das Landgericht hat diesen Antrag mit folgender Begründung abgelehnt: 'Der Beweisantrag des Angeklagten auf Durchführung eines Augenscheins im Sinne eines praktischen Beladungsversuchs des Pkw's mit Hilfe eines dem entwendeten Kompressor identischen Modells wird zurückgewiesen, da der Augenschein nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist (§ 244 V 1 StPO).
>
> Der bisherige Verlauf des Verfahrens hat keine Sicherheit dahingehend erbracht, daß tatsächlich der vom Sachverständigen begutachtete Kompressor mit dem entwendeten Kompressor typengleich war und die gleichen Ausmaße gehabt hat. Möglicherweise hat es sich auch um ein Vorgängermodell gehandelt. Mangels näherer Angaben zur Art der Beladung und zu möglichen Hilfsmitteln bleibt dem Gericht lediglich noch die Möglichkeit, durch einen Sachverständigen die Abmessungen der Hecköffnung des Pkw's und die Abmessungen des nunmehr vorhandenen

337 BGH, Beschluss vom 27.01.2010 - 2 StR 535/09

338 dazu knapp in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. A., Rz. 78 zu § 244

Kompressors festzustellen und miteinander zu vergleichen. Dies hat der Sachverständige G... in der heutigen Hauptverhandlung auch gemacht.'

Für die Ablehnung eines Antrags auf Augenscheinsbeweis ist allein die Sachaufklärungspflicht der maßgebende Gesichtspunkt (Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 44. Aufl. § 244 Rn.78). Diese gerichtliche Aufklärungspflicht drängte bei der gegebenen Beweissituation zur beantragten Augenscheineinnahme.

Der Angeklagte bestreitet, daß der Kompressor in den Kofferraum des von ihm damals gefahrenen Pkw's Mazda 323 hätte verladen werden können. Er sei für eine Einzelperson zu schwer. Zudem passe der von der Firma G als gestohlen bezeichnete Kompressor von seinen Ausmaßen her nicht in den Kofferraum.

Die Strafkammer ist dem gegenüber zu der Auffassung gelangt, daß der entwendete Kompressor von einer einzelnen Person in den Kofferraum eines Pkw's verladen werden konnte, von seinen Ausmaßen her auch in den Kofferraum des damaligen Pkw's des Angeklagten paßte und mit diesem Fahrzeug auch abtransportiert werden konnte. Sie stützt sich hierbei auf Erkenntnisse eines Sachverständigen der DEKRA, der, dokumentiert durch Lichtbilder, aufgrund der Abmessungen eines typengleichen Kompressors und Fahrzeugs zu dem Ergebnis kam, daß es aus technischer Sicht geometrisch möglich sei, einen solchen Kompressor im Kofferraum des Pkw's unterzubringen, und dem es auch möglich war, den Kompressor etwa 20 cm vom Boden aufzuheben.

Ein Vollversuch, d.h. eine tatsächliche Verbringung des Kompressors in den Kofferraum durch eine einzelne Person und der Abtransport des Gegenstands mit dem Pkw, wurde nicht unternommen.

Ein solcher Versuch hätte nahe gelegen. Die Strafkammer hat nämlich als wahr unterstellt, daß es beim Versuch zweier Zeugen nicht möglich gewesen sei, den Kompressor in den Mazda zu heben, und daß das Fahrzeug, in welches nach Mutmaßung des Landgerichts der Kompressor vom Angeklagten über die Kofferraumkante hinein geschoben worden war, im Heckbereich keine Beschädigungen aufgewiesen habe. Außerdem vermutet das Gericht, daß der größer dimensionierte Teil des Kompressors, der wegen seiner Abmessung ein Schließen der Heckklappe des Fahrzeugs nicht zuließ, ein Stück aus dem Kofferraum herausgeragt habe. Unter diesen Umständen besteht aber die Gefahr, daß, worauf die Verteidigung zutreffend hinweist, der Kompressor beim Abtransport, dem Schwerpunkt folgend, ohne zusätzliche Sicherung aus dem Fahrzeug gekippt wäre. Eine weitere Person, die, im Wagen sitzend, dies durch Festhalten hätte verhindern können - die damalige Ehefrau des Angeklagten verhielt sich als Beifahrerin passiv - war nach den Feststellungen aber nicht vorhanden.

Das Unterlassen des beantragten Augenscheins ist auch nicht durch die Erwägung der Strafkammer gerechtfertigt, es bestehe keine Sicherheit, daß tatsächlich der vom Sachverständigen begutachtete Kompressor mit dem entwendeten typengleich gewesen sei und die gleichen Ausmaße gehabt habe, möglicherweise habe es sich auch um ein Vorgängermodell gehandelt. Zum einen steht dies in Widerspruch zu den Urteilsfeststellungen, wonach der Sachverständige ein typengleiches Gerät der Firma Beckum, Typ Megaklassic 660/10/90 DF, um welches es sich nach den Feststellungen der geschädigten Firma bei dem Diebesgut gehandelt hatte, besorgt hatte. Zum anderen wäre es dem Gericht bei nicht sicherer Kenntnis der genauen Abmessungen des Kompressors nach dem Zweifelssatz verwehrt, zu Lasten des Angeklagten davon auszugehen, daß das entwendete Gerät in den Kofferraum hätte verbracht werden können, weil seine Abmessungen kleiner gewesen seien als

die bei der gutachterlichen Untersuchung zugrunde gelegten Maße. ..."[339]

Pflichtgemäßes Ermessen

An erster Stelle steht das tatrichterliche Ermessen. Ein Ermessensfehlgebrauch kann vorliegen, wenn es sich aufdrängt, dass eine Inaugenscheinnahme einer Örtlichkeit selbst zu Ergebnissen führen kann, die über das hinausgehen, was aus Modellen, Skizzen oder Fotografien zu entnehmen ist.:

> " ... 1. Die Staatsanwaltschaft beanstandet zunächst die Ablehnung des von ihr gestellten **Beweisantrags auf Inaugenscheinnahme des Wracks des am 29. August 1976 im Bodensee gesunkenen und später gehobenen Segelboots des Angeklagten** (Anmerkung des Verf.: erfolglos). Die Rüge ist nicht begründet.
>
> Das Landgericht hat den Antrag im wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, es habe sich bereits in der bisherigen Hauptverhandlung ein 'genaues und umfassendes Bild von dem Aussehen, den Größenverhältnissen und von einzelnen Einrichtungen bzw. Erscheinungen in und an dem Boot 'C' machen' können. Dazu sei das Gericht insbesondere durch ein vom Angeklagten angefertigtes, detailgetreues und maßstabgerechtes Modell seines Segelbootes in die Lage versetzt worden. An diesem Modell habe der Angeklagte Erklärungen abgegeben; Sachverständige und Zeugen hätten Örtlichkeiten und sonstige räumliche Gegebenheiten erläutert. Weiter zur Unterrichtung der Schwurgerichtskammer hätten beigetragen die in Augenschein genommenen Lichtbilder, die das Äußere und die Innenräume der 'C' nach ihrer Bergung in Total- als auch in Detailaufnahmen wiedergeben würden. Diese Fotografien seien von als Zeugen vernommenen Polizeibeamten erläutert worden. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand; die Ablehnung der Inaugenscheinnahme des Wracks der 'Calypso' verletzt weder § 244 Abs. 5 noch § 244 Abs. 2 StPO.
>
> Darüber, ob die Einnahme eines Augenscheins zur Erforschung der Wahrheit geboten ist, hat der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (§ 244 Abs. 5 StPO). Grundsätzlich ist dabei anerkannt, daß an Stelle der Besichtigung der Örtlichkeit selbst die Besichtigung von Abbildungen oder Fotografien genügen kann (BGH VRS 5, 541, 543; RG HRR 1932 Nr. 689). Ob der Augenschein auf die eine oder andere Art vorzunehmen ist, obliegt zunächst der Beurteilung des Tatrichters (vgl. auch RGSt 47, 106, 107). Ein Ermessensfehlgebrauch und damit eine Verletzung des § 244 Abs. 5 StPO könnte daher nur dann angenommen werden, wenn es sich aufdrängte, daß eine Besichtigung der Örtlichkeit selbst zu Ergebnissen führen würde, die über das hinausgingen, was aus Modellen, Skizzen oder Fotografien zu entnehmen war.
>
> Solche Ergebnisse waren jedoch hier von einer Besichtigung des Schiffswracks nicht zu erwarten. Die Frage, die vor allem durch einen Augenschein, sei es an Fotografien und an einem Modell, sei es am Boot selbst, zu klären war, war die, ob der Geschehensablauf, wie ihn der Angeklagte schließlich geschildert hat, mit den gegebenen Örtlichkeiten in Einklang zu bringen war. Insoweit meint die Staatsanwaltschaft insbesondere, diese Darstellung könne deshalb nicht zutreffen, weil bei der Enge der Räumlichkeiten der Angeklagte Brandverletzungen und Brandspuren an seiner Kleidung hätte aufweisen müssen. Gerade diese Frage hätte jedoch auch bei einer Besichtigung des Bootes nicht weiter geklärt werden können, weil dabei der Brand weder hätte rekonstruiert noch seine Entwicklung gedanklich hätte nachvollzogen werden können. Ebensowenig trifft es allgemein zu, daß ein zutreffender Eindruck von einem sehr kleinen Raum und davon, was dort möglich sei, sich nur durch das Betreten

339 BayOLG, Beschluss vom 19.04.2001 - 5 St RR 69/01

dieses Raumes gewinnen lasse; auch insoweit muß die Entscheidung beim Tatrichter verbleiben, wie er sich Vorstellungen von einem derartigen Raum und darüber, was darin möglich ist, verschafft (vgl. BGH VRS 20, 202, 204).

Auch hinsichtlich der im Urteil erörterten Möglichkeit, die Badeleiter vom Wasser aus herunterzuklappen, hätte ein am Wrack vorgenommener Augenschein ersichtlich keine weiteren Erkenntnisse bringen können. Im Ergebnis das gleiche muß für die Rückseite des Armaturenbretts, wo der Schußapparat gefunden wurde und nach Einlassung des Angeklagten schon jahrelang gelegen hatte, gelten. Insoweit ergibt sich nämlich aus dem vorhandenen und in Augenschein genommenen Lichtbild hinreichend deutlich, daß dort Anschlüsse für Stromkabel verliefen und auch teilweise offenlagen; ob es sinnvoll war, dort einen metallischen Gegenstand längere Zeit aufzubewahren und ob die diesbezügliche Einlassung des Angeklagten glaubhaft war, war damit eine Frage der Bewertung, für deren Beantwortung eine Besichtigung des Bootes selbst weitere Aufklärung nicht versprechen konnte.

Aus den dargelegten Gründen kann auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) in der Ablehnung eines Augenscheins nicht gesehen werden.

2. Die Staatsanwaltschaft beanstandet weiter, daß das Landgericht ihrem Antrag, das in Augenschein genommene Bootsmodell und die zur Demonstration daran benutzten Figuren auf ihre Maßstabstreue zu vermessen, nicht nachgekommen ist. Nach den Urteilsfeststellungen war das in der Hauptverhandlung verwendete Modell jedoch detailgetreu und, was die wesentlichen Maße anbelangt, maßstabsgerecht (UA S. 140). Es ist daher davon auszugehen, daß das Landgericht das Modell überprüft hat. Einer ausdrücklichen Verbescheidung des von der Staatsanwaltschaft in der Revisionsbegründungsschrift als Beweisermittlungsantrag bezeichneten Antrags bedurfte es daher nicht.

3. Ebenfalls unbegründet ist die Rüge, mit der die Staatsanwaltschaft die Ablehnung mehrerer Hilfsbeweisanträge beanstandet.

a) Den Antrag auf Einnahme eines Augenscheins und Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür, daß die Badeleiter nicht vom Wasser aus heruntergeklappt werden konnte, hat das Landgericht abgelehnt, weil die Einnahme des beantragten Augenscheins nach pflichtgemäßem Ermessen zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sei und die Schwurgerichtskammer zur Beurteilung der anstehenden Frage selbst die erforderliche Sachkunde besitze.

Insoweit ist der Staatsanwaltschaft zwar zuzugeben, daß die diesbezüglichen Darlegungen des Urteils (UA S. 139) deshalb mangelhaft sind, weil nicht näher ausgeführt wird, wie das Landgericht zu seinem Ergebnis gekommen ist. Da das Landgericht jedoch annimmt, daß es einer im Wasser befindlichen Person, wenn überhaupt, nur relativ mühsam gelingen könne, die Badeleiter unter den gegebenen Umständen vom Wasser aus abzuklappen, erscheint schon fraglich, ob das Urteil auf diesem Mangel beruhen könnte. Jedenfalls scheitert die Rüge daran, daß das Landgericht im Ergebnis die aufgestellte Beweisbehauptung als schon erwiesen ansah. Die Beweisfrage konnte bei der gegebenen Beweislage nur für die Glaubwürdigkeit des Angeklagten von Bedeutung sein. Insoweit nimmt das Landgericht aber an, daß der Angeklagte entgegen seiner Einlassung (UA S. 85) davon ausgehen konnte, daß es seiner Ehefrau aus eigener Kraft wohl nicht gelingen werde, über die hochgeklappte Badeleiter wieder an Bord zu kommen (UA S. 84). Das Landgericht glaubt daher in diesem Punkt dem Angeklagten ohnehin nicht.

b) Die Nichteinnahme eines Augenscheins bezüglich des Schrägsitzventils der Was-

> seraufnahme für die Motorkühlung hält sich im Rahmen tatrichterlichen Ermessens. Die Urteilsgründe erlauben keine Zweifel, daß sich das Gericht auch ohne Augenscheinseinnahme über die Lage aller Ventile eingehend informiert hat (UA S. 87 ff).
>
> c) Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür, daß durch eine Öffnung 29 cm über der Wasserlinie bei einem Segelboot immer wieder Wasser in das Boot eindringt, hat das Landgericht ohne Rechtsfehler unter Berufung auf eigene Sachkunde abgelehnt (UA S. 138).
>
> d) Schließlich kann auch nicht beanstandet werden, daß das Landgericht den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Aufbewahrung des Schießapparats unter Berufung auf eigene Sachkunde abgelehnt hat. Ob die Lagerung hinter dem Armaturenbrett sinnvoll war und welche Gefahren für das elektrische System des Bootes sich daraus ergaben, konnte das Landgericht selbst beurteilen, zumal feststand, daß die Waffe, die in geladenem Zustand aufgefunden wurde, jedenfalls zuletzt dort aufbewahrt worden war (UA S. 124). ..."[340]

Das mit der Hervorhebung des richterlichen Ermessens unterlag zumindest früher gewissen Einschränkungen. Steht nämlich als Beweismittel ein einziger Tatzeuge zur Verfügung, so darf das Tatgericht 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 bekundete.[341] So darf ein Antrag auf gerichtlichen Augenschein auch dann nicht abgelehnt werden, wenn das Gegenteil der zu beweisenden Tatsache bereits von mehreren in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen bekundet worden ist, diese aber nicht „unabhängig" voneinander, sondern als Glieder eines wesentlich „gleichen Erlebniskreises und Interessenkreises" ausgesagt haben.[342]

Wenn Beweisbegehren zu einem gewünschten Ergebnis führen können, ist Vorsicht geboten:

> " ... 1. Der Verteidiger des Angeklagten hat in der Hauptverhandlung einen **Beweisantrag dahin gestellt, in den ehemaligen Klassenräumen der Grundschule, in denen der Angeklagte 1980 A W und T V unterrichtete, eine Ortsbesichtigung durchzuführen, um festzustellen, daß es für ihn unmöglich gewesen sei, hinter dem Pult - von anderen Schülern unbemerkt - sexuelle Handlungen an den Kindern W und V, wie Berühren der Scheide durch das Hineinschieben seiner Hand in die verschlossene Hose, vorzunehmen** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Die Strafkammer hat diesen Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 5 StPO abgelehnt, weil der Augenschein zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sei. Sie hat den ablehnenden Beschluß damit begründet, daß die Anordnung von Pult und Schülertischen in den Klassenräumen Nr. 15 und Nr. 1 der fraglichen Schule, in denen der Angeklagte zur angeblichen Tatzeit das 1. und das 2. Schuljahr unterrichtet habe, nach der Aussage des als Zeugen vernommenen Schulrektors G heute nicht mehr mit den Verhältnissen zur angeblichen Tatzeit übereinstimmten.
>
> Im Urteil hat die Strafkammer die Ablehnung der beantragten Augenscheinseinnah-

340 BGH, Urteil vom 31.03.1981 - 1 StR 40/8

341 BGH, Urteil vom 13.10.1955 - 3 StR 322/55 - Leitsatz, ebenso OLG Köln, Entscheidung vom 30.11.1965 - Ss 395/65, OLG Köln, Beschluss vom 14.06.1983 - 3 Ss 308/83

342 BGH, Urteil vom 017.10.1960 - 4 StR 360/60 - Leitsatz

me zusätzlich damit begründet, daß das Pult hinter dem der Angeklagte gesessen und die Taten an den Kindern begangen habe, zur Klasse hin, und zwar nach vorn und zu den Seiten, verschlossen gewesen sei und daß auch T und A ausgesagt haben, die übrige Klasse habe von den Manipulationen nichts bemerken können, weil das Pult dazwischen gestanden habe. Zudem sei "zu erwarten", daß der Angeklagte seinerseits Vorkehrungen getroffen habe, daß die Manipulationen an den Kindern für die übrigen Schüler in der Klasse unbemerkt blieben (UA 16).

2. Die Ablehnung des beantragten Augenscheins mit der Begründung, das Beweismittel sei zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich, ist rechtlich fehlerhaft. Entgegen der Auffassung der Strafkammer konnte der beantragte Beweis sehr wohl zu dem vom Angeklagten gewünschten Ergebnis führen. Wie die Revision zutreffend ausführt, mußte der Antrag dahin verstanden werden, daß die Klassenräume zu der Augenscheinseinnahme in den Zustand gebracht wurden, den sie zur Tatzeit hatten, d. h. Schülertische und Lehrerpult so aufzustellen, wie sie zur Tatzeit standen. Dies konnte mit Hilfe des Rektors, des Angeklagten und evtl. des Hausmeisters geschehen. Gründe dafür, daß dies nicht möglich sein sollte, sind nicht ersichtlich. Die Strafkammer ging daher bei ihrer Ablehnungsentscheidung von falschen tatsächlichen Voraussetzungen aus und hat deshalb keine ermessensfehlerfreie Entscheidung getroffen.

Die fehlerhafte Ablehnung der beantragten Augenscheinseinnahme konnte nicht durch ein Nachschieben von Gründen im Urteil geheilt werden (BGHSt. 19, 24, 26). Im übrigen hält auch die von der Strafkammer im Urteil nachgeschobene Begründung rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Soweit hier ausgeführt wird, es sei zu erwarten (im Sinn: "davon auszugehen"), daß der Angeklagte seinerseits Vorkehrungen dagegen getroffen gehabt habe, daß die Manipulationen für die übrigen Schüler unbemerkt geblieben seien, handelt es sich um eine bloße Vermutung, die noch dazu eine im Rahmen der Beweiswürdigung irrige Erwägung zum Inhalt hat. Denn durch die Augenscheineinnahme sollte gerade bewiesen werden, daß die Handlungen des Angeklagten den übrigen Schülern nicht hätten verborgen bleiben können. Die ablehnende Begründung enthält daher insoweit einen Denkfehler. Auch soweit sich die Begründung im Urteil auf die Aussagen der Kinder T und A bezieht, könnte sie die Ablehnung der beantragten Beweiserhebung nicht rechtfertigen. Der Antrag auf Einnahme eines Augenscheins kann nur abgelehnt werden, wenn er nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht geboten ist.

Die Ermessensausübung ist an der Pflicht des Gerichts zur umfassenden Sachaufklärung zu messen. Deshalb kann ein Antrag auf Augenscheinseinnahme abgelehnt werden, wenn die notwendigen Feststellungen auf andere Art und Weise zuverlässig getroffen werden können (Herdegen in KK § 244 StPO Rdn. 112). Dies hat das Gericht aber nicht getan. Die Berufung auf die Aussagen der beiden Kinder ist in diesem Zusammenhang unzulässig. Denn um die Überprüfung der Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen ging es. Durch den Augenschein sollte die Richtigkeit der Aussagen von A und T erschüttert werden. Er durfte deshalb nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß die Zeugen glaubwürdig, ihre Aussagen zuverlässig seien. Damit wurden die Grenzen zulässiger Beweisantizipation überschritten (BGHSt. 8, 177, 181; Herdegen aaO Rdn. 113). ..."[343]

Lichtbilder von der Tatörtlichkeit können geeignet sein, von einer Ortsbesichtigung und einer Rekonstruktion des Tatgeschehens abzusehen:

343 BGH, Beschluss vom 14.08.1984 - 4 StR 474/84

" ... Der Verteidiger des Angeklagten B hatte den **Hilfsbeweisantrag gestellt, am Tatort einen Augenschein mit einem Pkw Mercedes 280 SE und einem dem Polizeifahrzeug entsprechenden Pkw vorzunehmen. Weiter sollte im Wege des Augenscheins die von den Polizeibeamten K und G geschilderte Situation rekonstruiert werden. Daraus werde sich ergeben, daß der Angeklagte B unmöglich auf die beiden Beamten so gezielt geschossen haben könne, wie es die Beamten beschrieben hätten. Der Verteidiger des Angeklagten H hatte gleichfalls hilfsweise einen Augenschein am Tatort unter Durchführung einer Rekonstruktion mit Heranziehung der beiden Polizeibeamten beantragt. Der Augenschein werde ergeben, daß der von H eingeräumte Schuß nicht geeignet war, irgendjemanden zu gefährden, und daß er nicht in der von den Zeugen geschilderten Weise gezielt seine Pistole auf sie habe richten können** (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

Das Landgericht hat die beiden Hilfsanträge im Urteil unter Berufung auf § 244 Abs. 5 StPO abgelehnt (UA S. 141 bis 142): Ein Augenschein sei unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Hauptverhandlung zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich. Das Gericht habe durch Augenscheinseinnahme von Lichtbildern, auf denen das Tatgeschehen auch als rekonstruiert gezeigt werde, einen genügend klaren Überblick über das Augenscheinsobjekt bekommen. Die Lichtbilder seien auch Gegenstand der Vernehmung der Tatzeugen K und G gewesen, die dem Gericht nicht nur die Tatörtlichkeit, sondern auch den Stand der beiden Fahrzeuge wie auch ihr und der Angeklagten Verhalten an und in den Fahrzeugen geschildert hätten. Daß ein unmittelbarer Augenschein zu Beweisergebnissen führen würde, die über das hinausgehen, was den Lichtbildern in Verbindung mit den Zeugenaussagen zu entnehmen sei, dränge sich nicht auf und sei auszuschließen.

Das Landgericht durfte mit dieser Begründung die beiden Anträge auf Augenscheineinnahme und Rekonstruktion des Tatgeschehens ablehnen. Nach § 244 Abs. 5 StPO kann ein Antrag auf Einnahme eines Augenscheins abgelehnt werden, wenn der Augenschein nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Das Landgericht hat sich nach seiner Überzeugung einen ausreichenden Überblick über Tatort und Tatverlauf durch einen (mittelbaren) Augenschein mit Hilfe der Lichtbilder vom Tatort und der Zeugenaussagen verschafft. Dies war zulässig und auch ausreichend. Ein Augenschein am Tatort wäre nur dann geboten gewesen, wenn eine weitere Sachaufklärung hätte erwartet werden können. Dies war jedoch nicht der Fall. Das Gelände, die Art der beiden beteiligten Fahrzeuge und ihre Stellungen im Verlaufe des Tatgeschehens lassen sich den Lichtbildern und den sonstigen Beweismitteln ebenso entnehmen wie die Möglichkeit, über den von den Angeklagten benutzten Kraftwagen hinwegzuschießen.

Die von der Verteidigung gewünschte, als Beweisermittlung aufzufassende Rekonstruktion der Bewegungsabläufe am Tatort hätte ebenfalls nicht einer besseren Sachaufklärung gedient. Es ist nicht möglich, die Einzelheiten der Fahrt des Fahrzeuges der Angeklagten und die Zeitpunkte der Abgabe der Schüsse so zu rekonstruieren, daß die Rekonstruktion als solche Grundlage richterlicher Überzeugungsbildung sein konnte.

Die von der Verteidigung und auch von der Bundesanwaltschaft zitierten Entscheidungen (u.a. BGHSt 8, 177, 181; BGH NStZ 1984, 565) betreffen andere Sachverhalte. In diesen Fällen bestand die Möglichkeit, den Kerngehalt von Zeugenaussagen durch Augenscheinseinnahme zu erschüttern, weil dabei diese Aussagen mit bestimmten objektiven, im Grunde statischen Umständen verglichen werden konnten. Bewegungsabläufe, die sich wie hier nicht zuverlässig wiederholen lassen, sind demgegenüber nur beschränkt geeignet, Zeugenaussagen zu widerlegen; das gilt hier umso mehr, als das Landgericht bei der Rekonstruktion auf die Aussagen der beiden

> Tatzeugen angewiesen gewesen wäre. Insgesamt fehlen bei der gegebenen Beweislage ausreichende Anhaltspunkte dafür, daß die beantragte Rekonstruktion geeignet gewesen wäre, die Angaben der Zeugen zu widerlegen oder auch nur in Zweifel zu ziehen. ..."[344]

Die Ablehnung eines Antrags auf Inaugenscheinnahme von Standbildern eines bereits in Augenschein genommenen Films kann sich als fehlerhaft erweisen:

> " ... Der Angeklagte hat die Tat bestritten. Nach Schluss der Beweisaufnahme und nach den Schlussvorträgen stellte ein Verteidiger des Angeklagten im Hauptverhandlungstermin vom 11. August 2004 unmittelbar vor der Urteilsverkündung einen zuvor mit Telefax angekündigten **Hilfsbeweisantrag. Darin wurde hilfsweise für den Fall, dass das Gericht davon ausgehen sollte, der Angeklagte habe auf den getöteten S. eingestochen und dadurch dessen Tod verursacht, beantragt, 'das gesamte Bildmaterial von dem in der Hauptverhandlung durch den Zeugen B. übergebenen Video-Band durch das BKA untersuchen und auswerten zu lassen, insbesondere Einzelbilder herstellen zu lassen'. Der Antrag führte aus, die Beweiserhebung werde - unter anderem - ergeben, 'dass durch die Anfertigung von Einzelbildern der gesamten Bildaufzeichnung (1.800 Bilder) im Gegensatz zu den jetzt bereits vorliegenden Einzelbildern (30 Bilder) dabei zu sehen ist, dass zwei Personen mit einem glänzenden Gegenstand in der Hand zu sehen sind, die nicht Herr Ü. Sind'. Weiter wurde beantragt, 'die entsprechenden Einzelbilder, auf denen die beiden Personen mit dem glänzenden Gegenstand in der Hand zu sehen sind, technisch aufzubereiten und zu vergrößern'; dies werde 'ergeben, dass es sich bei den glänzenden Gegenständen in den Händen der beiden Personen jeweils um ein Messer gehandelt hat'** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).
>
> Das Landgericht hat diesen Antrag in den Urteilsgründen mit folgender Begründung zurückgewiesen (UA S. 62/63):
>
> 'Zum einen wurde die von dem Zeugen B. überreichte Mini-DV-Kassette … bereits mehrfach in der Hauptverhandlung am 29.07.2004 in Augenschein genommen. Zudem wurden von den Filmaufnahmen dieser Kassette …1.800 Standbilder gefertigt, die ebenfalls in Augenschein genommen wurden. Insoweit stellen sich die vorgenannten Anträge als Anträge auf Wiederholung der Beweiserhebung dar (…), denen die Kammer nicht zu entsprechen brauchte, nachdem der Sachverhalt aus Sicht der Kammer hinreichend aufgeklärt worden ist. Zum anderen ist die beantragte Beweiserhebung durch Augenscheinseinnahme gemäß § 244 Abs. 5 StPO zur Erforschung der Wahrheit auch nicht erforderlich. Eine Inaugenscheinnahme der von dem Zeugen B. überreichten Videokassette sowie der gefertigten 1.800 Standbilder ist erfolgt. Aus den in Augenschein genommenen Filmaufnahmen sowie Bildsequenzen waren (…) alle um das Opfer stehenden Personen mit Ausnahme des Angeklagten als Täter der Messerstiche auszuschließen.'
>
> Seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten hat das Landgericht wesentlich auch auf die Würdigung der Inaugenscheinnahme des Bildmaterials gestützt und dazu unter anderem ausgeführt:
>
> 'Die Täterschaft des Angeklagten steht für die Kammer (…) fest aufgrund (…) der von dem Zeugen B. überreichten Mini-DV (…) und aufgrund der aus den Filmaufzeichnungen der Mini-DV gefertigten 1.800 Standbilder, die allesamt mehrfach in der Hauptverhandlung in Augenschein genommen worden sind' (UA S. 22).

344 BGH, Urteil vom 06.10.1987 - 1 StR 455/87

2. Der Hilfsbeweisantrag durfte mit der vom Landgericht gegebenen Begründung nicht zurückgewiesen werden.

a) Durch die vom Senat eingeholten dienstlichen Erklärungen der Berufsrichter und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sowie die anwaltlichen Erklärungen der Verteidiger und des Nebenklägervertreters in Verbindung mit dem Protokoll der Hauptverhandlung ist bewiesen, dass 1.800 einzelne Standbilder als solche weder hergestellt noch in Augenschein genommen wurden. Die Formulierungen in den Gründen des angefochtenen Urteils, die Überzeugung des Landgerichts stütze sich auf die 'aus den Filmaufzeichnungen der Mini-DV gefertigten 1.800 Standbilder' (UA S. 22); es seien 'von den Filmaufnahmen (…) 1.800 Standbilder gefertigt (worden), die ebenfalls in Augenschein genommen wurden' (UA S. 63), sind allerdings missverständlich, namentlich weil das Landgericht hier und an anderen Stellen zwischen 'Filmaufnahmen', 'Filmsequenzen', 'Sequenzen mit Standbildern', 'Lichtbildern (Standbildern)' und 'Standbildern' durchaus zutreffend differenziert hat.

Auch der von der Verteidigung vor der Urteilsverkündung am 11. August 2004 gestellte Hilfsbeweisantrag unterschied ausdrücklich zwischen 'aufbereitetem Videomaterial (DVD)' und 'Standbildern'; danach hatte 'das BKA Standbilder gefertigt und diese am 4. August 2004 mitgebracht. Die Standbilder wurden in Augenschein genommen, das vom BKA aufbereitete Video-Material (DVD) wurde durch Projektor vorgeführt'. Der Antrag bemängelte, es sei bislang 'speziell die in der ursprünglichen CD geschnittene Sequenz (…) nicht in Einzelbilder aufgeteilt und überprüft worden'. Hieran anknüpfend verlangte der Antrag die 'Anfertigung von Einzelbildern der gesamten Bildaufzeichnung (1.800 Bilder) im Gegensatz zu den jetzt bereits vorliegenden Einzelbildern (30 Bilder)'. Der Begriff der 'bereits vorliegenden 30 Einzelbilder' konnte sich ersichtlich nur auf die von dem Zeugen M. gefertigten 30 Papierausdrucke von Standbildern beziehen. Dass der Antrag sich nicht darauf richtete, die Filmsequenz (nochmals) mit einer Geschwindigkeit von 12 Bildern pro Sekunde abzuspielen, war offensichtlich und ergab sich auch aus dem weiter gehenden Antrag, 'die entsprechenden Einzelbilder, auf denen die beiden Personen mit dem glänzenden Gegenstand in der Hand zu sehen sind, technisch aufzubereiten und zu vergrößern, damit die Hand mit dem Gegenstand deutlich und größer zu sehen ist'. Dieser Antrag zielte auf eine vorbereitende sachverständige Bearbeitung der Beweismittel ab und machte unmissverständlich deutlich, dass der Beweisantrag auf die Inaugenscheinnahme von Standbildern - sei es als Papierausdrucke, sei es durch Darstellung am Bildschirm oder durch Projektion - gerichtet war, somit auf die Heranziehung und Verwendung eines qualitativ anderen Beweismittels.

b) Der Antrag konnte daher nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, er ziele nur auf eine Wiederholung der Beweisaufnahme ab. Es mangelt hier schon an einer Identität des Beweismittels, denn die Inaugenscheinnahme eines Films - sei es auch in Zeitlupengeschwindigkeit - und diejenige von (vergrößerten) Einzelbildern (Standbildern) haben nicht denselben Beweisgegenstand zum Inhalt, auch wenn eine Filmsequenz notwendig aus einer Abfolge von Einzelbildern besteht; diese können bei der genannten Abspielgeschwindigkeit vielmehr als solche, d.h. als Stand -Bilder gar nicht wahrgenommen werden.

Der Antrag richtete sich somit - was das Landgericht im Ergebnis wohl auch nicht übersehen hat - auf die Herstellung und Auswertung von Augenscheinsobjekten, die bislang nicht Gegenstand der Beweisaufnahme gewesen waren. Die Ablehnung mit der Begründung, die 'gefertigten 1.800 Standbilder' seien bereits 'allesamt in Augenschein genommen' worden, war vor diesem Hintergrund nicht zulässig.

c) Auch die weitere Begründung, die Kammer habe den beantragten Beweis nicht

zu erheben brauchen, 'nachdem der Sachverhalt aus Sicht der Kammer hinreichend aufgeklärt ist' (UA S. 63), und die beantragte Beweisaufnahme sei 'zum anderen (…) gemäß § 244 Abs. 5 StPO zur Erforschung der Wahrheit auch nicht erforderlich' (ebd.), erweist sich im Ergebnis als nicht tragfähig. Das Landgericht hat hier zwar im Grundsatz zutreffend auf den in § 244 Abs. 5 Satz 1 StPO genannten Maßstab der Sachaufklärungspflicht abgestellt. Danach gilt für einen Antrag auf Augenscheinsbeweis das grundsätzliche Verbot der Beweisantizipation nicht; er kann auch mit der Begründung abgelehnt werden, die Beschaffenheit des Augenscheinsgegenstands stehe auf Grund der schon erhobenen Beweise bereits fest (vgl. Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 244 Rdn. 78 mit Nachw. zur Rspr.).

Aus der vom Landgericht gegebenen Begründung ergibt sich aber nicht, dass das Gericht insoweit von einem zutreffenden Maßstab der Erforderlichkeit weiterer Sachaufklärung ausgegangen ist. Die Ansicht, die beantragte Inaugenscheinnahme sei nicht erforderlich, hat das Landgericht vielmehr erneut ausdrücklich auf den Hinweis gestützt, 'eine Inaugenscheinnahme der (…) Videokassette sowie der gefertigten 1.800 Standbilder (sei) erfolgt'; andere Personen als der Angeklagte seien 'aus den in Augenschein genommenen Filmaufnahmen sowie Bildsequenzen (…) auszuschließen' (UA S. 63). Es bleibt hier schon unklar, was mit dem Begriff 'Bildsequenzen' (im Unterschied zu 'Filmaufnahmen') gemeint sein soll. Im Übrigen bleibt unberücksichtigt, dass der Beweisantrag auf eine Inaugenscheinnahme nicht nur der auf der DVD gespeicherten Bilder jeweils als stehende Einzelbilder, sondern von (antragsgemäß) durch einen Sachverständigen 'technisch aufbereiteten' Vergrößerungen und daher auf die Auswertung anderer und dem bisher vorliegenden Material überlegener Beweismittel gerichtet war, überdies auf die Inaugenscheinnahme eines nach der Antragsbegründung bislang noch gar nicht ausgewerteten Teils der Aufzeichnung. Die Urteilsgründe lassen nicht erkennen, dass sich das Landgericht dessen bewusst gewesen ist und aus welchem Grunde die beantragte Beweiserhebung nicht zu weiterer Sachaufklärung hätte führen können. Der bloße Hinweis, die bisherige Beweisaufnahme habe ausgereicht und das Gericht sei von der Täterschaft des Angeklagten schon überzeugt, reichte unter den hier gegebenen Umständen nicht aus.

d) Der Senat kann das Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nicht ausschließen. Zwar kann, wenn ein Hilfsbeweisantrag in zulässiger Weise erst in den Urteilsgründen beschieden worden ist, das Revisionsgericht die Ursächlichkeit eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 5 StPO mit der Begründung verneinen, der Antrag habe mit anderer Begründung rechtsfehlerfrei abgelehnt werden können (BGH, Beschluss vom 21. Oktober 1997 - 1 StR 578/97, NStZ 1998, 98; vgl. Meyer-Goßner aaO § 244 Rdn. 86). Hierfür reicht aber nicht die bloß abstrakte Möglichkeit eines tragfähigen anderen Ablehnungsgrunds. Ein solcher muss sich vielmehr, wenn er nicht offenkundig ist, aus den Urteilsgründen selbst ergeben (vgl. auch BGH, Beschluss vom 30. September 1992 - 3 StR 430/92). Das Revisionsgericht kann die tatrichterliche Abwägung zwischen dem durch die bisherige Beweisaufnahme vermittelten Erkenntnisstand und der in einem Beweisantrag behaupteten weiteren Aufklärungsmöglichkeit nur dann ersetzen, wenn der Antrag vom Tatrichter in seinem Gehalt zutreffend und erschöpfend erfasst wurde. Daran fehlt es hier. ...“[345]

Erforschung der Wahrheit

Zum Thema „Erforschung der Wahrheit“ folgendes:

" ... Die Revisionen der Angeklagten T. und L. dringen jeweils mit einer übereinstimmend erhobenen Verfahrensrüge durch. Mit Recht beanstanden diese Beschwerde-

345 BGH, Urteil vom 30.11.2005 - 2 StR 557/04

führer die Ablehnung eines Beweisantrags auf Einnahme eines Augenscheins.

Die Beschwerdeführer hatten in der Hauptverhandlung **beantragt, den Kassenbereich der überfallenen Gaststätte in Augenschein zu nehmen. Hieraus werde sich ergeben, daß der Vorgang der Wegnahme von Geldscheinen, wie ihn die als Zeugin vernommene, nach Anklage und späteren Urteilsfeststellungen beraubte Kassiererin bekundet habe, nicht zutreffen könne. Denn die in einem Kasseneinsatzbrett gebündelten Geldscheine seien vom angegebenen Standpunkt der Räuber außerhalb der Kassenkabine nicht zu erreichen, wenn das Kassenbrett, wie üblich, unterhalb des Kassentresens abgestellt sei; auf einer anderen, von außen erreichbaren Stelle könne das Kassenbrett nicht abgestellt werden, insbesondere nicht auf dem zu schmalen Kassentresen. Durch den beantragten Augenschein werde sich die Richtigkeit der entsprechenden Zeugenaussage eines Türstehers und früheren Kassierers erweisen, die insoweit im Widerspruch zur Aussage der - vor seiner Zeugenvernehmung bereits entlassenen - Kassiererin stehe** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Strafkammer hat den Beweisantrag unter Berufung auf § 244 Abs. 5 Satz 1 StPO mit der Begründung abgelehnt, die beantragte Augenscheinseinnahme sei zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich, da sich die Kammer aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme, insbesondere der bezeichneten Zeugenaussagen der Kassiererin und des früheren Kassierers, einen umfassenden Eindruck von der Beschaffenheit des Kassenbereichs im Tatzeitpunkt habe verschaffen können.

Im Urteil ist hierzu festgestellt, die Beschwerdeführer hätten die geraubten Geldscheine aus einem 'Kasseneinsatz' entnommen, den die Kassiererin aus der 'Kassenkassette' genommen und auf dem Tresen abgestellt habe (UA S. 17, 36).

Die Ablehnung des Beweisantrags hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Soll mit Hilfe eines Augenscheins die Richtigkeit der Bekundungen eines Zeugen zu erheblichen räumlichen Gegebenheiten widerlegt werden, so darf das Gericht bei seiner nach Maßgabe der Aufklärungspflicht zu treffenden Ermessensentscheidung nicht in vorweggenommener Beweiswürdigung auf eben die Zeugenaussage zurückgreifen, die durch das Beweismittel des Augenscheins gerade erschüttert werden soll; denn der Augenschein ist aufgrund seiner Objektivität für eine solche Beweisfrage insoweit als überlegenes Beweismittel zu werten (vgl. BGHSt 8, 177, 181; BGHR StPO § 244 Abs. 5 Augenschein 2; BGH NJW 1961, 280; NStZ 1984, 565; Senatsbeschluß vom 22. März 1994 - 5 StR 95/94 -; Herdegen in KK-StPO 3. Aufl. § 244 Rdn. 105; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 745 ff.).

Indem sich die Strafkammer auf die durch den beantragten Augenschein gerade zu widerlegende Zeugenaussage der Kassiererin beruft, hat sie die Grenzen zulässiger Beweisantizipation überschritten. Zwar hat sich die Strafkammer auch auf die Zeugenaussage des früheren Kassierers gestützt. Insoweit ist die Begründung des Beschlusses indes unklar; sie wird dem damit beschiedenen Beweisantrag nicht gerecht, der gerade auf einen maßgeblichen Widerspruch zwischen den Aussagen abstellt, die diese beiden Zeugen zu den räumlichen, mit Hilfe des Augenscheins objektivierbaren Gegebenheiten gemacht haben. Bestand ein solcher Widerspruch nicht, hatte vielmehr der frühere Kassierer, anders als im Beweisantrag behauptet, im Einklang mit der Zeugenaussage der Kassiererin deren Schilderung des Tathergangs als mit den räumlichen Gegebenheiten vereinbar bezeichnet, so war die Strafkammer gehalten, dies klar zum Ausdruck zu bringen. Der Senat vermag dem Wortlaut des ablehnenden Beschlusses eine derartige Begründung, die für die

Beweisantragsablehnung dann hätte tragfähig sein können (vgl. Herdegen aaO), nicht zu entnehmen. Die Urteilsfeststellungen zu den tatsächlichen Gegebenheiten

am Tatort stehen mit den zur Begründung des Beweisantrags aufgestellten Behauptungen zum Inhalt der Zeugenaussagen in unlösbarem Widerspruch. War die Kasse auch nach der Beschreibung des früheren Kassierers derart anders beschaffen, war die Strafkammer gehalten, dies schon bei Ablehnung des Antrags deutlich mitzuteilen.

Wie der später hilfsweise gestellte Antrag des Verteidigers des Angeklagten L. auf nochmalige Zeugenvernehmung der Kassiererin beweist, der sich erneut auf den für die Möglichkeit der Tatausführung bedeutsamen Widerspruch ihrer bisherigen Zeugenaussage zu der späteren Aussage des früheren Kassierers über die räumlichen Gegebenheiten am Tatort berief, hat auch die Verteidigung den Beschluß der Strafkammer ersichtlich nicht etwa so verstanden, daß diese den behaupteten Widerspruch als tatsächlich nicht gegeben ansehe. Anhaltspunkte dafür, daß die Verteidigung jenen Widerspruch wider besseres Wissen behauptet hätte, sind nicht ersichtlich, ergeben sich insbesondere auch nicht aus der inhaltlich wenig ergiebigen Bescheidung jenes Hilfsantrags in den Urteilsgründen (UA S. 41).

Soweit in dem Beweisantrag für den Fall inzwischen eingetretener Veränderungen der räumlichen Gegebenheiten eine Rekonstruktion des Tatorts beantragt worden ist, vermag dies an der Beurteilung nichts zu ändern: Denn auf das Erfordernis etwaiger Rekonstruktion, auf deren Schwierigkeit oder gar Unmöglichkeit hat die Strafkammer bei Ablehnung des Antrags nicht abgestellt.

Der Senat sieht Anlaß zu folgendem Hinweis: Namentlich im Bereich des Beweisantragsrechts wird es von den Revisionsgerichten nicht hingenommen, wenn der Verteidiger ein durch den Ablauf der Hauptverhandlung, insbesondere aus der Begründung von Beschlüssen erkanntes Mißverständnis des Gerichts über einen Antrag nicht in der Hauptverhandlung zu beseitigen sucht, sondern es zunächst unbeanstandet läßt, um es dann zur Grundlage einer revisionsrechtlichen Verfahrensrüge zu nehmen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 3, Entscheidung 2; BGH bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1983, 212; BGH, Urteile vom 22. September 1993 - 2 StR 170/93 - und vom 12. Oktober 1993 - 1 StR 500/93 -; Maatz NStZ 1992, 513, 516 f.). Eine solche Rechtsprechung zwingt - worauf die Beschwerdeführer hier mit Recht verweisen -, darauf zu achten, daß auch Gerichte im Rahmen ihrer Verpflichtung zu fairer Verfahrensgestaltung gehalten sind, erkannte Mißverständnisse der Verteidigung - hier möglicherweise über die inhaltliche Divergenz zwischen den beiden genannten Zeugenaussagen - durch entsprechende Hinweise auszuräumen (vgl. BGH bei Kusch NStZ 1993, 228). ..."[346]

Ablehnungsbeschluss und Augenschein

Manche Revisionen haben Erfolg, weil die Ablehnung eines Beweisantrages auf Augenschein vom Tatgericht nicht hinreichend begründet worden ist.

" ... Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht unter anderem den **Beweisantrag gestellt, den Tatort bei Dunkelheit in Augenschein zu nehmen. Die Beweisaufnahme werde ergeben, dass aus der von dem Zeugen Z angegebenen Entfernung von 10 Metern aufgrund der schlechten Beleuchtung und von Sichthindernissen wie Bäumen das Erkennen von Gesichtern nur schemenhaft und nicht in einer für sicheres Wiedererkennen nötigen Qualität möglich sei** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Beweisantrag hat die Kammer mit der Begründung zurückgewiesen, die Beweiserhebung sei nach pflichtgemäßem Ermessen zur Erforschung der Wahrheit

346 BGH, Urteil vom 31.05.1994 - 5 StR 154/94

nicht erforderlich, zumal die genauen Bedingungen, wie sie zur Tatzeit herrschten, nicht rekonstruierbar seien.

Diese Begründung genügt nicht den Erfordernissen der §§ 244 Abs. 5 Satz 1, 34 StPO. Nach diesen Vorschriften ist das Gericht verpflichtet, die Entscheidung über die Ablehnung eines Beweisantrages mit Gründen zu versehen. Ihrem Inhalt nach müssen die Gründe den Standpunkt des Gerichts soweit erkennen lassen, dass der Beteiligte in der Lage ist, sein weiteres Verhalten danach einzurichten, und dass das Rechtsmittelgericht nachprüfen kann, ob der Tatrichter von zutreffenden verfahrensrechtlichen Erwägungen ausgegangen ist. Dabei genügt die bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts in der Regel ebenso wenig wie formelhafte und allgemeine Wendungen (vgl. Maul in Karlsruher Kommentar, StPO 5. Aufl., § 34 Rdnr. 5 m.N.).

Soweit die Kammer zur Begründung ausführt, die beantragte Beweiserhebung sei zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich, handelt es sich um eine bloße Wiedergabe des Wortlauts des § 244 Abs. 5 Satz 1 StPO und damit nicht um eine ausreichende Begründung für die Ablehnung des Beweisantrages. Auch in Verbindung mit dem Zusatz "zumal die genauen Bedingungen, wie sie zur Tatzeit herrschten, nicht rekonstruierbar sind" trägt diese Begründung die Ablehnung der beantragten Beweiserhebung nicht.

Maßgeblich für die Ablehnung eines Beweisantrages auf Einnahme eines Augenscheins gemäß § 244 Abs. 5 Satz 1 StPO ist allein die Sachaufklärungspflicht des Gerichts, auf die die Worte "pflichtgemäßes Ermessen" hinweisen (vgl. Herdegen in Karlsruher Kommentar, aaO., § 244 Rdnr. 104). Die von dem Landgericht angeführte Erwägung ist jedoch nicht geeignet, die beantragte Beweiserhebung unter diesem Gesichtspunkt als entbehrlich erscheinen zu lassen.

Ziel des Beweisantrages war es, unter Beweis zu stellen, dass zu der exakt bekannten Tatzeit aufgrund der Dunkelheit, der schlechten Beleuchtung und der vorhandenen Sichthindernisse das Erkennen des Gesichts des Angeklagten aus einer Entfernung von zehn Metern - wie durch den Zeugen Z geschildert - nicht mit der für ein zweifelsfreies Wiedererkennen erforderlichen Sicherheit möglich war. Angesichts dieses Beweiszieles greift die Begründung der Strafkammer für die Ablehnung des Beweisantrages, die nur auf die genaue Rekonstruierbarkeit der Bedingungen abstellt, zu kurz. Es versteht sich keineswegs von selbst, dass angesichts der genauen Kenntnis der Tatzeit eine Inaugenscheinnahme des Tatortes unter mindestens ähnlichen Sichtbedingungen nicht möglich sein soll. Ob es auf die Herstellung exakt gleicher Beleuchtungs- und Sichtbedingungen tatsächlich ankommt, wird sich erst bei der Inaugenscheinnahme für den Fall erweisen, dass ohne exakte Rekonstruktion eine sichere Beurteilung des Beweiszieles nicht möglich erscheint. Auf jeden Fall hat sich die Strafkammer nicht mit dem Kerngehalt des Beweisantrages auseinandergesetzt, angesichts der örtlichen Verhältnisse sei ein sicheres Wiedererkennen durch den Zeugen Z (und damit auch nicht durch die in mindestens gleicher Entfernung von dem Angeklagten aufhältlichen weiteren als Zeugen gehörten Polizeibeamten) nicht möglich. Dazu hätte es der Mitteilung bedurft, dass die Strafkammer aufgrund der schon vollzogenen Beweisaufnahme, etwa anhand weiterer Zeugenaussagen, eine genügend klare Vorstellung vom Augenscheinsgegenstand gewonnen hatte und daher eine weitere Beweiserhebung für überflüssig halten konnte (vgl. OLG Köln, StV 2002, 238, 239 m.w.N.).

Ferner trägt die Strafkammer in der Begründung für die Ablehnung des Beweisantrages dem Umstand nicht Rechnung, dass durch den Nachweis der Unmöglichkeit der von dem Zeugen bekundeten Beobachtungen die Unglaubhaftigkeit seiner Aussage zum Tatgeschehen aufgedeckt werden sollte. In einem solchen Fall muss der Beweis

regelmäßig erhoben werden (vgl. OLG Köln a.a.O.; BGH NStZ 1994, 483; !984, 565).

Da nicht auszuschließen ist, dass das angefochtene Urteil auf dem aufgezeigten Rechtsfehler beruht, ist es aufzuheben. Einer Erörterung des weiteren Revisionsvorbringens bedarf es unter diesen Umständen nicht mehr. ..."[347]

Der Ablehnungsbeschluss erfordert eine aus sich heraus verständliche Begründung. Die bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts reicht hier ebenfalls nicht:

" ... Der Angeklagte rügt zu Recht die Verletzung des § 244 Abs. 5 S. 1 StPO. Dem liegt zugrunde, dass der Verteidiger des seinerzeit Mitangeklagten F. in der Hauptverhandlung vom 13. April 2010 den folgenden Beweisantrag gestellt hatte:

'Zum Beweis der Tatsachen, dass
1. die Rh. Straße in K. lediglich mit gedämpftem Straßenlaternenlicht (sog. gelbem Licht) beleuchtet wird,
2. der Abstand zwischen der vor dem Haus Rh. Straße 21 in K. und der Straßenlaterne fünfzig Meter beträgt und letztgenannte während der Nachtstunden nicht eingeschaltet ist,
3. der Abstand zwischen der vor dem Hause Rh. Straße 21 in K. und dem in der Nacht vom 24.05.2009/25.05.2009 vor dem bebauten Hausgrundstück Rh. Straße 27 abgestellten Anhänger mehr als dreißig Meter beträgt,
4. die Zeugin E. die Angeklagten wegen der großen Entfernung und der unzureichenden Lichtverhältnisse nicht erkannt haben kann,
wird beantragt, die Rh. Straße in K. zwischen den Grundstücken Rh. Straße 21 und Rh. Straße 27 zur Nachtzeit in Augenschein zu nehmen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).'

Die Kammer lehnte es ab, dem Beweisantrag nachzugehen. Sie traf in der Hauptverhandlung vom 13. April 2010 den folgenden Beschluss:

'Der Antrag auf Augenscheinseinnahme wird gem. § 244 Abs. 5 S. 1 StPO abgelehnt, da der Augenschein nach dem pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts nicht geboten ist zur Erforschung der Wahrheit. Die bisherige Beweisaufnahme insbesondere die Bekundungen der Tatzeugin E., des Ermittlungsbeamten B., des Geschädigten R., die Inaugenscheinnahme der Lichtbilder der Tatörtlichkeiten geben der Kammer ausreichend Anhaltspunkte, ohne Inaugenschein des Tatorts wobei die zur Tatzeit bestehende Situation nicht rekonstruierbar ist die Frage der Täterschaft zu beantworten.'

1. Der Zulässigkeit der erhobenen Verfahrensrüge steht nicht entgegen, dass der Angeklagte die fehlerhafte Behandlung eines Beweisantrags rügt, den nicht er selbst, sondern ein ehemals Mitangeklagter gestellt hat. Denn außer dem Antragsteller ist auch jeder Verfahrensbeteiligte zur Anfechtung berechtigt, der durch die einen Beweisantrag ablehnende Gerichtsentscheidung beschwert ist. Das sind auch diejenigen Prozessparteien, deren Interessen mit denjenigen des Antragstellers so erkennbar übereinstimmen, dass das Gericht auch ihnen gegenüber zur rechtlich einwandfreien Behandlung des Beweisantrags verpflichtet war. Daher bedarf es zur Zulässigkeit der Verfahrensrüge auch nicht des Vortrags, dass sich der Angeklagte dem Beweisantrag seines Mitangeklagten angeschlossen habe (vgl. insgesamt BGH, Beschluss vom 24.07.1998, 3 StR 78/98). Die Interessen des Angeklagten und des ehemals Mitangeklagten stimmen hier überein. Beide sollen von der unmittelbaren Tatzeugin E. nachts bei der Ausführung der Tat gesehen und erkannt worden sein.

347 KG Berlin, Beschluss vom 01.09.2006 - (3) 1 Ss 176/05 (77/05)

2. Auch wenn es die Sachaufklärungspflicht der Kammer nicht in jedem Fall geboten hätte, dem Beweisantrag nachzugehen, entspricht die konkrete Begründung, mit der die Kammer den gestellten Beweisantrag abgelehnt hat, nicht den Erfordernissen des § 244 Abs. 5 S. 1 StPO. Sie trägt daher die Ablehnung des Beweisantrags nicht. Ihrem Inhalt nach muss die Begründung nämlich den Standpunkt des Gerichts soweit erkennen lassen, dass der Beteiligte in der Lage ist, sein weiteres Verhalten danach einzurichten, und dass das Rechtsmittelgericht nachprüfen kann, ob der Tatrichter von zutreffenden verfahrensrechtlichen Erwägungen ausgegangen ist. Dabei genügt die bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts in der Regel ebenso wenig wie formelhafte und allgemeine Wendungen (vgl. KG NStZ 2007, 480).

Ziel des Beweisantrags war es, die Glaubhaftigkeit der Aussage der unmittelbaren Tatzeugin, sie habe die beiden Angeklagten als Täter erkannt, zu widerlegen, da dies angesichts der Entfernung und der Lichtverhältnisse nicht möglich gewesen sei. Bei diesem Beweisziel greift die Begründung der Kammer für die Ablehnung des Beweisantrages zu kurz, soweit diese auf die nicht mögliche Rekonstruierbarkeit der Bedingungen abstellt. Es versteht sich keineswegs von selbst, dass angesichts der Kenntnis der Tatzeit eine Inaugenscheinnahme des Tatortes unter mindestens ähnlichen Sichtbedingungen nicht möglich sein soll. Ob es auf die Herstellung exakt gleicher Beleuchtungs- und Sichtbedingungen tatsächlich ankommt, wird sich erst bei der Inaugenscheinnahme für den Fall erweisen, dass ohne exakte Rekonstruktion eine sichere Beurteilung des Beweiszieles nicht möglich erscheint (vgl. KG a.a.O).

Soweit in der Begründung des Beschlusses der Kammer ausgeführt wird, dass aufgrund der Aussage der Tatzeugin E. Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage nach der Täterschaft vorlägen, hält dies rechtlicher Überprüfung nicht stand. Soll mit Hilfe eines Augenscheins die Richtigkeit der Bekundungen eines Zeugen zu erheblichen räumlichen Gegebenheiten widerlegt werden, so darf das Gericht bei seiner nach Maßgabe der Aufklärungspflicht zu treffenden Ermessensentscheidung nicht in vorweggenommener Beweiswürdigung auf eben die Zeugenaussage zurückgreifen, die durch das Beweismittel des Augenscheins gerade erschüttert werden soll; denn der Augenschein ist aufgrund seiner Objektivität für eine solche Beweisfrage insoweit als überlegenes Beweismittel zu werten (vgl. BGH StV 1994, 411 ff. <juris> Rn. 7 m.w.N.).

Auch der Hinweis der Kammer auf die Aussagen anderer Zeugen sowie die Inaugenscheinnahme von Lichtbildern und darauf beruhender Anhaltspunkte für die Frage nach der Täterschaft belegt nicht die Entbehrlichkeit der mit dem Beweisantrag angestrebten Aufklärung. Aus der Begründung der Kammer geht nicht hervor, dass sie aufgrund der schon vollzogenen Beweisaufnahme, namentlich der erwähnten Zeugenaussagen und der Inaugenscheinnahme von Lichtbildern, eine genügend klare Vorstellung vom Objekt des Augenscheins gewonnen hatte und daher eine weitere Beweiserhebung dazu für überflüssig halten konnte (vgl. hierzu OLG Köln, Beschluss vom 20.04.2000, Ss 166 - 167/00 m.w.N.).

Darüber hinaus wurde die Augenscheinseinnahme zu dem Zweck beantragt, durch den Nachweis der Unmöglichkeit der bekundeten Beobachtungen die Unglaubhaftigkeit der Aussage der Tatzeugin aufzudecken. In einem solchen Fall muss der Beweis regelmäßig erhoben werden, und zwar auch, wenn mehrere Mitglieder eines wesentlich gleichartigen Erlebnis- und Interessenkreises (übereinstimmend) ausgesagt haben (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 20.04.2000, Ss 166 - 167/00 m.w.N.). Zwar gehören die weiteren Zeugen, auf die die Kammer in ihrem Beschluss abgestellt hat, nicht einem gleichartigen Erlebnis- und Interessenkreis wie die unmittelbare Tatzeugin an. Die formelhafte Begründung der Kammer, die deren Vorstellung von der Tatörtlichkeit nicht mitteilt, ermöglicht es dem Senat aber nicht zu überprüfen, ob die Kam-

mer von zutreffenden verfahrensrechtlichen Erwägungen ausgegangen ist. Insbesondere lässt auch die Begründung der Kammer ihren Standpunkt nicht in der gebotenen Deutlichkeit erkennen, so dass der Antragsteller oder der Angeklagte ihr weiteres Verhalten im Prozess daran hätten ausrichten können.

Letztlich bleibt auch die von der Kammer erwähnte Inaugenscheinnahme von Lichtbildern ohne Belang, da weder eine Verweisung nach § 267 Abs. 1 S. 3 StPO erfolgt ist noch die auf den Lichtbildern zu sehenden Abbildungen mitgeteilt werden.

Da das angefochtene Urteil auf dem vorliegenden Gesetzesverstoß beruht (§ 337 Abs. 1 StPO), ist es samt den zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben (§ 353 Abs. 1 und Abs. 2 StPO) und die Sache an eine andere große Strafkammer des Landgerichts Koblenz als Jugendkammer zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 StPO).

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Fürsorgepflicht des Gerichts es gebietet, die Prozessbeteiligten zur Stellung sachdienlicher Anträge zu veranlassen und bei der Stellung von Beweisanträgen zu unterstützen (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 244 Rn. 35 mit Hinweisen auf die Rspr.). Wenn sich demnach aus dem gestellten Beweisantrag der Standort der Zeugin E. nicht entnehmen lässt oder anhand des Akteninhalts davon auszugehen ist, dass der aufgebrochene Anhänger vor dem Haus Rh. Straße 25 (nicht jedoch Haus Nr. 27) in K. abgestellt war, ist es vorrangige Aufgabe des Tatrichters durch gezielte Nachfrage etwaige Missverständnisse aufzuklären und etwaige unzulängliche Beweisanträge zu vervollständigen (vgl. Meyer-Goßner a.a.O.). ..."[348]

Zuvor schon in die gleiche Richtung:

" ... Nach den Urteilsgründen 'beruhen die Feststellungen zunächst auf den Bekundungen der Zeugin M, die den äußeren Geschehensablauf so bekundet hat, wie von der Kammer festgestellt'. Mit Bezug auf die Wahrnehmungsmöglichkeiten dieser Zeugin haben die Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung **beantragt, eine Inaugenscheinnahme des Tatorts, nämlich der Discothek 'G.' in X, vorzunehmen, und zur Begründung ausgeführt, dabei werde sich ergeben, dass die Zeugin M das fragliche Tatgeschehen nicht beobachtet haben könne. Zum Zeitpunkt der fraglichen Tat wolle sie sich an der Kasse befunden und gesehen haben, wie die Angeklagten geschubst, getreten, angesprungen und geschlagen hätten. Diese Beobachtungen könne sie von der bekundeten Position aus nicht gemacht haben. Dies gelte umso mehr, als sich im fraglichen Bereich zum Tatzeitpunkt eine Vielzahl von Gästen befand** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Antrag hat das Landgericht mit folgender Begründung abgelehnt: 'Die Einnahme des Augenscheins ist zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich (§ 244 Abs. 5 S. 1 StPO). Zum einen ist die Situation zur Tatzeit wegen der im Beweisantrag erwähnten 'Vielzahl von Gästen' nicht rekonstruierbar. Zum anderen liegen neben den Bekundungen der Zeugin M die Aussagen der Zeugen Y, V. und F. vor, welche - die Angaben der Zeugin M bestätigend - hinreichende Rückschlüsse auf das Tatgeschehen ermöglichen.'

Mit dieser Begründung konnte der Beweisantrag nicht abgelehnt werden. Zwar ist für die Ablehnung von Beweisanträgen auf Einnahme eines Augenscheins allein die Sachaufklärungspflicht das maßgebliche Kriterium (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., § 244 Rdnr. 78 m. w. Nachw.). Die in dem Beschluss des Landgerichts

348 OLG Koblenz, Beschluss vom 13.10.2010 - 1 Ss 141/10

niedergelegten Erwägungen sind indessen nicht geeignet, die beantragte Beweiserhebung unter diesem Gesichtspunkt als entbehrlich erscheinen zu lassen.

Durch Augenscheinseinnahme sollte nachgewiesen werden, dass die Zeugin M, die auf eigener Wahrnehmung beruhende Angaben zum Tatgeschehen gemacht hatte, aufgrund der räumlichen Verhältnisse gar nicht in der Lage war, von ihrem Standort an der Kasse der Discothek aus entsprechende Beobachtungen zu machen. Dabei wird der Ausschluss der Wahrnehmungsmöglichkeit der Zeugin in erster Linie auf die räumlichen Gegebenheiten 'der Örtlichkeiten' zurückgeführt; nur ergänzend ('um so mehr ...') wird auf die Anwesenheit einer Vielzahl von Gästen abgestellt. Wenn die Strafkammer demgegenüber darauf verweist, dass wegen der Unwägbarkeiten hinsichtlich der anwesenden Discothekenbesucher die Situation zur Tatzeit nicht rekonstruierbar - und das Beweismittel daher ungeeignet - sei, so geht es mit dieser Begründung des Ablehnungsbeschlusses am Kern der Beweisbehauptung vorbei.

Auch der Hinweis auf (bestätigende) Aussagen anderer Zeugen und dadurch ermöglichte 'Rückschlüsse auf das Tatgeschehen' belegt nicht die Entbehrlichkeit der mit dem Beweisantrag angestrebten Aufklärung. Daraus geht nicht hervor, dass die Strafkammer aufgrund der schon vollzogenen Beweisaufnahme, namentlich der erwähnten Zeugenaussagen (vgl. dazu BGHSt 8, 177 [180] = NJW 1955, 1890; BGH NStZ 1981, 310; BGH NStZ 1984, 565 = StV 1984, 452 [453]; BGH NStZ 1985, 206 [Pfeiffer/ Miebach]; KG NJW 1980, 952; OLG Köln 3. StS VRS 65, 450; SenE v. 30.11.1965 - Ss 395/65 - = NJW 1966, 606 f.; Kleinknecht/Meyer-Goßner a.a.O.; Herdegen, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 4. Aufl., § 244 Rdnr. 104) eine genügend klare Vorstellung vom Objekt des Augenscheins gewonnen hatte und es daher eine weitere Beweiserhebung dazu für überflüssig halten konnte (vgl. a. Alsberg/Nüse/ Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl., S. 743 f.). Darüber hinaus wurde die Augenscheinseinnahme ersichtlich zu dem Zweck beantragt, durch den Nachweis der Unmöglichkeit der bekundeten Beobachtungen die Unglaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugin M zum Tatgeschehen aufzudecken. In einem solchen Fall muss der Beweis regelmäßig erhoben werden (BGHSt 8, 177 [181] = NJW 1955, 1890; BGH NStZ 1984, 565 = StV 1984, 452 f.; BGH StV 1994, 411; SenE v. 30.11.1965 - Ss 395/65 - = NJW 1966, 606 f.; OLG Köln 3. StS VRS 65, 450 f.), und zwar auch, wenn mehrere Mitglieder eines wesentlich gleichartigen Erlebnis- und Interessenkreises ausgesagt haben (BGH NJW 1961, 280; Kleinknecht/Meyer-Goßner a.a.O.). Für den vorliegenden Fall kann nichts Anderes gelten. Es kann nicht einerseits die Bestätigung des von der Zeugin M bekundeten Tatgeschehens durch andere Zeugen als Beleg dafür gewertet werden, dass die Zeugin - entgegen der Beweisbehauptung - zu entsprechenden Beobachtungen in der Lage war, und andererseits gerade in den angezweifelten Wahrnehmungen eben dieser Zeugin wiederum eine beweiskräftige Bestätigung der Aussagen dieser anderen Zeugen und darüber hinaus die wesentliche Grundlage der Überzeugung vom Tatgeschehen gefunden werden. ..."[349]

Revisionsbegründung in Augenscheinsfällen

Den Begründungserfordernissen muss Rechnung getragen werden:

" ... Der Generalbundesanwalt beanstandet, das Oberlandesgericht habe drei Beweisanträge unter Verstoß gegen § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zurückgewiesen.

1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:
In der Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht ist die Videoaufzeichnung einer Reportage des Fernsehsenders Al Jazeera in Augenschein genommen und darüber hinaus der Inhalt dieser Reportage im Wege des Urkundenbeweises eingeführt

349 OLG Köln, Beschluss vom 20.04.2000 - Ss 166 - 167/00

worden. Hieraus ergab sich, dass ein Journalist dieses Senders, Fo., nach den Anschlägen vom 11. September 2001 ein Gespräch mit den anderweitig Verfolgten Mo. - einem angeblichen Mitorganisator der Anschläge - und Bi. geführt hatte. Fo. ist außerdem einer der Verfasser des Buches 'Masterminds of Terror', das sich ebenfalls mit diesen Anschlägen und dem genannten Gespräch befasst.

Im Hauptverhandlungstermin vom 18. Dezember 2003 stellte der Generalbundesanwalt drei Beweisanträge auf Vernehmung des Fo., zu laden über das Londoner Büro von Al Jazeera. Der Zeuge werde bekunden,
- dass Mo. sich im Jahr 1999 einige Male in Hamburg mit Bi. und Mohammed Atta getroffen habe;
- dass ihm anlässlich eines Interviews von Bi., Mo. und dem Al Qaida-Mitglied Ba. mitgeteilt worden sei, Atta und Bi. seien schon einmal im Jahr 1998 gemeinsam nach Afghanistan gereist und hätten sich in einem Lager der Al Qaida in Kandahar aufgehalten;
- dass ihm Bi. einen kleinen Koffer gezeigt habe, in dem sich mehrere zur Vorbereitung der Anschläge verwendete Gegenstände wie Flugpläne, eine Karte des Luftraums über der amerikanischen Ostküste, ein Flugsimulator-Programm auf CD etc. befunden hätten; der Koffer habe aus der Wohnung in der M.straße (in Hamburg) gestammt, in der Bi. mit Atta, Alshehhi, B. und E. gelebt habe.

Das Oberlandesgericht hat die Beweisanträge nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zurückgewiesen. Die Ladung des Zeugen Fo. sei zur Erforschung der Wahrheit nach pflichtgemäßem Ermessen nicht erforderlich. Die Beweisbehauptungen des Generalbundesanwalts beruhten allein auf dem Buch 'Masterminds of Terror'. Eine Analyse der zugrunde liegenden Passagen dieses Buches zeige jedoch, dass es sich hierbei um Spekulationen und Mutmaßungen handele, die der Zeuge Fo. im Rahmen seiner redaktionellen Freiheit und zur Erhöhung des Spannungsbogens in sein Buch aufgenommen habe und die nicht auf Angaben Bi.'s oder Mo.'s zurückgingen. Dies werde bezüglich der zweiten und dritten Beweisbehauptung auch durch die Erklärungen des Zeugen Fo. bestätigt, die auf dem in Augenschein genommenen Videoband enthalten seien. Die dritte Beweisbehauptung sei im übrigen auch aus tatsächlichen Gründen ohne Bedeutung, denn es werde nicht vorgebracht, dass Bi. dem Zeugen Fo. erklärt habe, er habe den Inhalt des Koffers in Hamburg anderen Personen, insbesondere dem Angeklagten, gezeigt.

2. Es bestehen bereits erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rüge, da sie weder den Inhalt des Buches 'Masterminds of Terror' noch den Wortlaut der Mitschrift des Videobandes mitteilt, auf die sich sowohl die Beweisanträge als auch der Ablehnungsbeschluss des Oberlandesgerichts stützen. Indessen kann offen bleiben, ob damit die revisionsrechtlichen Anforderungen an den Vortrag einer Beanstandung des Verfahrens (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) verfehlt sind; denn die Rüge ist jedenfalls unbegründet.

a) Gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. Satz 1 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn seine Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Maßgebendes Kriterium hierfür ist, ob die Erhebung des beantragten Beweises von der Aufklärungspflicht gefordert wird (BGHSt 40, 60, 62; BGH NJW 2001, 695, 696; 2002, 2403, 2404; NStZ 2004, 99, 100); denn durch die Einführung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO wurde die Möglichkeit der Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen nur um den schmalen Bereich erweitert, in dem die Ablehnungsgründe des bis dahin allein anwendbaren § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO es nicht zuließen, einen derartigen Beweisantrag zurückzuweisen, obwohl die Beweiserhebung von der Aufklärungspflicht nicht gebo-

ten war (vgl. BGH NJW 2002, 2403, 2404). Bei der Prüfung, ob die Aufklärungspflicht die Ladung eines benannten Auslandszeugen gebietet, sind grundsätzlich das Gewicht der Strafsache, die Bedeutung und der Beweiswert des weiteren Beweismittels vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses, der zeitliche und organisatorische Aufwand der etwaigen Beweisaufnahme und die damit verbundenen Nachteile durch die Verzögerung des Verfahrens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen (BGH NJW 2001, 695, 696; 2002, 2403, 2404). In diesem Rahmen ist der Tatrichter von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit. Er darf daher bei seiner Entscheidung prognostisch berücksichtigen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu würdigen wären. Kommt er dabei unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme - unter Einschluss etwaiger Erkenntnisse aus freibeweislichen Erhebungen zum Beweiswert des Zeugen (vgl. BGH NJW 2002, 2403, 2404; BGH NStZ 2004, 99, 100; BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 5) - angefallenen Erkenntnisse mit tragfähiger Begründung zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist die Ablehnung des Beweisantrages in aller Regel nicht zu beanstanden (BGHSt 40, 60, 62). Denn das Revisionsgericht ist darauf beschränkt, die Ermessensentscheidung des Tatrichters auf Rechtsfehler zu überprüfen, und kann daher nicht etwa dessen rechtlich nicht zu beanstandende Ermessensentscheidung durch seine gegebenenfalls abweichende Einschätzung ersetzen (vgl. BGH NJW 1998, 3363, 3364).

b) Nach diesen Maßstäben hält die Zurückweisung der Beweisanträge revisionsrechtlicher Prüfung stand.

Es ist zunächst rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht seine Ermessensentscheidung nach dem Wortlaut des Ablehnungsbeschlusses allein auf die im Wege vorweggenommener Beweiswürdigung gewonnene Prognose gestützt hat, einer Vernehmung des Zeugen Fo. werde ein relevanter Beweiswert nicht zukommen. Mit der außergewöhnlichen Bedeutung, die dieser Strafsache wegen des gegen den Angeklagten erhobenen Tatvorwurfs zukommt, musste es sich nicht ausdrücklich befassen. Diesem Gesichtspunkt kommt im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO Gewicht vor allem bei der Abwägung zu, ob es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten angemessen ist, sich um die Ladung schwer erreichbarer oder weit entfernt wohnender Zeugen auch auf die Gefahr hin zu bemühen, dass das Verfahren erheblich verzögert wird oder sogar ausgesetzt werden muss (vgl. BGH NJW 2001, 695, 696). Darum geht es hier indessen nicht. Auf eine mögliche Verfahrensverzögerung durch Ladung des Zeugen Fo. hebt das Oberlandesgericht in seinem Zurückweisungsbeschluss nicht ab. Im Übrigen fehlt jeder Anhalt dafür, dass es sich der besonderen Bedeutung dieses Strafverfahrens nicht bewusst gewesen wäre oder sie bei Ablehnung der Beweisanträge nicht bedacht hätte.

Im Ansatz zutreffend weist der Generalbundesanwalt allerdings darauf hin, dass der Aussage des Zeugen Fo. potentiell ein besonderes Gewicht deswegen hätte zukommen können, weil dieser - neben dem in die Hauptverhandlung eingeführten 'Behördenzeugnis' des Bundeskriminalamts vom 10. Dezember 2003 - das einzige Beweismittel war, aus dem sich Erkenntnisse zu Äußerungen der anderweitig verfolgten Bi. und Mo. über die Planungen, Vorbereitungen und Beteiligten an den Anschlägen vom 11. September 2001 hätten gewinnen lassen können, nachdem die USA jegliche Rechtshilfe für eine Vernehmung dieser beiden, zwischenzeitlich in ihrem Gewahrsam befindlichen Personen, bzw. die Herausgabe von Vernehmungsunterlagen

an deutsche Gerichte verweigert hatten und auch die den deutschen Sicherheitsbehörden von den USA überlassenen Vernehmungsprotokolle sämtlich mit Sperrerklärungen nach § 96 StPO belegt worden waren.

Die besondere potentielle Bedeutung des Beweismittels hatte indessen nicht zur Folge, dass das dem Oberlandesgericht durch § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO eingeräumte Ermessen bei der Beurteilung der hier in Rede stehenden Beweisanträge von vornherein auf Null reduziert gewesen wäre und es den benannten Zeugen notwendig zu vernehmen hatte. Vielmehr durfte es auch die Anträge auf Vernehmung des Zeugen Fo. mit ihren eng umrissenen und für den Schuldvorwurf gegen den Angeklagten nur entfernt indiziellen Beweisbehauptungen der Prüfung nach den weiteren für die Anwendung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO maßgeblichen Beurteilungskriterien unterziehen, wenn auch unter Beachtung der potentiellen Bedeutung der Aussage und des Gewichts des Tatvorwurfs. Für diese Prüfung war hier eine besonders tragfähige Grundlage vorhanden. Denn durch die im Strengbeweis (Inaugenscheinnahme des Videobandes nebst Urkundsbeweis zu dessen Inhalt) und im Freibeweis (Lektüre des Buches 'Masterminds of Terror') gewonnenen Erkenntnisse über die Verlautbarungen des Zeugen Fo., auf deren Inhalt sich die Beweisanträge des Generalbundesanwalts ausschließlich stützten, war das Oberlandesgericht in umfassender Weise in die Lage versetzt, den Beweiswert des Zeugen Fo. in Bezug auf die in sein Wissen gestellten Beweisbehauptungen prognostisch vorab zu bewerten (vgl. BGH NJW 1998, 3363, 3364 sowie BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 4 für Fälle, in denen Angaben des Auslandszeugen bereits anderweitig in die Hauptverhandlung eingeführt worden waren).

Die Erwägungen, mit denen das Oberlandesgericht seine Einschätzung über die Zweifelhaftigkeit der Behauptungen des Zeugen Fo. und teilweise - hinsichtlich der dritten Beweisbehauptung - auch deren fehlende Relevanz für die Überzeugungsbildung des Gerichts begründet, sind auf der Grundlage der in den Beweisanträgen und dem Ablehnungsbeschluss mitgeteilten Passagen des Buches 'Masterminds of Terror' und des Videobandes für sich gesehen tragfähig und nachvollziehbar. Zwingend müssen sie nicht sein; ebenso wenig ist revisionsrechtlich von Bedeutung, ob eine gegenteilige Einschätzung ebenso gut möglich gewesen wäre oder gegebenenfalls sogar näher gelegen hätte. Die Revisionsbegründung teilt keine Inhalte des Buches oder des Videobandes mit, die der Bewertung des Oberlandesgerichts den Boden entziehen würden. Vielmehr erschöpft sie sich im Wesentlichen in dem revisionsrechtlich unbeachtlichen Versuch, die rechtsfehlerfreien Erwägungen des Oberlandesgerichts durch ihre eigene Würdigung zu ersetzen.

Soweit der Generalbundesanwalt darüber hinaus geltend macht, das Oberlandesgericht habe die Grenzen der im Rahmen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zulässigen Beweisantizipation überschritten, weil es die Zuverlässigkeit der Angaben des Zeugen Fo. nicht durch dessen persönliche Vernehmung abgeklärt, sondern sich auf eine formale Analyse der einschlägigen Textpassagen des Buches beschränkt habe, stellt er im Kern die Befugnis des Tatrichters in Frage, die Beweisanträge auf Vernehmung des Zeugen Fo. überhaupt einer antizipierten Beweiswürdigung bei der Ablehnungsprüfung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zu unterziehen, und wendet sich damit in der Sache gegen die gesetzliche Regelung. ..."[350]

Zeuge im Ausland - § 244 V 2 StPO

Die maßgebliche Bestimmung verweist auf § 244 V 1 StPO, dessen Kriterien auf die Notwendigkeit der Vernehmung von Auslandszeugen angewandt werden.[351] Das

350 BGH, Urteil vom 09.06.2005 - 3 StR 269/04 mit grundsätzlichen Ausführungen

351 Übersicht in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. A., Rz. 78a bis 78c zu § 244; weiter Rz. 22 ff zu Art.

soll verfassungsrechtlich unbedenklich sein.

> "... Art. 103 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Die durch diesen Verfassungssatz abgesicherte prozessuale Befugnis des Angeklagten verbürgt zwar auch die Möglichkeit, durch entsprechende Anträge, die zu bescheiden sind, auf die Beischaffung bestimmter Beweismittel zu dringen, gewährt aber kein Recht auf ein bestimmtes Beweismittel (vgl. BVerfGE 57, 250 <274>).
>
> Das Landgericht hat bei der Entscheidung über die Beweisanträge des Beschwerdeführers § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO angewendet und ist dabei offensichtlich von der Auslegung ausgegangen, die die Vorschrift durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefunden hat. Danach ist für einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, maßgebend, ob die Erhebung des beantragten Beweises ein Gebot der Aufklärungspflicht ist. Daraus folgt, daß das Verbot der Beweisantizipation nicht uneingeschränkt gilt. Das Gericht darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es dabei unter Berücksichtigung der Begründung des Beweisantrags und der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, daß der benannte Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder daß ein Einfluß auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGH, NJW 1994, S. 1484 f.; BGH, StV 1994, S. 283 f.; S. 635; NStZ 1994, S. 554; S. 593).
>
> § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO verstößt, ausgehend von der Auslegung, die er durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefunden hat, nicht gegen Verfassungsrecht.
>
> Der Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip ist gewahrt.
>
> Dieses allgemeine Prozeßgrundrecht setzt verfahrensrechtliche Vorkehrungen zur Ermittlung des wahren Sachverhalts voraus, ohne die das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann, sowie einen Mindestbestand an verfahrensrechtlichen Mitwirkungsbefugnissen des Angeklagten. Welche Anforderungen sich daraus im Hinblick auf einzelne Bestimmungen des Strafverfahrensrechts ergeben, hängt von dem Typus und der Struktur des Strafprozesses ab, für den sich der Gesetzgeber entschieden hat. Das Recht auf ein faires Verfahren als eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote; es bedarf der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Dabei ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, zwischen möglichen Alternativen bei der normativen Konkretisierung eines Verfassungsgrundsatzes zu wählen. Erst wenn sich bei Berücksichtigung aller Umstände und nicht zuletzt der im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten unzweideutig ergibt, daß rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind, können aus diesem allgemeinen Prozeßgrundrecht selbst konkrete Folgerungen für die Ausgestaltung des Strafverfahrens im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens gezogen werden (vgl. BVerfGE 57, 250 <275 f.>).
>
> Nach der Strafprozeßordnung ist das Strafverfahren als ein vom Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung beherrschter Amtsprozeß ausgestaltet, in dem das Gericht

6 EMRK; nebenher wird § 244 III 3 Nr. 4 StPO angewandt, was die Ablehnungsmöglichkeiten erweitert; siehe auch Fach, Umgang mit Auslandszeugen, NJW-Spezial 2023, 56 ff

von Amts wegen zur Erforschung der Wahrheit verpflichtet ist (§ 244 Abs. 2 StPO). Die in den Vordergrund gestellte Sicherung der Gerechtigkeit durch Aufklärung des wahren Sachverhalts wird dabei verstärkt durch das Recht des Angeklagten, sich u.a. durch die Stellung von Beweisanträgen, die nur unter engen Voraussetzungen abgelehnt werden können, an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv zu beteiligen (vgl. BVerfGE 57, 250 <279>; 63, 45 <69>).

§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO trägt der zentralen Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit im Strafverfahren hinreichend Rechnung. Sie greift auch nicht in den garantierten Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen des Angeklagten ein. Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines im Ausland zu ladenden Zeugen darf dann nicht abgelehnt werden, wenn die Pflicht zur Erforschung der Wahrheit die Vernehmung gebietet. Der Angeklagte kann die Vernehmung des Zeugen erreichen, indem er bestimmte Sachverhalte aufzeigt, aufgrund deren sich das Gericht zur weiteren Sachaufklärung durch Vernehmung des Zeugen gedrängt sieht. Diese Begrenzung des Einflusses, den der Angeklagte auf Inhalt und Umfang der gerichtlichen Sachaufklärung nehmen kann, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Müßte das Gericht allen Anträgen und Anregungen des Angeklagten auf weitere Sachaufklärung nachgehen, in denen ein konkreter Zusammenhang zur Wahrheitsermittlung nicht aufgezeigt ist, gewänne der Angeklagte einen Einfluß auf Umfang und Dauer des Verfahrens, der über das zu seiner Verteidigung Gebotene hinausginge und dazu führen könnte, daß die - nicht zuletzt im Interesse des Beschuldigten - rechtsstaatlich geforderte Beschleunigung des Strafverfahrens ernstlich gefährdet wäre (vgl. BVerfGE 63, 45 <68 f.>). Die Begrenzung der Möglichkeit des Angeklagten, auf die Beweisaufnahme Einfluß zu nehmen, berücksichtigt den erhöhten zeitlichen und organisatorischen Aufwand der regelmäßig über den Rechtshilfeweg zu bewirkenden Ladung des Zeugen. Der Gesetzgeber hat mit der Bestimmung eine verfassungsrechtlich mögliche Ausgestaltung des Strafverfahrensrechts gewählt; das Bundesverfassungsgericht hat nicht zu überprüfen, ob sich bessere oder zweckmäßigere Lösungen hätten finden lassen.

Die Anwendung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO durch das Landgericht verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Gesetzesanwendung ist nicht willkürlich. Das Gericht hat in nachvollziehbarer Weise dargelegt, aus welchen Gründen es etwaigen entlastenden Aussagen der benannten Zeugen geringe Bedeutung beimessen würde (UA S. 47 - 53). Es hat dabei auch den eingeschränkten Beweiswert der Angaben des Zeugen T. berücksichtigt (UA S. 53). Eine schematische Würdigung von Beweisen allein nach der Maßgabe, ob es sich um ein unmittelbares oder ein mittelbares Beweismittel handelt, wie sie letztlich der Argumentation des Beschwerdeführers zugrunde liegt, würde dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 261 StPO widersprechen und ist von Verfassungs wegen nicht geboten. ..."[352]

Später dazu ergänzend:

" ... Die angegriffenen Urteile werden diesen Maßstäben auch in Ansehung der - hier freilich nur als Auslegungshilfe (BVerfGE 64, 135 <157>; 74, 358 <370>; stRspr) verstandenen - Regelungsinhalte des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 EMRK und seiner Ausprägung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichtshofs noch gerecht, wenn auch die der Urteilsfindung vorausgegangene Handhabung des Verfahrensrechts durch das Tatgericht im Grenzbereich einer von Verfassungs wegen erlaubten Verfahrensgestaltung liegen mag. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) liegt ersichtlich nicht vor.

352 BVerfG, Beschluss vom 21.08.1996 - 2 BvR 1304/96, in dem das Konfrontationsrecht aus Art. 6 III EMRK mit keinem Wort erwähnt wird.

a) Bekundungen, die auf in der Hauptverhandlung nicht vernommene Gewährsleute zurückgehen, genügen hinsichtlich ihres Beweiswertes regelmäßig nicht für die richterliche Überzeugungsbildung, wenn sie nicht durch andere, nach der Überzeugung des Strafgerichts wichtige Gesichtspunkte und Beweisanzeichen bestätigt werden; das Gericht muss sich der Grenzen seiner Überzeugungsbildung stets bewusst sein, sie wahren und dies zudem in den Urteilsgründen zum Ausdruck bringen. Gesteigerte Sorgfalt ist geboten, wenn - wie hier - polizeiliche oder nachrichtendienstliche Gewährspersonen nur deshalb nicht als Zeugen gehört werden können, weil die zuständige Behörde sich weigert, ihre Identität preiszugeben oder eine Aussagegenehmigung zu erteilen. Hier ist es nämlich die Exekutive, die eine erschöpfende Sachaufklärung verhindert und es den Verfahrensbeteiligten unmöglich macht, die persönliche Glaubwürdigkeit der im Dunkeln bleibenden Gewährsperson zu überprüfen (vgl. neben BVerfGE 57, 250 <287 f.> Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 11. April 1991 und vom 9. März 1988 - 2 BvR 196/91 und 2 BvR 301/88 - ; aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte insbesondere EGMR, StV 1990, S. 481 ff. <Kostovski v. Niederlande>; StV 1991, S. 193 f. <Windisch v. Österreich>; EuGRZ 1992, S. 474 f. <Asch v. Österreich>; EuGRZ 1992, S. 476 f. <Artner v. Österreich>; ferner StV 1997, S. 617 ff. <van Mechelen u.a. v. Niederlande> und zuletzt auch StV 1999, S. 127 f. <Castro v. Portugal>; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits BGHSt 17, 382 <385 f.>; ferner insbesondere BGHSt 33, 83 <88 f.>; 33, 178 <181 f.>; 36, 159 <166 f.> und 42, 15 <25>; BGHR StPO § 261 Zeuge 13, 15, 16, 17 und 19; aus der Literatur zusammenfassend z.B. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl. <1999>, Rn. 1027 ff., insbesondere Rn. 1033 ff., 1050 ff. und Karlsruher Kommentar-Pfeiffer, 4. Aufl. <1999>, Einleitung, Rn. 98 jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen; zur Rechtsprechung des EGMR nunmehr eingehend Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren <2000>, S. 74 ff., insbesondere S. 90 bis 92; Frowein/Peukert, EMRK, 2. Aufl. <1996>, Art. 6, Rn. 106 ff., 200 und Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl. <1999>, Art. 6 MRK, Rn. 22).

b) Zwar wird vorliegend die Beweislage durch die Häufung von Aussagen so genannter "Zeugen vom Hörensagen" geprägt, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Zeuge nicht eine zum gesetzlichen Tatbestand gehörige Tatsache, sondern lediglich Beweisanzeichen bekundet, die auf solche Tatsachen hindeuten können (vgl. BGHSt 17, 382 <383 f.>). In der Würdigung der jeweils eingehend analysierten Aussagen der polizeilichen "Zeugen vom Hörensagen" und der durch sie vermittelten - die Beschwerdeführerin erheblich belastenden - Angaben des Mitbeschuldigten S. (Zeugen W. und S.) und mehrerer im Ausland verdeckt operierender polizeilicher und nachrichtendienstlicher Gewährsleute, Kontaktpersonen und eines "Quellenführers" (Zeugen P. und G.) erschöpft sich jedoch die Beweisgrundlage des angegriffenen tatrichterlichen Urteils nicht. Weitere wesentliche Beweisanzeichen und Indizien, die das Beweisergebnis des Oberlandesgerichts in den entscheidenden Punkten stützen konnten, waren neben der Einlassung der Beschwerdeführerin selbst vor allem die Aussage des (unmittelbaren) Zeugen B., der die Einlassung der Beschwerdeführerin, sie habe sich zur Tatzeit nicht am Tatort der ihr zur Last liegenden Beihilfehandlung (Bagdad), sondern ausschließlich in Aden aufgehalten, zur Überzeugung des Gerichts widerlegt hat. Zugleich hat das Oberlandesgericht darin eine weitere Bestätigung der durch die Zeugen W. und S. eingeführten Angaben des Tatbeteiligten S. gesehen. Unter diesen Umständen ist im Rahmen der gebotenen Gesamtschau auch nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht seine Überzeugung von der Richtigkeit der Angaben des Tatbeteiligten S. und der von den Zeugen P. und G. wiedergegebenen "Quellen" des Weiteren auf Ergebnisse der selbständigen Ermittlungen der beteiligten Ämter gestützt hat, die diese aufgrund und zur Überprüfung ihrer "Quellen"- Informationen durchgeführt haben.

War das Verfahren damit - als Ganzes betrachtet - nach dem Maßstab des Grundgesetzes noch fair, dann ist die Auffassung des Bundesgerichtshofs, ein Verstoß gegen die Fairnesskriterien des Art. 6 Abs. 1 EMRK, insbesondere gegen Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d EMRK liege im Ergebnis, nämlich bei einer Betrachtung des Verfahrens in seiner Gesamtheit, nicht vor, jedenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. ..."[353]

Grundsätzliches zum pflichtgemäßen Ermessen im Rahmen der Aufklärungspflicht:

" ... 1. Nach den Feststellungen drang der Angeklagte in die Wohnung der als Prostituierte tätigen F. ein und erzwang durch Drohungen und Ausnutzen ihrer 'schutz- und ausweglosen Lage' zweimal den vaginalen Geschlechtsverkehr. Dabei verwendete er jeweils ein Kondom. Er hat eingeräumt, mit der Geschädigten den Geschlechtsverkehr ausgeübt zu haben, sich jedoch dahin eingelassen, sie sei hiermit einverstanden gewesen. Er habe jeweils im voraus 80 Euro für Oral- und Vaginalverkehr gezahlt. Das Landgericht hat diese Einlassung als in sich unstimmig gewertet und aufgrund der Aussagen mehrerer Zeugen als widerlegt angesehen; die Geschädigte selbst hat es in der Hauptverhandlung nicht vernommen.

2. Vor diesem Hintergrund beanstandet die Revision mit Recht, dass das Landgericht einen in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrag rechtsfehlerhaft zurückgewiesen hat.

a) Die Verteidigung hatte die Vernehmung der in Litauen befindlichen Geschädigten zum Beweis dafür **beantragt, dass der Angeklagte ihr jeweils vor Durchführung des Geschlechtsverkehrs einen Geldbetrag in Höhe von 80 Euro übergeben habe** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Antrag hat die Strafkammer gestützt auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abgelehnt, 'da aufgrund der bisherigen eindeutigen Beweisaufnahme eine Vernehmung der in Litauen aufhältigen Zeugin F. nicht zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.'

b) Diese Begründung trägt die Zurückweisung nicht.

aa) Der Antrag erfüllt die inhaltlichen Voraussetzungen eines Beweisantrags. Mit Blick auf die von der Revision vorgetragenen Umstände des vorliegenden Falles - etwa die in den Akten befindliche Kopie des litauischen Personalausweises der Geschädigten - ist die Angabe des Namens der Zeugin mit dem Zusatz 'wohnhaft Litauen in der Gemeinde Jonava' als ausreichend bestimmte Bezeichnung des Beweismittels anzusehen.

bb) Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn dessen Anhörung nach pflichtgemäßer Beurteilung des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Ob die Ladung und Vernehmung eines Auslandszeugen geboten ist, richtet sich somit nach der Aufklärungspflicht des Gerichts im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO. Bei deren Prüfung hat der Tatrichter namentlich die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses zu würdigen. In diesem Rahmen ist er von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit. Daher darf er prognostisch berücksichtigen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwar-

353 BVerfG, Beschluss vom 20.12.2000 - 2 BvR 591/00, diese Noch-Gerecht-Entscheidung gehört zu den vielen höchstrichterlichen Voten, mit denen Verteidigungsrechte immer weiter ausgehöhlt wurden und werden.

ten sind und wie diese zu würdigen wären. Kommt er dabei unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse mit rechtsfehlerfreier Begründung zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder dass ein Einfluss der Aussage auf seine - des Tatrichters - Überzeugungsbildung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist die Ablehnung des Beweisantrags in aller Regel nicht zu beanstanden (st. Rspr.; s. etwa BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2006 - 3 StR 374/06, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 13; Urteil vom 9. Juni 2005 - 3 StR 269/04, NJW 2005, 2322, 2323 mwN).

cc) Die auf eine derartige antizipierende Würdigung gestützte Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen bedarf eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 StPO), der zu begründen ist. Diese Begründung hat die Funktion, den Antragsteller davon zu unterrichten, wie das Gericht den Antrag bewertet, damit er in der Lage ist, sich in seiner Verteidigung auf die Verfahrenslage einzustellen, die durch die Ablehnung entstanden ist. Zugleich soll durch die Gründe des Ablehnungsbeschlusses dem Revisionsgericht die rechtliche Überprüfung der tatrichterlichen Entscheidung ermöglicht werden. Hieraus folgt, dass das Tatgericht in seinem Beschluss die für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihrem wesentlichen Kern nachvollziehbar darlegen muss (BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 63; Beschluss vom 19. Januar 2010 - 3 StR 451/09, StraFo 2010, 155).

Diesen Anforderungen wird der genannte Beschluss nicht gerecht. Er enthält ausschließlich einen pauschalen Hinweis auf die 'bisherige eindeutige Beweisaufnahme' und damit noch nicht einmal im Ansatz eine antizipierende Würdigung des zu erwartenden Beweisergebnisses vor dem Hintergrund der bis dahin erhobenen Beweise. Damit ließ er zum einen den Antragsteller über die Einschätzung der Beweislage durch die Strafkammer und die insoweit bestehende Verfahrenssituation im Ungewissen. Zum anderen ist dem Senat die rechtliche Nachprüfung dahin verwehrt, ob das Landgericht die Voraussetzungen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO rechtsfehlerfrei angenommen und ohne Rechtsfehler von einer Vernehmung der Geschädigten in der Hauptverhandlung abgesehen hat. Auf diese Rechtsprüfung ist der Senat beschränkt; er kann insbesondere die notwendige vorweggenommene Beweiswürdigung des Tatgerichts nicht durch eine eigene Bewertung ersetzen (BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 - 3 StR 269/04, NJW 2005, 2322, 2323). ..."[354]

Ein relativ neue Entscheidung des BGH zu Auslandszeugen (Beweisantrag, Aufklärungspflicht, zentrale Bedeutung für den Schuldvorwurf, Gerichtsbeschluss) ist:

" ... 1. Dem liegt nach dem Revisionsvorbringen und dem Urteilsinhalt, den das Revisionsgericht ergänzend berücksichtigen kann, wenn - wie hier - die Sachrüge erhoben ist (BGH, Beschluss vom 24. September 2020 - 4 StR 144/20; Beschluss vom 19. Dezember 2007 - 2 StR 510/07), folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

a) Der Angeklagte K. K. bestritt in der Hauptverhandlung, in dem Haus eine Cannabisplantage betrieben zu haben. Er habe das Haus von Ende 2016 bis Anfang 2019 in seinem Besitz gehabt und zeitweise renoviert. Seit dem 1. Februar 2019 sei das Haus an einen Schwager vermietet gewesen, der alle Schlüssel erhalten und nach seinen Angaben ihm - dem Angeklagten - gegenüber das Haus ab Ende Mai oder Anfang Juni 2019 an Personen aus den Niederlanden untervermietet habe.

354 BGH, Beschluss vom 21.12.2010 - 3 StR 401/10; zu beachten BGH, Urteil vom 23.11.2022 - 2 StR 142/21; kritisch dazu Beukelmann/Heim, Umgang mit Auslandszeugen, NJW-Spezial 2023, 56

b) Der Verteidiger des Angeklagten K. K. **beantragte in der Hauptverhandlung, drei namentlich benannte Personen mit Anschrift in den Niederlanden unter Zusicherung freien Geleits als Zeugen zu vernehmen, hilfsweise, sie im Wege der Rechtshilfe durch einen ersuchten Richter in den Niederlanden vernehmen zu lassen. Der Antrag hatte insbesondere die Beweisbehauptungen zum Gegenstand, die benannten Zeugen hätten im ersten Halbjahr 2019, nicht vor dem 1. Februar 2019, die bei der polizeilichen Durchsuchung im Juli 2019 aufgefundene Cannabis-Plantage aufgebaut und Marihuana-Pflanzen 'eingebracht'** (Anmerkung: erfolgreich).

Bei den polizeilichen Ermittlungen waren DNA-Spuren in dem Haus gefunden worden, die mittels einer niederländischen Datenbank den in dem Antrag benannten Zeugen zugeordnet werden konnten. Einer der Zeugen war in den Niederlanden wegen Betäubungsmitteldelikten vorbestraft; gegen einen weiteren war ein Verfahren wegen „Hanfanbaus“ eingestellt worden.

Das Landgericht lehnte den Antrag ab. Es handele sich mangels hinreichend bestimmter Bezeichnung der Beweistatsachen um einen Beweisermittlungsantrag, dem nachzukommen die Aufklärungspflicht nicht gebiete. Hilfsweise hat das Landgericht angenommen, dass der Antrag aber auch dann abzulehnen wäre, wenn er als Beweisantrag zu beurteilen sein sollte, da die Vernehmung der im Ausland zu ladenden Zeugen zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sei (§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO). Ihre Vernehmung sei voraussichtlich unergiebig, weil sie wegen der Gefahr eigener Strafverfolgung 'kaum' zu einer Aussage bereit sein würden und ihnen ein 'Aussageverweigerungsrecht' gemäß § 55 StPO zustehe. Der Beweiswert etwaiger Aussagen wäre wegen der möglichen eigenen Strafverfolgung gering. Im Übrigen bestehe kein Anhaltspunkt, dass die Zeugen die Beweisbehauptung bestätigen würden. Andernfalls würde ihnen die Kammer keinen Glauben schenken, da es bei einer Gesamtwürdigung wenig wahrscheinlich sei, dass die Zeugen für den Aufbau der Plantage aus den Niederlanden angereist seien. Allenfalls hätten sie bei der Ernte geholfen.

2. Die Verfahrensrüge ist nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zulässig ausgeführt. Unschädlich ist, dass die Revisionsbegründung die in dem Beweisantrag in Bezug genommenen Lichtbilder der Cannabis-Plantage nur zum Teil vorgelegt hat. Denn der Senat kann die Schlüssigkeit der Rüge ohne Kenntnis der fehlenden Fotos beurteilen, weil die abgebildeten Einzelheiten weder zum Verständnis des Beweisantrags noch des Ablehnungsbeschlusses erforderlich sind.

3. Die Verfahrensrüge ist auch begründet. Das Landgericht hat den Antrag mit rechtsfehlerhafter Begründung abgelehnt und dadurch seine Aufklärungspflicht verletzt.

a) Der Antrag ist entgegen der Auffassung des Landgerichts als **Beweisantrag** im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO zu qualifizieren. Zur bestimmten Bezeichnung konkreter Tatsachen reichte es vorliegend aus, die unter Beweis gestellten Tätigkeiten der Zeugen als 'Aufbauen' der Plantage sowie als 'Einbringen' der Cannabis-Pflanzen zu benennen. Angesichts eines unter Beweis gestellten komplexen, mehraktigen Tuns der Zeugen sind solche schlagwortartigen Verkürzungen zulässig, wenn sie - wie hier - den zu beweisenden Vorgang in seinen entscheidungserheblichen Umrissen hinreichend deutlich werden lassen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2007 - 4 StR 100/07; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 98; Bachler in BeckOK-StPO, 45. Ed., § 244 Rn. 17). Eine umfangreiche Beschreibung der Tätigkeiten war damit ebenso wenig erforderlich wie die - hier ohnehin kaum mögliche - Zuordnung einzelner Teilakte zu bestimmten Zeugen. Einer genaueren zeitlichen Eingrenzung der Tätigkei-

ten als auf den im Beweisantrag angegebenen Zeitraum zwischen dem 1. Februar und 30. Juni 2019 bedurfte es ebenfalls nicht, da sie von anderen Lebenssachverhalten bereits dadurch unterschieden werden konnten, dass sie sich auf den Aufbau einer bestimmten, im Beweisantrag bezeichneten und durch die in Bezug genommenen Lichtbilder näher dokumentierten Plantage bezogen.

b) Die (vom Landgericht hilfsweise ausgeführte) Ablehnung des Antrags als Beweisantrag ist ebenfalls rechtsfehlerhaft.

aa) Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn dessen Anhörung nach pflichtgemäßer Beurteilung des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Ob die Ladung und Vernehmung eines Auslandszeugen geboten ist, richtet sich mithin - insoweit nicht anders als bei Annahme eines bloßen Beweisermittlungsantrags - nach der **Aufklärungspflicht** des Gerichts im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - 2 StR 383/15, NStZ 2017, 96; Beschluss vom 19. Januar 2010 - 3 StR 451/09, jeweils mwN). Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles beurteilt werden. Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann. Dagegen wird die Vernehmung des Auslandszeugen umso eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel hinsichtlich des Werts der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen.

In die gebotene Abwägung hat das Tatgericht - vor dem Hintergrund der bisherigen Beweislage - des Weiteren die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen einzustellen. Dabei kommt der Aussage ein besonderes Gewicht zu, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den **Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung** sind (vgl. zum Ganzen BGH, Beschluss vom 16. Februar 2022 - 4 StR 392/20; Beschluss vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18; Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13; Beschluss vom 26. Oktober 2006 - 3 StR 374/06; Becker in LR-StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 357). Bei der Bemessung des Beweiswertes der Aussage ist das Tatgericht von dem Verbot der Beweisantizipation befreit und darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 16. Februar 2022 - 4 StR 392/20; Beschluss vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18; Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13; Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 62; vgl. näher Thörnich, Der Auslandszeuge im Strafprozess, 2020, S. 547 ff.).

Neben der antizipierenden Würdigung des Inhalts einer Aussage des Zeugen kann die Ablehnung eines auf Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteten Beweisantrags im Einzelfall auch dadurch gerechtfertigt sein, dass der Beweiswert des Zeugen wegen der voraussichtlichen Unergiebigkeit seiner Aussage oder der Unerreichbarkeit des Zeugen gering ist. Hierzu zählen grundsätzlich auch solche Fallgestaltungen, in denen der Aufenthalt eines Zeugen zwar bekannt, aber damit zu rechnen ist, dass

er entweder einer Ladung nicht folgen oder im Falle seines Erscheinens keine Angaben zur Sache machen werde. Dies gilt insbesondere für Zeugen, die der Beteiligung an der Tat verdächtig sind und denen deswegen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht (BGH, Beschluss vom 16. Februar 2022 - 4 StR 392/20; Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 401/13; Beschluss vom 25. April 2002 - 3 StR 506/01; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 357).

Auch hierbei handelt es sich aber um Gesichtspunkte, die nicht isoliert gewürdigt werden dürfen, sondern lediglich im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung im Einzelfall unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden können, wobei der Bedeutung und dem Beweiswert des Zeugenbeweises vor dem Hintergrund der bisherigen Beweisaufnahme der zeitliche und organisatorische Aufwand einer Aufklärungsmaßnahme und die damit verbundenen Nachteile durch die Verzögerung des Verfahrens gegenüberzustellen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2002 - 3 StR 506/01, NStZ 2002, 653, 654 mwN; zur erforderlichen Gesamtwürdigung auch BGH, Beschluss vom 13. Februar 2014 - 1 StR 336/13, NStZ 2014, 469, 471; zur Abwägung bei besonderer Beweislage auch BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 401/13, NStZ 2014, 51).

bb) In dem für die Ablehnung eines auf die Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteten Beweisantrags erforderlichen Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO) müssen die maßgeblichen Erwägungen schließlich so umfassend dargelegt werden, dass es dem Antragsteller möglich wird, seine Verteidigung auf die neue Verfahrenslage einzustellen, und das Revisionsgericht überprüfen kann, ob die Antragsablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalles erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht (BGH, Beschluss vom 16. Februar 2022 - 4 StR 392/20; Beschluss vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18; Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13; Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 62; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 357).
cc) Diesen Maßstäben entspricht der von der Revision angegriffene Ablehnungsbeschluss in mehrfacher Hinsicht nicht.

(1) Er ist ermessensfehlerhaft, weil das Landgericht die Ablehnung allein auf die Annahme gestützt hat, eine Vernehmung der Zeugen wäre voraussichtlich unergiebig, jedenfalls aber nicht beweiskräftig. Die erforderliche Gesamtwürdigung, ob es die Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses gebot, trotz eines möglicherweise geringen Beweiswerts ihrer Aussagen die Aussagebereitschaft der Zeugen freibeweislich zu ermitteln und sie gegebenenfalls zu vernehmen, fehlt vollständig.

(2) Die Erwägungen, mit denen das Landgericht etwaigen Aussagen der Zeugen eine erhebliche Beweisbedeutung abgesprochen hat, begegnen zudem auch für sich genommen rechtlichen Bedenken. Nicht nachvollziehbar und rechtsfehlerhaft ist zum einen die Annahme des Landgerichts, der Beweiswert einer Aussage der benannten Zeugen wäre wegen der diesen drohenden Gefahr, sich selbst der Strafverfolgung auszusetzen, gering. Denn ein solcher Schluss wäre jedenfalls dann nicht ohne weiteres zu ziehen, wenn die Zeugen die im Antrag enthaltenen Beweisbehauptungen bestätigen und damit eine eigene Strafbarkeit einräumen sollten. Zum anderen lassen die Gründe des Ablehnungsbeschlusses besorgen, dass das Landgericht das Ziel der beantragten Beweisaufnahme verkannt und ihre Bedeutung für eine Entlastung des Angeklagten unterschätzt hat, indem es offenbar zugrunde gelegt hat, die Verteidigung wolle nachweisen, dass die benannten Zeugen dem Angeklagten in dem genannten Zeitraum beim Aufbau der Plantage geholfen hätten. Eine solche Auslegung findet in der Antragsbegründung jedoch keine Stütze und liegt auch mit Blick auf das Einlassungsverhalten und die Interessenlage des Ange-

klagten nicht nahe: Der Angeklagte hatte in der Hauptverhandlung die ihm vorgeworfenen Taten bestritten, seinen 'Besitz' an dem Plantagengrundstück ab dem 1. Februar 2019 mit Blick auf die Vermietung in Abrede gestellt und weiter - vom Hörensagen - die Nutzung des Hauses durch Personen aus den Niederlanden in diesem Zeitraum behauptet. Der Nachweis, dass er die Hilfe Dritter in Anspruch genommen habe, hätte ihn von den Tatvorwürfen nicht entlastet, sondern ihn unter Umständen sogar dem Verdacht einer bandenmäßigen Begehung der Straftaten (§ 30a Abs. 1 BtMG) ausgesetzt. Daher waren die drei Zeugen naheliegend nicht als Helfer, sondern als mögliche Alternativtäter der dem Angeklagten seit dem 1. Februar 2019 vorgeworfenen Taten benannt. Ihre Aussagen waren im Fall der Bestätigung der so verstandenen Beweisbehauptungen grundsätzlich geeignet, den Angeklagten zu entlasten und die für seine Täterschaft sprechenden Indizien zu entkräften.

c) Das Urteil beruht auf dem Rechtsfehler. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht zu einer anderen Würdigung der Beweise gelangt wäre, wenn die Zeugen die in ihr Wissen gestellten Tatsachen bestätigt hätten. Er hebt das angefochtene Urteil daher auf, soweit der Angeklagte verurteilt worden ist. Dies gilt auch für die Tat zu Ziffer II.1. der Urteilsgründe, die der Angeklagte den Feststellungen zufolge im Jahr 2018 und damit vor dem Zeitraum beging, auf den sich der Beweisantrag bezieht. Denn das Landgericht hat aus den Beweismitteln, die bei der Durchsuchung im Juli 2019 aufgefunden worden sind und die es für den Beweis der Täterschaft der Taten nach dem 1. Februar 2019 herangezogen hat, Rückschlüsse auch auf die Tat im Jahr 2018 gezogen. Infolge dieses einheitlichen Beweisgebäudes gründet der Nachweis der Täterschaft dieser Tat zumindest auch auf der Annahme, der Angeklagte habe die späteren Taten begangen. ..."[355]

Auf der Ebene der Aufklärungspflicht kommt eine Ermessensreduzierung auf null eher nicht in Betracht.[356]

Die Grundsätze über die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Beweisantizipation sind anwendbar (str.):

" ... Zu der Rüge des Angeklagten, das Landgericht hätte den **Antrag auf Vernehmung des in der Türkei wohnhaften Zeugen Ke. Y.** nicht nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO ablehnen dürfen, hat der Generalbundesanwalt in der Hauptverhandlung entsprechend seiner schriftlichen Stellungnahme ausgeführt:

'Den Angeklagten Entlastendes enthielt lediglich die Behauptung des Antrags, Yü. A. habe den Zeugen davon unterrichtet, der Angeklagte E. sei von ihm und S. Y. zur Durchführung des Heointransports bestimmt worden, ohne daß sie ihn davon in Kenntnis gesetzt hätten, daß sich in dem Fahrzeug Heroin befinde. Die Kammer ist davon ausgegangen, daß der Zeuge Ke. Y. diesen Bericht bestätigen werde. Doch erschien ihr die Wahrheit dieser Erzählung des Yü. A. "äußerst fragwürdig". Die Kammer hielt daher die Vernehmung des Ke. Y. als bloßem Zeugen vom Hörensagen für nicht erforderlich. Sie erwartete von ihm keine weitere Klärung der Sache, also keine Erkenntnisse von Beweiswert dazu, daß E. von seinen Auftraggebern über das im Fahrzeug versteckte Heroin unterrichtet worden sei. Eine derartige vorweggenommene Beweiswürdigung war der Kammer im Rahmen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestattet ...

Zwar sollte der Zeuge Ke. Y. darüberhinaus aus eigenem Wissen - und nicht nur als Zeuge vom Hörensagen - darüber aussagen, daß er selbst, der Angeklagte S. Y., H.

355 BGH, Beschluss vom 24.11.2022 - 4 StR 263/22
356 BGH, Urteil vom 09.06.2005 - 3 StR 269/04 - oben schon zitiert

Er. und Yü. A. den Herointransport geplant und dessen Durchführung übernommen hätten. Zu diesen Behauptungen des Antrags verhält sich die Kammer in ihrem Ablehnungsbeschluß nicht. Doch ist das unschädlich; denn aus dem Antrag selbst ist nichts dafür ersichtlich, daß - wie die Revision behauptet - 'schon aus der Planung des Herointransportes ... Erkenntnisse auch in Richtung des Angeklagten E. gewonnen worden wären'.'

Diese Ausführungen treffen zu. Soweit es um die Anwendung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO geht, hat die Kammer den tatsächlichen Kern ihrer maßgeblichen Erwägungen in kurzer, aber noch ausreichender Weise dargelegt (vgl. BGH StV 1994, 229). Dies rechtfertigt - insbesondere im Hinblick auf die Einlassung des Angeklagten E. zum tatsächlichen Geschehensablauf - die Beurteilung, die Vernehmung des Zeugen sei unter dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflicht nicht geboten gewesen (BGH aaO).

Der Senat teilt nicht die Auffassung des 5. Strafsenates, bei der Entscheidung über die Vernehmung eines Auslandszeugen seien die für den Beweisantrag auf Einnahme eines Augenscheins entwickelten Grundsätze über die Grenzen zulässiger Beweisantizipation nicht anwendbar (Beschluß v. 22. März 1994 - 5 StR 95/94 = StV 1994, 283). Jene Ausführungen binden den erkennenden Senat nicht, da sie nicht Teil der tragenden Gründe der Entscheidung sind, sondern lediglich einen Hinweis für den neuen Tatrichter darstellen.

Der 5. Senat meint, die für den Augenschein geltenden Grundsätze seien von dem 'besonderen Beweiswert des Augenscheins bestimmt'. Dies trifft zu, rechtfertigt jedoch angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung nicht ihre Unanwendbarkeit für den Fall der Ladung eines Auslandszeugen. Der Gesetzgeber hat in § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO die Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, ausdrücklich "unter derselben Voraussetzung" wie in Satz 1 zugelassen. Satz 1 macht die Ablehnung eines Augenscheins-Beweisantrages aber allein davon abhängig, daß der Augenschein nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Diese Beurteilung schließt die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung ein. Im übrigen kann nur so der Zweck der durch das RpflEntlG vom 11. Januar 1993 (BGBl. I S. 50, 51) eingefügten Bestimmung, auch ohne den Nachweis der Unerreichbarkeit oder der Verschleppungsabsicht die Ladung eines im Ausland wohnhaften Zeugen ablehnen zu können und hierdurch die Gerichte und den internationalen Rechtshilfeverkehr zu entlasten, erreicht werden (s. insgesamt BT-Drucks. 12/1217 S. 36).

Der Senat sieht deshalb nach erneuter Überprüfung keinen Anlaß, von seiner bereits früher geäußerten Meinung abzuweichen (Beschluß vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93 = StV 1994, 229, zur Veröffentlichung in BGHSt 40, 60 vorgesehen; ebenso Herdegen in KK StPO 3. Aufl. § 244 Rdn. 85 und 106; Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 41. Aufl. § 244 Rdn. 43f; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. S. 740). ..."[357]

Anders zuvor der 5. Strafsenat des BGH:

„ … Auf die Ablehnung eines Beweisantrags auf **Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre** (§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO), sind die zur Ablehnung eines Beweisantrags auf Einnahme eines Augenscheins nach § 244 Abs. 5 Satz 1 StPO entwickelten Grundsätze über die Grenzen zulässiger Beweisantizipation (vgl. BGHSt 8, 177, 181; BGH NStZ 1984, 565; NJW 1961, 280; Herdegen in KK, StPO 3. Aufl. §

357 BGH, Urteil vom 21.06.1994 - 1 StR 180/94 entgegen BGH, Beschl. vom 22.03.1994 - 5 StR 95/94

244 Rdn. 105) nicht anwendbar, da diese Grundsätze vom besonderen Beweiswert des Augenscheins bestimmt sind. ..."[358]

Es soll u.a. auf die Erforderlichkeit der Vernehmung eines Auslandszeugen ankommen:

" ... Nach dem den Beweisantrag der Verteidigung ablehnenden Beschluß der Strafkammer waren die als Zeuginnen benannten Elena K. und Anna L. unerreichbar; auch die Revision gibt keine Anschrift an, unter der die beiden Frauen hätten geladen werden können. Die Vernehmung der möglicherweise erreichbaren Olga P. als Zeugin hat die Strafkammer im Ergebnis zu Recht gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abgelehnt, da in Anbetracht der vorliegenden polizeilichen und richterlichen Vernehmungsniederschriften eine persönliche Vernehmung hier auch nach § 244 Abs. 2 StPO nicht erforderlich war; für die pauschale Behauptung, die Angaben der Zeugin P. seien insgesamt unrichtig, hatte die Verteidigung weder eine Begründung angegeben noch war dafür etwas ersichtlich. ..."[359]

Für den Umfang der Aufklärungspflicht soll der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung sein:

" ... Die Revision rügt ohne Erfolg, die Strafkammer habe rechtsfehlerhaft den Beweisantrag auf Ladung eines Zeugen in Vietnam abgelehnt. Der Rüge liegt folgender Verfahrensgang zugrunde:

a) Der Verteidiger des Angeklagten Ng. N. stellte am 2. Dezember 1999 den Beweisantrag, den Zeugen Ng. Q. N., den Bruder des Angeklagten Ng. N., zur Hauptverhandlung in Vietnam zu laden, hilfsweise ihn im Wege der Rechtshilfe in Vietnam kommissarisch vernehmen zu lassen. Dem Antrag schlossen sich die Verteidiger der Angeklagten Va. Ng., H. und V. an.

aa) Der Antrag zielte darauf ab, einen Tatverdacht zu widerlegen. Er enthielt die Beweisbehauptung, der Zeuge werde bekunden, der Angeklagte Ng. N. habe sich gegenüber dem Angeklagten Va. N. nicht dazu bereit erklärt, an einer Tötung des L. mitzuwirken oder dabei behilflich zu sein. Der Angeklagte Ng. N. sei lediglich dazu bereit gewesen, an einer Einschüchterung oder an einer Beraubung des Herrn L. mitzuwirken. Nur aus diesem Grund habe er den Kontakt zu den drei Angeklagten H. und V. und T. aus Berlin aufgenommen und diese beauftragt, nach Mannheim zu kommen und an einer Einschüchterung oder Beraubung des L. mitzuwirken oder diese durchzuführen. Der Zeuge werde auch angeben, auch diese drei Angeklagten seien bei den Besprechungen des Tatplans in Mannheim nur hinsichtlich der Ausführung eines Raubes übereingekommen und hätten dies ausdrücklich erklärt.

bb) Zur Begründung wurde ausgeführt, der Zeuge sei bei sämtlichen Gesprächen beteiligt gewesen, die im Vorfeld des Geschehens des 26. April 1998 in Mannheim - insbesondere ab Anfang April 1998 - zwischen Va. N. und Ng. N. stattgefunden hätten. Er sei auch bei Telefonaten seines Bruders, die dieser mit einem der Angeklagten in Berlin geführt habe, dabei gewesen. Auch nach dem Eintreffen der drei Angeklagten in Mannheim sei er bei verschiedenen Gesprächen zugegen gewesen. Schließlich habe der Zeuge auch nach dem Geschehen in der Nacht des 26. April 1998 nochmals mit seinem Bruder gesprochen. Auch in diesem Gespräch habe der Angeklagte Ng. N. ausdrücklich erklärt, er und die drei Angeklagten aus Berlin seien

358 BGH, Beschluss vom 22.03.1994 - 5 StR 95/94, bestätig mit BGH, Beschluss vom 07.09.1994 - 5 StR 478/94

359 BGH, Beschluss vom 15.12.1994 - 4 StR 684/94

nur zu einer Einschüchterung oder Beraubung L.'s bereit gewesen (Anmerkung des Verf.: erfolglos).

b) Der Vorsitzende der Strafkammer versuchte nach Antragstellung, den Zeugen in Vietnam ausfindig zu machen und ihn zu befragen, ob er unter Zusicherung freien Geleits bereit sei, zur Vernehmung in der Hauptverhandlung in die Bundesrepublik zu reisen.

c) Am 20. Dezember 1999 verkündete die Strafkammer einen Beschluß, mit dem sie den Beweisantrag zurückwies. In den Gründen hieß es, die Aufklärungspflicht erfordere die Vernehmung des in Vietnam zu ladenden Zeugen nicht, da von seiner Vernehmung keine wesentliche Änderung des bisher gewonnenen Beweisergebnisses zu erwarten sei (§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO). Dabei habe die Strafkammer insbesondere den eingeschränkten Beweiswert etwaiger entlastender Aussagen dieses Zeugen bedacht. Dieser sei der Bruder des Angeklagten Ng. N. (§ 52 StPO). Nach der Aussage des Angeklagten Va. N. sei der Zeuge zu Anfang in die Tatplanung involviert gewesen (§ 55 StPO). Dies habe sich dadurch bestätigt, daß er drei Tage nach dem Geschehen aus Angst vor Verfolgung durch die Polizei Mannheim fluchtartig verlassen habe. Er könne nichts Entscheidendes zur Glaubhaftmachung des mit dem Antrag verfolgten Beweisziels beitragen. Die Negativbehauptung, er habe sich zu keinem Zeitpunkt zur Tötung des L. bereit erklärt, würde voraussetzen, daß der Zeuge seit Anfang April 1998 bis zur Tat sich ständig in Begleitung seines Bruders befunden hätte. Andere Zeugen hätten bestätigt, daß sie die Brüder im fraglichen Zeitraum nur selten gemeinsam angetroffen hätten. Jedenfalls sei der Zeuge bei dem entscheidenden, der Tatausführung unmittelbar vorausgehenden Besprechung nicht anwesend gewesen. Dies ergebe sich aus der eigenen Einlassung des Angeklagten Ng. N. und aus den Aussagen weiterer Zeugen. Die Behauptung, der Angeklagte Ng. N. habe nach der Tat seinem Bruder gegenüber einen Tatplan, der auch eine Tötung des Opfers beinhaltete, in Abrede gestellt, sei für die Entscheidung ohne Bedeutung. Einen solchen Schluß würde die Kammer aus einer entsprechenden bestätigenden Aussage nicht ziehen.

Die Bemühungen, den Zeugen in Vietnam ausfindig zu machen und ihn befragen zu lassen, ob er unter Zusicherung freien Geleits in der Hauptverhandlung erscheinen würde, hätten kein Ergebnis gebracht. Unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgrundsatzes erscheine angesichts des geringen Beweiswerts ein weiteres Zuwarten auf das höchst ungewisse Erscheinen des Zeugen nicht vertretbar. Aus denselben Gründen komme auch eine kommissarische Vernehmung nicht in Betracht. Auf diesem Wege sei die dringend erforderliche Überprüfung der Glaubhaftigkeit wegen des fehlenden persönlichen Eindrucks nicht gewährleistet. Insoweit sei das Beweismittel auch ungeeignet.

Am 28. Dezember 1999 übersandte der Verbindungsbeamte des Bundeskriminalamtes in Vietnam mit Telefax ein Schreiben der Volkspolizei in Hanoi vom 24. Dezember 1999. Dies enthielt die nach einem Gespräch mit der dortigen Polizei abgegebene schriftliche Erklärung des Zeugen, er könne 'wegen der schwierigen Lage seines Privatlebens' der Bitte nicht nachkommen, in Deutschland für einen Gerichtsprozeß zur Verfügung zu stehen. Am letzten Verhandlungstag, dem 3. Februar 2000, wurde nach den Plädoyers der Verteidiger die Beweisaufnahme nochmals eröffnet. Die drei Urkunden über das Ergebnis der Ermittlungsversuche wurden verlesen.

d) Die Revision macht geltend, die Strafkammer habe gegen das Beweisantragsrecht verstoßen. In der Begründung des Ablehnungsbeschlusses habe sie sich 'im ersten Schritt' auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützt, ohne den gesamten rügerelevanten Stoff geprüft zu haben. Damit habe sie gegen das Aufklärungsgebot verstoßen. Da-

bei habe sie insbesondere die 'Nachtatäußerungen' des Angeklagten Ng. N. gegenüber dem Zeugen zu Unrecht als bedeutungslos angesehen.

Unabhängig davon habe die Strafkammer aus Gründen der Aufklärungspflicht überhaupt nicht nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO verfahren dürfen. Sie habe mit ihren unternommenen Bemühungen zum Ausdruck gebracht, daß sie unter Aufklärungsgesichtspunkten die Vernehmung des Zeugen für erforderlich hielt. In der weiteren Begründung des Ablehnungsbeschlusses vom 20. Dezember 1999 habe sie sich deshalb offensichtlich auf den Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit eines Auslandszeugen gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützt. Zwar möge der Zeuge zum Zeitpunkt des Ablehnungsbeschlusses unerreichbar gewesen sein. Nach dem 28. Dezember 1999 und erst recht bei der Urteilsverkündung sei der Zeuge jedoch für die Strafkammer greifbar gewesen. Die Kammer habe zwar nach dem 28. Dezember 1999 bei ihrer Begründung bleiben können, eine kommissarische Vernehmung in Vietnam komme nicht in Betracht. Sie habe jedoch unter Verletzung der Aufklärungspflicht nicht geprüft, ob der Zeuge mittels einer Videokonferenz nach § 247a StPO hätte vernommen werden können. Dieses sei als effektiveres Beweismittel gegenüber der kommissarischen Vernehmung in Betracht zu ziehen gewesen, bevor der Zeuge endgültig als unerreichbar erachtet worden sei. Eines eigens auf § 247a StPO gerichteten - ergänzenden - Beweisantrages habe es nicht bedurft. Die audiovisuelle Vernehmung des Zeugen Ng. Q. N. sei im vorliegenden Fall sowohl rechtshilfetechnisch als auch tatsächlich möglich gewesen.

e) Die Ablehnung des Beweisantrages hält rechtlicher Nachprüfung stand.

aa) Das Landgericht hat die Ablehnung des Beweisantrags vom 6. Dezember 1999 rechtsfehlerfrei auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützt. Nach dieser Bestimmung kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden, wenn dessen Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist, ohne daß die Erreichbarkeit dieses Zeugen geprüft werden müßte (BGHSt 40, 60, 62).

Insofern ist maßgebendes Kriterium, ob die Erhebung des beantragten Beweises ein Gebot der Aufklärungspflicht ist. Dabei ist es dem Tatrichter erlaubt und aufgegeben, das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme zugrunde zu legen. Das sonst im Beweisantragsrecht weitgehend herrschende Verbot einer Beweisantizipation gilt nicht (BGHSt aaO S. 62; BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 2, 3, 6; vgl. auch BVerfG <2. Kammer des Zweiten Senats> StV 1997, 1 ff.). Der Tatrichter darf also seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse 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 dem Ergebnis, daß der benannte Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder daß ein Einfluß auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden.

Der Umfang der Aufklärungspflicht kann im Einzelfall wegen des Gebotes, das Verfahren beschleunigt und mit prozeßwirtschaftlich vertretbarem Aufwand zu erledigen, unterschiedlich weit sein. Gewicht der Strafsache sowie Bedeutung und Beweiswert des weiteren Beweismittels sind gegenüber den Nachteilen der Verfahrensverzögerungen abzuwägen, weshalb bei Anschuldigungen von Gewicht einer für den Schuldspruch relevanten weiteren Sachaufklärung eher Vorrang zukommt. Dies spielt vor allem bei schwer erreichbaren, weit entfernt wohnenden oder sich im Ausland

aufhaltenden Zeugen ein Rolle. (vgl. Gollwitzer in LR StPO 25. Aufl. § 244 Rdn. 57). Diesen Gedanken, der auch § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO zugrunde liegt, greift auch die Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von § 244 Abs. 3 zu § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO auf (BVerfG <2. Kammer des Zweiten Senats> StV 1997, 1, 2).

bb) Diese Maßstäbe hat die Strafkammer beachtet. Sie hat bedacht, daß selbst dann, wenn der Zeuge die Tatsachen bekundet hätte, die behauptet wurden, ein Einfluß auf seine Überzeugung nach den in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnissen sicher ausgeschlossen wäre.

Dabei hat sie konkret dargelegt, warum der Beweiswert der Aussage des Zeugen von vornherein eingeschränkt gewesen wäre. Die Erwartung, der Bruder des Angeklagten, der von Anfang an an der Tatplanung beteiligt gewesen sei und nach dem Geschehnis aus Angst vor der Polizei Mannheim fluchtartig verlassen habe, werde den Angeklagten entlasten, ist nachvollziehbar. Die Bewertung, diese Umstände könnten die Überzeugungskraft der Aussage von vornherein mindern, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Unabhängig davon legt der Beschluß aber auch im einzelnen dar, weshalb die Kammer nicht glauben würde, der Zeuge sei vor dem Tatgeschehen ständig mit seinem Bruder zusammengewesen. Insbesondere verdeutlichen die Gründe, warum sie einer Aussage des Zeugen nicht folgen würde, er sei auch bei der der Tatausführung unmittelbar vorausgegangenen endgültigen Planung zugegen gewesen und habe dabei gehört, die Angeklagten hätten nur eine Beraubung und nicht die Tötung des Tatopfers L. beschlossen. Die Kammer hat sich nämlich für ihre Bewertung der erwarteten Zeugenaussage auf die entgegenstehende Einlassung des Angeklagten Ng. N. sowie auf die Aussagen der bei dem letzten Gespräch vor der Tatausführung in der Wohnung anwesenden Zeugen gestützt. Angesichts des nach dem Tatplan vorgesehenen Todes des Tatopfers, der durch Messerstiche eines der aus Berlin herbeigerufenen Angeklagten herbeigeführt worden sein mußte, ist auch nachvollziehbar, daß die Strafkammer der erwarteten Aussage, der Angeklagte habe auch nach der Tat dem Zeugen versichert, es habe nur zu einem Raub kommen sollen, keine Bedeutung beimessen wollte.

cc) Daß die Strafkammer im Rahmen der auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützten Ablehnungsbegründung zusätzlich auf die Schwierigkeit der Erreichbarkeit des Zeugen, die Ungeeignetheit einer Vernehmung außerhalb der Hauptverhandlung und den Beschleunigungsgrundsatz abgestellt hat, bedeutet nicht, daß sie damit diesen Ablehnungsgrund mit dem der Unerreichbarkeit im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO vermengt hätte. Die Kammer spricht damit vielmehr den Gedanken der Verhältnismäßigkeit an. Neben dem Gewicht der vorgeworfenen Tat und der Relevanz des zu erwartenden Beweisergebnisses für das Beweisgebäude bestimmt auch dieser Grundsatz den Umfang der Aufklärungspflicht.

dd) Aus dem Umstand, daß die Strafkammer sich um die Ladung des Zeugen bemüht hat, kann nicht hergeleitet werden, daß sie sich aus Gründen der Aufklärungspflicht selbst gezwungen sah, den Zeugen zu hören.

Der Vorsitzende und das Gericht sind - unbeschadet der Aufklärungspflicht - jederzeit befugt, auf die Ladung solcher Zeugen hinzuwirken oder im Freibeweis die Möglichkeit der Erreichbarkeit zu prüfen, bei denen ungewiß, ja sogar zweifelhaft ist, ob diese sachdienliche Angaben machen können (BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 5 und 6; BGH NStZ 1994, 554). Das wird vielfach sogar zweckmäßig sein, weil auf diese Weise unnötiger Streit vermieden und das Verfahren gefördert wird.

Keineswegs bindet sich das Gericht damit selbst hinsichtlich der weiteren Beurteilung des Beweiswerts des Beweismittels und der Frage, ob dem Beweisantrag unter Würdi-

gung des bisherigen Ergebnisses der Beweisaufnahme endgültig nachgegangen werden muß. Im übrigen läßt sich das Gewicht eines Beweismittels erst am Ende der Beweisaufnahme endgültig beurteilen.

Mit der Ablehnung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO entfällt die Pflicht, sich um den Zeugen weiter zu bemühen, gleichgültig, ob sein Aufenthalt bekannt ist oder nicht. Der Tatrichter hat auch nicht mehr zu prüfen, ob eine Vernehmung im Wege der Rechtshilfe möglich ist. Es entfällt auch die Entscheidung, ob im Rahmen des erweiterten Erreichbarkeitsbegriffs (vgl. Gollwitzer in LR StPO 25. Aufl. § 244 Rdn. 259) eine Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine Vernehmung im Ausland im Wege der Videokonferenz nach § 247a StPO (BGHSt 45, 188 ff.) oder die Einvernahme des Auslandszeugen durch das Verlesen eines bereits vorliegenden richterlichen Vernehmungsprotokolls nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO (BGH, Urt. vom 18. Mai 2000 - 4 StR 647/99 - vorgesehen zur Veröffentlichung in BGHSt) ersetzt werden kann. Schließlich entfällt die Prüfung, ob der Beweisantrag abzulehnen ist, weil er offensichtlich der Verschleppung dienen sollte (vgl. Herdegen in KK aaO Rdn. 85). ..."[360]

Danach wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Falle einer „besonderen Beweislage“ erneut erörtert:

„ … Das Landgericht hat die Angeklagten, zwei Brüder, wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit diesen zu Freiheitsstrafen von je fünf Jahren verurteilt. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten haben mit einer auf die Verletzung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützten Verfahrensrüge Erfolg; auf die weiteren Rügen, die der Generalbundesanwalt zum Anlaß für seinen Aufhebungsantrag genommen hat, kommt es daher nicht an.

Nach den Feststellungen waren die aus der Nähe von Neapel stammenden Angeklagten mit dem Tunesier K. zu einer Kurzreise von Italien nach Amsterdam gefahren. Dort versteckte dieser 3,5 kg Kokain im PKW der Angeklagten und trennte sich von ihnen, um die Heimreise mit dem Zug anzutreten. Bei der Einreise der Angeklagten nach Deutschland wurde das Rauschgift in deren PKW entdeckt und diese festgenommen. Sie haben sich dahin eingelassen, das Kokain sei ohne ihr Wissen und Wollen von K. dort versteckt worden. Die Strafkammer hat dies auf Grund verschiedener Indizien für widerlegt erachtet.

In der Hauptverhandlung hatten die Verteidiger beider Angeklagter u. a. beantragt, die in Lioni/Italien wohnende Zeugin Rita P., die Freundin des K., die mit der Schwester der Angeklagten befreundet ist, zum Beweis dafür zu vernehmen, daß K. gemeinsam mit ihr den Plan gefaßt habe, die beiden Angeklagten zu der Kurzreise nach Amsterdam zu veranlassen, dort heimlich Rauschgift in deren PKW zu verstecken und sie so als ahnungslose Kuriere zu mißbrauchen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Strafkammer hat diesen Beweisantrag nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abgelehnt, da eine weitere Sachaufklärung nicht zu erwarten sei. Es sei angesichts des Verdachts der Beteiligung am Kokainhandel schon fraglich, ob die Zeugin der Ladung folgen werde; aber selbst wenn sie erscheine, sei damit zu rechnen, daß sie insoweit von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch machen werde. Diese Ablehnung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann die Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden, wenn sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich

360 BGH, Beschluss vom 05.09.2000 - 1 StR 325/00 - bedenkliche Entscheidung mit hohem Begründungsaufwand

ist. Maßgebendes Kriterium dabei ist, ob die Erhebung des Beweises ein Gebot der Aufklärungspflicht ist (BGHSt 40, 60, 62).

Die Möglichkeit, nach dieser Vorschrift einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen abzulehnen, erfaßt nicht nur Fälle der voraussichtlichen Unergiebigkeit der Zeugenaussage oder der Unerreichbarkeit des Zeugen, sondern - als Unterfall der Unerreichbarkeit - grundsätzlich auch solche Fallgestaltungen, in denen der Aufenthalt eines Zeugen zwar bekannt, aber damit zu rechnen ist, daß er entweder einer Ladung nicht folgen oder im Falle seines Erscheinens keine Angaben zur Sache machen werde. Dies gilt insbesondere für Zeugen, die der Beteiligung an der Tat verdächtig sind und denen deswegen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht (vgl. BGH, Beschl. vom 16. März 1994 - 5 StR 84/94; ferner für die Behandlung eines inländischen Zeugen als unerreichbar BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 17).

Bei der Anwendung der Vorschrift des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO ist jedoch zu beachten, daß das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 (BGBl I 50 f.) mit dieser von Anfang an umstrittenen Regelung die Ablehnungsmöglichkeit nur um den schmalen Bereich erweitert hat, um den die Ablehnungsgründe des bis dahin allein anwendbaren Abs. 3 Satz 2 über die Aufklärungspflicht hinausreichen (vgl. amtl. Begr. zum Entwurf des Bundesrates BTDrucks. 12/1217 S. 36; ferner zum Diskussionsstand: Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 244 Rdn. 339). Die Bundesregierung hatte in ihrer ablehnenden Stellungnahme zum Ausdruck gebracht, daß die Nutzung moderner Kommunikationswege den Richter in die Lage versetzen würde, Anträgen auf Ladung ohne wesentliche Verzögerungen nachzugehen (BTDrucks. 12/1217 S. 67). Im Rechtsausschuß ist dazu die Erwartung ausgesprochen worden, die Rechtsprechung werde im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens berücksichtigen, welche praktischen Probleme die Ladung eines benannten Zeugen bereiten würde (vgl. zum Gang der Gesetzgebung Siegismund/Wickern, wistra 1993, 81, 86).

Danach sind bei der Prüfung, ob die Aufklärungspflicht die Ladung eines benannten Auslandszeugen gebietet, neben dem Gewicht der Strafsache die Bedeutung und der Beweiswert dieses weiteren Beweismittels vor dem Hintergrund des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme einerseits und der zeitliche und organisatorische Aufwand einer Aufklärungsmaßnahme mit den damit verbundenen Nachteilen durch die Verzögerung des Verfahrens andererseits unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abzuwägen (vgl. BGH NJW 2001, 695 f.). Dabei wird nicht unbeachtet bleiben können, ob die zu treffende Maßnahme nur durch ein aufwendiges Rechtshilfeersuchen oder auch durch direkte Kontaktaufnahme in benachbarten Ländern erledigt werden kann (vgl. zum 'kleinen Rechtshilfegrenzverkehr' Siegismund/Wickern, wistra 1993, 81, 86).

Diesen Maßstäben wird die Entscheidung des Landgerichts nicht gerecht. Die Strafsache ist von erheblicher Bedeutung, da die bislang unbestraften Angeklagten zu je fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden sind. Einerseits sind die für die Überführung der Angeklagten sprechenden Indizien nicht so gewichtig, daß ihr Beweiswert nicht durch eine die Einlassung der Angeklagten stützende Aussage erschüttert werden könnte, andererseits kommt der benannten Zeugin eine wesentliche Rolle im Geschehen zu, die für eine nicht unerhebliche Beweisbedeutung spricht. Denn über diese Zeugin ist nach den Feststellungen der Kontakt zwischen K. und den Angeklagten hergestellt worden; auch hat K., als er sich für die Rückreise in Amsterdam von den Angeklagten trennte, diesen einen Zettel mit der Telefonnummer der Zeugin nach dem Hinweis gegeben, über diesen Anschluß könne er erreicht werden, falls es Probleme gebe. Auch wenn die Zeugin in Italien zurückgeblieben ist und zunächst nur über die dort getroffenen Absprachen mit K., nicht aber über die Gespräche zwi-

schen K. und den Angeklagten in Amsterdam berichten kann, käme einer solchen Tatplanung für die Beurteilung erhebliche Bedeutung zu.

Bei dieser besonderen Beweislage hätte es die Aufklärungspflicht erfordert, daß das Gericht nicht lediglich auf Grund der mutmaßlichen Interessenlage der Zeugin von der fehlenden Bereitschaft ausgeht, vor Gericht zu erscheinen und trotz eines Auskunftsverweigerungsrechts auszusagen. Vielmehr hätte es die - wenn auch möglicherweise nur geringe - Chance, eine Aussage der Zeugin zu erlangen, wahrnehmen und wenigstens einen Ladungsversuch oder zumindest eine freibeweisliche Klärung der Aussagewilligkeit, etwa durch einen Telefonanruf (gegebenenfalls unter Zusicherung freien Geleits), unternehmen müssen, zumal der zeitliche und organisatorische Aufwand solcher Maßnahmen in vertretbarem Rahmen geblieben wäre. ..."[361]

Zu weiteren Einschränkungen der Verteidigungsspielräume trägt ebenso die Vorabklärung im Freibeweisverfahren bei:

" ... 2. Im Hauptverhandlungstermin vom 14. August 2002 hat der Verteidiger des Angeklagten Andreas L. die Vernehmung des Viktor K., wohnhaft in A. A. (Kasachstan), ..., zum Beweis dafür **beantragt, daß dieser mit Igor L. den angeklagten Raub begangen habe und der Angeklagte Andreas L. weder an der Tat noch am Vorgeschehen beteiligt gewesen sei** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO mit der Begründung abgelehnt, die Vernehmung des Viktor K. sei zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich. Nach der bisherigen Beweisaufnahme sei nämlich die dem Beweisantrag entsprechende Einlassung der Angeklagten widerlegt, weil es aufgrund des feststehenden Zeitablaufs am Tatnachmittag 'zeitlich nahezu ausgeschlossen' sei, daß ein Fremder und nicht der Bruder des Angeklagten Igor L. dessen Tatgenosse war. Außerdem sei die Einlassung der Angeklagten unglaubhaft, weil sie für eine von der Polizei beobachtete gemeinsame Autofahrt nach R. um 16.10 Uhr keine plausible Erklärung hätten geben können.

3. Die Ablehnung des Beweisantrags hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden, wenn dessen Vernehmung nach pflichtgemäßem Ermessen zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Maßgebendes Kriterium dabei ist, ob die Erhebung des beantragten Beweises ein Gebot der Aufklärungspflicht ist (BGHSt 40, 60, 62; BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 9, 10). Diesem Maßstab wird die Entscheidung des Landgerichts nicht gerecht.

Die Strafkammer geht sowohl im Ablehnungsbeschluß als auch im Urteil davon aus, daß die Einlassung der Angeklagten, eine dritte Person sei der Mittäter gewesen, 'nicht zeitlich unmöglich' sei (UA 14). Die Zeugin H. hat den Angeklagten Igor L., nicht aber den Angeklagten Andreas L. als Täter wiedererkannt (UA 12). Bei dieser Beweislage hätte es die Aufklärungspflicht erfordert, zunächst im Wege des Freibeweises (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 5, 10; RiVASt, Länderteil Kasachstan, S. 147) zu klären, ob der Zeuge Viktor K. unter der angegebenen Anschrift wohnhaft ist und geladen werden kann, wie er aussieht (Personenbeschreibung, Lichtbild), ob er Sachdienliches zur Klärung der Beweisfrage beitragen kann und ob er (gegebenenfalls unter Zusicherung freien Geleits) bereit ist, vor Gericht zu erscheinen und auszusagen. Erst aufgrund des Ergebnisses dieser Vorklärung wäre möglicherweise der Weg zur Ablehnung des Beweisantrages eröffnet gewesen, wenn

361 BGH, Beschluss vom 25.04.2002 - 3 StR 506/01 - Trotz des Erfolges dieser Revision trägt diese Entscheidung zu einer weiteren Verwässerung bei.

nämlich dann klar gewesen wäre, daß durch die beantragte Zeugenvernehmung, sofern sie überhaupt möglich gewesen wäre, keine weitere wesentliche Aufklärung zu erwarten war (vgl. Maatz in FS für Remmers S. 577, 588 Fn. 66). ..."[362]

Das bedenkliche Freibeweisverfahren - regelmäßig unter Ausschluss der Verteidigung - kann aber durchaus obligatorisch sein:

" ... Der Generalbundesanwalt hat hierzu in seiner Antragsschrift vom 13. September 2006 ausgeführt:

'Die Revision dringt mit einer Aufklärungsrüge durch. Die Geschädigte R., deren Aussage einzige Grundlage für den Schuldspruch bildet, hat bestritten, bereits in Rumänien als Prostituierte gearbeitet zu haben. Die entgegenstehende Einlassung des Beschwerdeführers, er habe die Zeugin im April 2004 in Rumänien auf einer Party kennen gelernt, auf der die Zeugin als Prostituierte zum Einsatz gekommen war (UA S. 18), hält die Strafkammer für widerlegt.

In der Hauptverhandlung beantragte die Verteidigung unter Angabe ladungsfähiger Anschriften für den Fall der Verurteilung des Beschwerdeführers hilfsweise die Vernehmung der Zeugin H. und des Zeugen D. zum Beweise der Tatsache, dass die Zeugin R. auf der vom Beschwerdeführer erwähnten Party (Betriebsfeier) sich als Prostituierte betätigte. D. sollte nach dem Beweisantrag in seiner Eigenschaft als Veranstalter der Betriebsfeier und Besteller der Prostituierten bei einem Party-Service, die Zeugin H. als Vermittlerin der Zeugin R. an die Freier aussagen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Revision beanstandet zu Recht, dass der Tatrichter diesem Beweisangebot unter Verstoß gegen die Aufklärungspflicht nicht nachgegangen ist, sondern den Beweisantrag abgelehnt hat (UA S. 33). Bei der hier gegebenen Verfahrenssituation, in der Aussage gegen Aussage steht, drängte die Aufklärungspflicht zur Vernehmung der Zeugen, jedenfalls aber zur Klärung der Frage, ob die Zeugen existent sind und ob von ihnen ein Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung zu erwarten war. Dieses wäre auch ohne größeren Zeit- und Arbeitsaufwand möglich gewesen. Denn bei den benannten Zeugen handelt es sich um so genannte 'Auslandszeugen' im Sinne von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO, bei denen es zulässig ist, vor ihrer Ladung im Wege des Freibeweises zu klären, ob von ihnen eine sachdienliche Aussage zu erwarten ist (BGH NStZ 1995, 244).

Diese Klärung hätte durch Einschaltung des Verbindungsbeamten des Bundeskriminalamtes bei der deutschen Botschaft in Bukarest unschwer erfolgen können. Im Falle der Bestätigung der Beweisbehauptung hätte das zu einer anderen Bewertung der Glaubwürdigkeit der Zeugin R. und der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben führen können. Insbesondere wäre damit der tatrichterlichen Annahme, die Zeugin sei aufgrund der Täuschung durch den Beschwerdeführer in dem Glauben nach Deutschland gekommen, hier als Haushaltshilfe Geld verdienen zu können, möglicherweise der Boden entzogen worden; die Revision weist zutreffend darauf hin, dass für den Beschwerdeführer kein Grund zur Täuschung der Zeugin bestand, wenn diese bereits in Rumänien der Prostitution nachging. Im Falle der Bestätigung der Beweisbehauptung würde auch die Glaubwürdigkeit der Zeugin und die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben im Falle II 1 der Urteilsgründe besonders kritisch zu würdigen sein….'

Dem schließt sich der Senat an, zumal die einzelnen Vernehmungen der Zeugin erhebliche Widersprüche aufweisen, so dass, anders als das Landgericht meint, von ei-

362 BGH, Beschluss vom 28.01.2003 - 4 StR 540/02

ner Aussagekonstanz im Aussageverhalten der Zeugin nicht mehr ausgegangen werden kann. …"[363]

Bei einer schwierigen Beweislage kann sich die Vernehmung von AuslandszeugInnen aufdrängen:

" ... 1. Die Revision rügt zu Recht, das Landgericht habe gegen § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO verstoßen. Dem liegt folgendes zugrunde:

a) Nach den landgerichtlichen Feststellungen, die im Wesentlichen auf den Angaben des Mitangeklagten K. beruhen, verkaufte diesem der - die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestreitende - Angeklagte seit Mai 2008 'Speed“ zunächst zum Eigenverbrauch. Um seine hierdurch alsbald entstandenen Schulden zu tilgen, erhielt K. bereits seit Juni 2008 mehrfach 'Speed' vom Angeklagten, um es für ihn weiter zu verkaufen. Im Zeitraum von August 2008 bis Januar 2009 transportierte K. darüber hinaus sechs Mal jeweils mehrere Kilogramm Amphetamin nach Deutschland; dieses hatte er zuvor in Polen von B. und G. erhalten. Diese Lieferanten des Angeklagten W. sind u.a. deswegen von der Staatsanwaltschaft W. beim Bezirksgericht P. angeklagt worden, haben die Vorwürfe in ihrer jeweiligen polnischen Beschuldigtenvernehmung jedoch bestritten bzw. hierzu geschwiegen.

Am 17. von insgesamt 45 Hauptverhandlungstagen stellte die Verteidigung des Angeklagten den Beweisantrag, B. und G. als Zeugen insbesondere dazu zu vernehmen, dass sie mit dem Angeklagten ausschließlich über Goldgeschäfte gesprochen, ihn aber nicht mit Amphetamin versorgt hätten. Am 25. Verhandlungstag lehnte das Landgericht die beantragten Beweiserhebungen gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO ab. Selbst wenn die genannten Zeugen von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 StPO) keinen Gebrauch machen und die in ihr Wissen gestellten Tatsachen bekunden sollten, würde es nicht den Schluss ziehen, dass der Angeklagte durch den Mitangeklagten K. zu Unrecht belastet worden sei.

b) Diese Verfahrensweise hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Zwar hat das Landgericht bei seiner ablehnenden Entscheidung zutreffend als maßgebendes Kriterium angesehen, ob die Aufklärungspflicht die Erhebung der beantragten Beweise erfordert; es war bei dieser Prüfung vom Verbot der Beweisantizipation befreit (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60). Es durfte daher den zu erwartenden Beweiswert der beiden Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses würdigen und hierbei auch berücksichtigen, dass ihnen jeweils ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO zustehen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 5. September 2000 - 1 StR 325/00, NJW 2001, 695). Es hat aber der vorliegend besonders schwierigen Beweislage bei seiner Abwägung nicht im notwendigen Maße Rechnung getragen:

Das Landgericht hätte berücksichtigen müssen, dass nicht nur die gegen den Angeklagten generell, sondern auch die wegen ihrer Lieferantenstellung bei den sechs Einfuhrtaten gegen die benannten Zeugen in Polen erhobenen Vorwürfe im Wesentlichen auf den Angaben des Mitangeklagten K. beruhten und sonstige, namentlich 'objektive' Indizien gerade für die am schwersten wiegenden Taten des Angeklagten fehlten. Dies gilt auch deshalb, weil sich die Zeugen zwar in Polen zunächst in Untersuchungshaft befanden, dann aber aus Gründen entlassen wurden, die ungeklärt geblieben sind und die das Landgericht zu ermitteln unterlassen hat. Darüber hinaus hätte das Landgericht dem Umstand größere Bedeutung zumessen müssen, dass

363 BGH, Beschluss vom 29.11.2006 - 2 StR 404/06

sich der Mitangeklagte K. lediglich im Ermittlungsverfahren ausführlich zu den Taten und den beiderseits der deutsch-polnischen Grenze Beteiligten, in der Hauptverhandlung jedoch nur noch über eine durch seine Verteidigung verlesene Erklärung geäußert hat. Dieser lag im Übrigen eine Verständigung zugrunde, deren Grundlage aber nachträglich entfiel, weil der Mitangeklagte K. 'entgegen seiner vorherigen Zusage nicht mehr bereit war, Fragen des Gerichts zu seiner schriftlichen Einlassung zu beantworten' (UA S. 13). In der Folge konnte insbesondere auch die Verteidigung ihn nicht mehr 'konfrontativ' befragen (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK). Angesichts des sich daraus ergebenden Beweiswertdefizites, auf das auch der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 23. August 2013 maßgeblich abgestellt hat, war die Beweislage nicht derart sicher (vgl. zu dieser Konstellation BGH, Urteil vom 5. Februar 1997 - 2 StR 551/96, NStZ 1997, 286), dass es zum Versuch weiterer Aufklärung durch eine zeugenschaftliche Einvernahme B. s und G. ' nicht gedrängt hätte (vgl. auch BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11, 23). ..."[364]

Zur Ablehnung bei „erdrückender Beweislage“:

" ... Den Beweisantrag auf Vernehmung der Zeugin T. vom 29. Januar 2007 hat das Landgericht rechtsfehlerfrei nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zurückgewiesen; auch die hierzu erhobene Verfahrensrüge erweist sich daher als unbegründet. Zunächst ist es nicht zu beanstanden, dass sich das Landgericht in dem Ablehnungsbeschluss auf die Gründe des Beschlusses bezogen hat, mit dem es bereits den Antrag auf Vernehmung derselben Zeugin vom 8. Januar 2007 zurückgewiesen hatte. Denn bereits dort ist die Kammer davon ausgegangen, dass die Zeugin bestätigen werde, ihre den Angeklagten belastenden Angaben bei den polizeilichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren seien in vollem Umfang ('ganz') falsch gewesen; dies entspricht der Sache nach der Beweisbehauptung im Antrag vom 29. Januar 2007. Auch gegen die Gründe, auf die das Landgericht die Ablehnung des Antrags stützt, ist rechtlich nichts zu erinnern. Seine - im Rahmen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zulässige - antizipierende Würdigung, der Zeugin wäre kein Glauben zu schenken, wenn sie ihre früheren belastenden Angaben gegen den Angeklagten in der Hauptverhandlung widerrufen sollte, ist nicht nur rechtlich nicht zu beanstanden; sie drängte sich im Hinblick auf die sonstige Beweislage (Ergebnisse von Observationen und Telefonüberwachung; Fingerspuren des Angeklagten auf den Betäubungsmittelpaketen) vielmehr derart auf, dass eine abweichende Würdigung - auch mit Blick auf die der Zeugin in ihrem Verfahren gewährte Strafmilderung nach § 31 BtMG - kaum tragfähig begründbar gewesen wäre. Dies gilt entgegen der Ansicht der Revision auch zum Umfang der Einbindung des Angeklagten in die Vorbereitung des Betäubungsmitteltransports sowie hinsichtlich der subjektiven Tatseite; denn aus den durch andere Beweismittel belegten objektiven Fakten drängten sich auch insoweit die Folgerungen auf, die durch die Angaben der Zeugin T. letztlich lediglich bestätigt worden waren. Obwohl es sich bei der Zeugin T. um eine unmittelbare Tatzeugin handelte, hat das Landgericht bei dieser Sachlage seine Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. Satz 1 und Abs. 2 StPO) daher nicht verletzt, indem es deren Ladung im Ausland ablehnte. Es war somit auch nicht gehalten, sich um eine Vernehmung der Zeugin in Kroatien zu bemühen (vgl. Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 244 Rdn. 43 f. m. w. N.). ..."[365]

In den Fällen mit einer ungesicherten Beweislage gilt:

" ... 1. Die Rüge, mit welcher der Angeklagte nach dem Wortlaut seiner Revisionsbegründung die Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) wegen der unter-

364 BGH, Beschluss vom 23.10.2013 - 5 StR 401/13
365 BGH, Beschluss vom 21.08.2007 - 3 StR 238/07

bliebenen Vernehmung von zwei Auslandszeugen beanstandet, dringt durch.

a) Der Verfahrensrüge ist bei dem hier überschaubaren Verfahrensstand hinreichend deutlich zu entnehmen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), dass der Angeklagte sich gegen den Beschluss des Landgerichts vom 10. Oktober 2017 wendet; mit diesem hat es den **Antrag des Beschwerdeführers auf Vernehmung zweier Zeugen aus Polen zum Beweis der Tatsache, dass er sich zur Tatzeit am 11. Juni 2013 in B. (Polen) aufhielt, abgelehnt** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich). Der Angeklagte hat die zur Beurteilung der Rüge maßgeblichen Verfahrenstatsachen, namentlich den Beweisantrag und den Ablehnungsbeschluss, mitgeteilt. Da sich der Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nach der Aufklärungspflicht bestimmt (§ 244 Abs. 2 StPO), ist es unschädlich, dass der Angeklagte die Vorschrift des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nicht zitiert hat (vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - 2 StR 383/15, BGHR StPO § 244 Abs. 2 Zeugenvernehmung 19 Rn. 11 mwN zu einem außerhalb der Hauptverhandlung gestellten Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen).

b) Der Ablehnungsbeschluss hält rechtlicher Überprüfung am Maßstab des § 244 Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 StPO nicht stand.

aa) Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein auf die Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteter Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Mit dieser Vorschrift sind die Möglichkeiten zur Ablehnung eines solchen Beweisantrags nur um den schmalen Bereich erweitert, den die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO nicht zulassen, obwohl die Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) die Beweiserhebung nicht gebietet (BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 - 3 StR 269/04, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 12). Bei der Prüfung der Aufklärungspflicht hat das Tatgericht namentlich die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses zu würdigen. In diesem Rahmen ist es von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit und darf es seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie die zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht bestätigen werde oder dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigt, ist eine Ablehnung des Beweisantrags in aller Regel nicht zu beanstanden (st. Rspr.; siehe nur BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 14 mwN; Beschluss vom 26. Oktober 2006 - 3 StR 374/06, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 13).

In dem hierfür erforderlichen Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) müssen die maßgeblichen Erwägungen so umfassend dargelegt werden, dass es dem Antragsteller möglich wird, seine Verteidigung auf die neue Verfahrenslage einzustellen, und dass das Revisionsgericht überprüfen kann, ob die Ablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalls erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht (siehe nur BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 14 mwN).

Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls beurteilt werden. Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem durch die

bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann, insbesondere wenn er nur zu Beweisthemen benannt ist, die lediglich indiziell relevant sind oder die Sachaufklärung sonst nur am Rand betreffen. Dagegen wird die Vernehmung des Auslandszeugen umso eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel hinsichtlich des Werts der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen; dies gilt insbesondere dann, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind (siehe nur BGH aaO; LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 357 mwN).

bb) An diesen Grundsätzen gemessen hat das Landgericht die Ablehnung nicht ausreichend begründet. Es hat die zu erwartenden Aussagen der Tante des zu den Tatvorwürfen schweigenden Angeklagten, der Zeugin L. , in deren Wohnung sich der Angeklagte nach dem Inhalt des Beweisantrags aufgehalten haben soll, und eines Bekannten, des Zeugen K. , der für den Angeklagten bei therapeutischen Behandlungen durch die vernommene Ärztin S. übersetzt haben soll, nicht in der erforderlichen Gesamtwürdigung den bisherigen Beweisergebnissen gegenübergestellt; es hat sich stattdessen auf die Begründung beschränkt, dass das Gegenteil der behaupteten Tatsache, nämlich die Anwesenheit des (maskierten) Angeklagten am Tatort in Ku., bereits bewiesen sei. Dabei würde es auch bleiben, wenn die beiden Zeugen die Anwesenheit des Angeklagten in Polen zur Tatzeit bestätigen würden. Die für seine Überzeugungsbildung maßgeblichen Beweisergebnisse, namentlich die belastenden Zeugenaussagen der beiden Mittäter D. und T. sowie die Aussage des geschädigten Wei., dass sich die Statur des Täters mit der des Angeklagten vereinbaren lässt, hat das Landgericht für sich genommen rechtsfehlerfrei ausführlich gewürdigt; auch hat es nachvollziehbar dargelegt, warum es der Alibi-Zeugin S. nicht geglaubt hat.

Bei dieser Einzelbetrachtung hätte das Landgericht indes nicht stehenbleiben dürfen. Es hätte in einer - wie stets in einer Beweisaufnahme erforderlichen - Gesamtschau darlegen müssen, warum die - zulässigerweise zu prognostizierenden - Aussagen der beiden weiteren aufgebotenen Entlastungszeugen nichts an den bisherigen Beweisergebnissen, auch am Beweiswert der Aussage der bereits vernommenen Alibi-Zeugin ändern würden. Eine solche Gesamtwürdigung war hier unerlässlich, weil der Beschwerdeführer eine Haupttatsache in das Zeugnis der beiden Auslandszeugen gestellt hat: Das Gelingen dieses Alibibeweises hätte den Schuldvorwurf unmittelbar entfallen lassen. Die Beweislage ist in diesem Fall durch die Würdigung von Zeugenaussagen geprägt; außerhalb der Aussagen liegende objektive Umstände wie etwa Tatortspuren hat das Landgericht nicht festgestellt (dazu BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 14). Dieser nicht einfachen, eher nicht gesichert erscheinenden Beweislage hat das Landgericht mit der gegebenen Begründung nicht im notwendigen Maße Rechnung getragen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - 2 StR 383/15, NStZ 2017, 96, 97 f.). Nach alledem bleibt nach dem Inhalt des Ablehnungsbeschlusses letztendlich offen, warum es das Gericht für ausgeschlossen gehalten hat, dass die Aussagen der Zeugen L. und K. - auch unter nochmaliger Würdigung der Angaben der bereits vernommenen Zeugin S. - die Aussagen der beiden Mittäter entkräften konnten (vgl. nur BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 62 f.). ..."[366]

Ablehnende Erwägungen müssen im Rahmen der Würdigung erhobener Beweise rechtlich zulässig sein. Deshalb geht folgendes gar nicht:

366 BGH, Beschluss vom 12.07.2018 - 3 StR 144/18

" ... Der Angeklagte, der wegen des Tatvorwurfs im Oktober 2007 festgenommen worden war und sich seither in Untersuchungshaft befand, **beantragte im Hauptverhandlungstermin vom 6. August 2008, seinen in Polen wohnenden Bruder M. S. als Zeugen zu vernehmen zu der Behauptung, er - der Angeklagte - habe sich 'im Mai 2005' sowie 'in der Zeit von März 2005 durchgehend bis zum 12.4.2005' täglich bei seinem Bruder aufgehalten, sei dort durchgehend als Aushilfe in dessen landwirtschaftlichem Betrieb beschäftigt gewesen, habe dort gearbeitet und übernachtet und Polen zu keinem Tag während der tatrelevanten Zeiträume verlassen** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat den Beweisantrag abgelehnt, weil es die Vernehmung des Bruders des Angeklagten zur Erforschung der Wahrheit nicht für geboten hielt. Zur Begründung hat es unter näherer Darstellung der Aussagen von drei gehörten Zeugen ausgeführt, nach dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme sprächen mehrere Indizien für eine Täterschaft des Angeklagten; die Aussage des Bruders könnte unter diesen Umständen keinen Einfluss auf die Überzeugungsbildung der Kammer haben, ihr käme 'kein Beweiswert' zu. 'Die Kammer ist nämlich davon überzeugt: Träfen die unter Beweis gestellten Behauptungen tatsächlich zu, so wären sie vom Angeklagten beziehungsweise dem Verteidiger durch einen Beweisantrag früher in das Verfahren eingeführt worden. Das gilt umso mehr, als der Angeklagte … seit nun mehr als neun Monaten inhaftiert ist. Der Angeklagte hat mit einem Haftprüfungsantrag sowie einer Haftbeschwerde seine Haftentlassung erreichen wollen, dabei aber zu keinem Zeitpunkt seinen Bruder als Alibizeugen benannt. Dass der - angeblich - entscheidende Entlastungsbeweis erst in dem jetzigen Verfahrensstadium vorgebracht worden ist, spricht mithin wesentlich gegen ihn.'

Die Ablehnung des Beweisantrags beanstandet die Revision zu Recht als ermessensfehlerhaft. Bei der Entscheidung, ob die Vernehmung des Auslandszeugen zur Erforschung der Wahrheit erforderlich war (§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO), durfte das Landgericht nur solche Erwägungen anstellen, die auch im Rahmen der Würdigung erhobener Beweise rechtlich zulässig gewesen wären. Die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 261 StPO findet indes ihre Grenze an dem Recht eines jeden Menschen, nicht gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitragen zu müssen (Grundsatz des 'Nemo tenetur se ipsum prodere'). Danach ist ein Angeklagter im Strafverfahren grundsätzlich nicht verpflichtet, aktiv zur Sachaufklärung beizutragen. So steht es ihm frei, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen, § 136 Abs. 1 Satz 2, § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO. Macht er von seinem Aussageverweigerungsrecht umfassend Gebrauch, so ist allgemein anerkannt, dass daraus für ihn keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen (BGHSt 45, 363 m. w. N.).

Hiergegen hat das Landgericht verstoßen. Der Angeklagte hatte sich im Verfahren bis dahin nicht zur Sache eingelassen. Er hat lediglich bei der Verkündung des Haftbefehls behauptet, unschuldig zu sein. Hierin ist eine Teileinlassung, die als solche der Beweiswürdigung zugänglich gewesen wäre (vgl. BGHSt 20, 298), nicht zu sehen (BGHSt 25, 365; 38, 302; BGH NStZ 2007, 417). ..."[367]

Zum beliebten Thema AuslandszeugInnen und Prozessverschleppung:

„ … Zu der Verfahrensrüge, das Landgericht habe einen Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen L. rechtsfehlerhaft abgelehnt, bemerkt der Senat ergänzend:

Die auf die Annahme der Prozessverschleppungsabsicht nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützte Zurückweisung des Antrags ist jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des

367 BGH, Beschluss vom 28.07.2009 - 3 StR 80/09

§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nicht zu beanstanden. Hierzu gilt:

Ein Beweisantrag kann dann wegen Verschleppungsabsicht nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden, wenn die begehrte Beweiserhebung nach der Überzeugung des Gerichts objektiv nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers zu erbringen vermag, dieser sich dessen bewusst ist und mit seinem Antrag daher keine legitimen, auf die Aufklärung des wahren Sachverhalts gerichtete Anliegen, sondern eine Verzögerung des Verfahrens und gegebenenfalls weitere rechtsmissbräuchliche Zwecke verfolgt (vgl. LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 270); nach bisheriger Rechtsprechung muss die Erhebung des Beweises außerdem geeignet sein, das Verfahren wesentlich zu verzögern. Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO darf die Ladung eines Zeugen im Ausland zurückgewiesen werden, wenn das Gericht aufgrund hinreichender Anhaltspunkte die sichere Überzeugung erlangt, dass durch die beantragte Einvernahme eine weiterführende und bessere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist. Daher umfasst die Annahme der Prozessverschleppung im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO die Ablehnung eines Antrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO (BGH, Beschluss vom 22. März 1994 - 5 StR 8/94, StV 1994, 635), ohne dass es insoweit entscheidungserheblich darauf ankommt, ob der Antragsteller subjektiv das Verfahren ausschließlich bewusst verzögern wollte und die begehrte Beweiserhebung zu einer wesentlichen Verfahrensverzögerung führen konnte.

Die Strafkammer hat hier unter Würdigung des bisherigen Beweisergebnisses rechtsfehlerfrei dargetan, dass die beantragte Beweiserhebung nach ihrer Überzeugung unter keinem Gesichtspunkt tatsächlich etwas Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen konnte. Sie hat damit ohne Rechtsfehler eine objektive Voraussetzung der Verschleppungsabsicht und zugleich dargelegt, dass die begehrte Beweiserhebung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO unterbleiben durfte.

Es kann deshalb insbesondere dahin stehen, ob im Rahmen der Verschleppungsabsicht an dem Erfordernis der wesentlichen Verfahrensverzögerung festzuhalten ist (vgl. schon BGH, Beschlüsse vom 9. Mai 2007 - 1 StR 32/07, BGHSt 51, 333, 338 f.; vom 19. September 2007 - 3 StR 354/07, StV 2008, 9, 10) und ob das Landgericht dieses gegebenenfalls mit ausreichender Begründung bejaht hat. ..."[368]

Inhalt des Beweisantrages bei AuslandszeugInnen

Geht es um AuslandszeugInnen, bedarf einer besonderen Sorgfalt der Verteidigung:

" ... In allen Fällen bleibt nach dem Revisionsvortrag bereits zweifelhaft, ob der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung einen formgerechten Beweisantrag gestellt hat, der eine Bescheidung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO ermöglicht hat. Der von der Revision mitgeteilte Antrag bezeichnet - neben einer Beweisbehauptung - jeweils die Zeugen, deren Anhörung begehrt wird, mit Vor- und Nachnamen und benennt darüber hinaus Ortschaften und Städte sowie möglicherweise landestypische Zusätze. Ohne nähere Angaben dazu, ob es sich bei letzteren um Einrichtungen, Straßen, Stadtteile oder ähnliches handelt, stellt dies ohne konkrete aus dem Revisionsvortrag ersichtliche Erklärungen weder die regelmäßig erforderliche ladungsfähige Anschrift dar (vgl. BGHSt 40, 3, 7), noch werden so die benannten Zeugen als Beweismittel zureichend individualisiert (vgl. BGH aaO S. 5; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 11, 34, 46; Basdorf in Festschrift für Widmaier 2008 S. 51, 60 f.). ..."[369]

Zu unkonkret gehaltenen Beweisbehauptungen wie folgt:

368 BGH, Beschluss vom 08.06.2011 - 3 StR 49/11
369 BGH, Beschluss vom 15.10.2010 - 5 StR 119/10

" ... Nach dem Revisionsvorbringen stellte der Verteidiger am 23. Sitzungstag den **Antrag, den in der Schweiz wohnhaften Zeugen Z. zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, dass der Angeklagte N. in Zusammenhang mit der Tierkörperbeseitigungsanlage des Zweckverbands P. O. ab dem Jahr 2009 auch für die PI. im Geschäftsverkehr aufgetreten ist. Zur Begründung führte er aus, der Zeuge sei Revisor einer Firma, die für die PI. Dienstleistungen erbracht habe. In diesem Zusammenhang seien dem Zeugen die geschäftlichen Aktivitäten des Angeklagten N. für die PI. bekannt geworden** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Mit Beschluss vom 26. März 2013 lehnte das Landgericht die beantragte Beweiserhebung ab. Soweit mit dem Antrag bewiesen werden sollte, dass der Angeklagte N. im allgemeinen Geschäftsverkehr für die PI. aufgetreten sei, sei dies aus tatsächlichen Gründen bedeutungslos; soweit bewiesen werden sollte, dass der Angeklagte N. gegenüber der P. für die PI. aufgetreten sei, sei das Gegenteil bereits erwiesen. Dies gründete es auf die zeugenschaftlichen Angaben der diesbezüglich dargestellten P. -Verantwortlichen. Es zog in seine Bewertung mit ein, dass es schon fragwürdig sei, ob der Zeuge dies bestätigen würde, da bisher kein Anhaltspunkt zu Tage getreten sei, wonach er Geschäftskontakten zwischen der P. und PI. persönlich beigewohnt habe; jedenfalls wäre ein Einfluss einer derartigen Aussage auf die Überzeugungsbildung der Strafkammer ausgeschlossen.

Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein auf die Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteter Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist (§ 244 Abs. 2 StPO). Dabei ist das Gericht von dem Verbot der Beweisantizipation befreit und darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags, als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, NStZ 2014, 531 f.; BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 62; vgl. auch Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 356).

Diesen Anforderungen hat das Landgericht genügt. Der Ablehnungsbeschluss legt angesichts der jedenfalls unkonkret gehaltenen Beweisbehauptung (vgl. zu den Anforderungen an die Wahrnehmungssituation des Zeugen BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2010 - 1 StR 275/10, NJW 2011, 1299, 1300; BGH, Beschluss vom 24. März 2014 - 5 StR 2/14, NStZ 2014, 351, 353 f.) die maßgeblichen Erwägungen so umfassend dar, dass der Angeklagte seine Verteidigung darauf einstellen konnte; hierdurch kann auch überprüft werden, dass die Antragsablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalles erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht (vgl. BGH, Beschluss vom 29. April 2010 - 1 StR 644/09, wistra 2010, 410, 411; Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 63; Becker aaO Rn. 359). Es lag keine besondere Beweissituation vor, der durch die Anlegung eines strengeren Maßstabes an die Ablehnung des Beweisantrages Rechnung zu tragen gewesen wäre (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, NStZ 2014, 531 f.). Dies gilt auch nicht angesichts des von der Verteidigung herangezogenen Schreibens aus dem Jahr 2011, ausweislich dessen der Angeklagte im Schriftverkehr mit der P. für die PI. aufgetreten ist, da zu diesem Zeitpunkt die Ermittlungen wegen der Vorwürfe sowohl dem Angeklagten als auch den Verantwortli-

chen der P. bekannt waren. Einer Auseinandersetzung mit diesem Schreiben bedurfte es entgegen dem Vorbringen der Revision wegen des offensichtlichen zeitlichen Auseinanderfallens und dem fehlenden Bezug zum Zeugen Z. nicht.

Da das Landgericht zu der Überzeugung gelangt ist, dass eine Einvernahme des Zeugen für die Sachaufklärung nicht notwendig ist, war es - entgegen der Auffassung des Revisionsführers - nicht gehalten, Vernehmungsalternativen zu prüfen. Denn mit der Ablehnung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO entfällt die Pflicht, sich um den Zeugen weiter zu bemühen. Das Tatgericht hat auch nicht mehr zu prüfen, ob eine Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine Vernehmung im Ausland im Wege der Videokonferenz nach § 247a StPO ersetzt werden kann (BGH, Beschluss vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, NStZ 2014, 531 f.; BGH, Beschluss vom 5. September 2000 - 1 StR 325/00, NJW 2001, 695 f.). ..."[370]

Ablehnungsbeschluss und AuslandszeugInnen

Eine aktuelle Entscheidung über eine fehlerhafte Ablehnungsbegründung vorab:

" ... 1. Dem liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

a) Der Angeklagte bestritt in der Hauptverhandlung, sich an dem Angriff beteiligt zu haben. Er sei zwar am Tattag mit seinem Onkel F. und einem nicht identifizierten 'A.' - zu diesem verweigerte er nähere Angaben - nach Bielefeld gefahren. Gemeinsam hätten sie den Nebenkläger in einem Internet-Café aufgespürt. F. und 'A.', die beide mit einem Messer bewaffnet gewesen seien, hätten spontan den Entschluss gefasst, den Nebenkläger anzugreifen. In einem Telefonat habe sein Vater - der weitere Mitangeklagte S. - ihn ebenfalls zum Angriff aufgefordert. Er, der Angeklagte, habe dies jedoch gegenüber F. und 'A.' abgelehnt und sich vom späteren Tatort entfernt. Zahlreiche Augenzeugen bestätigten im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung einen durch zwei Personen ausgeführten Messerangriff, ohne allerdings den Angeklagten als einen der beiden Täter wiederzuerkennen.

b) Die Verteidigerin des Angeklagten **beantragte in der Hauptverhandlung, den mit einer Anschrift in der Türkei benannten F. 'unter Zusicherung freien Geleits' als Zeugen zu vernehmen. Der Antrag hatte unter anderem die Beweisbehauptung zum Gegenstand, der Angeklagte habe sich an der Tat nicht beteiligt** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Bereits zuvor hatte das Landgericht ein Rechtshilfeersuchen an die türkischen Polizeibehörden gestellt, um die Anschrift des F. in der Türkei zu ermitteln und um ihn befragen zu lassen, ob er 'zu einer Aussage bereit sei'. Auf dieses Ersuchen teilte die türkische Polizei die Anschrift des Zeugen sowie das Protokoll einer Vernehmung mit, demzufolge der Zeuge auf die Frage nach seiner Aussagebereitschaft erklärt habe, dass 'er in dieser Angelegenheit nicht als Zeuge antreten möchte'.

Das Landgericht lehnte nunmehr den Beweisantrag nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO ab, da die Vernehmung des im Ausland zu ladenden Zeugen 'durch die Aufklärungspflicht nicht geboten' sei. Bei der Abwägung könne berücksichtigt werden, ob der Zeuge voraussichtlich einer Ladung Folge leisten oder von einem ihm zustehenden Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen werde. Die ablehnende Erklärung des Zeugen gegenüber der türkischen Polizei sei 'eindeutig und umfassend'.

Einen weiteren, im Wesentlichen gleichlautenden Antrag der Verteidigerin lehnte

370 BGH, Beschluss vom 29.04.2015 - 1 StR 235/14

das Landgericht mit weitgehend gleicher Begründung ebenfalls ab. Die Erklärung des Zeugen enthalte keinerlei Einschränkungen oder Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge lediglich nicht ohne freies Geleit zu einer Zeugenvernehmung in der Bundesrepublik erscheinen wolle.

2. Die nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zulässig ausgeführte Verfahrensrüge ist begründet. Das Landgericht hat die Beweisanträge mit rechtsfehlerhafter Begründung abgelehnt.

a) Bei der Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, ist das Gericht von dem Verbot der Beweisantizipation befreit und darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags, als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18; Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13; Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 62; einschränkend Frister in SK-StPO, 5. Aufl., § 244 Rn. 240). In dem hierfür erforderlichen Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO) müssen die maßgeblichen Erwägungen so umfassend dargelegt werden, dass es dem Antragsteller möglich wird, seine Verteidigung auf die neue Verfahrenslage einzustellen und das Revisionsgericht überprüfen kann, ob die Antragsablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalles erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18; Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13; Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 63; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359).

Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles beurteilt werden. Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann. Dagegen wird die Vernehmung des Auslandszeugen umso eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel hinsichtlich des Werts der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen; dies gilt insbesondere dann, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18; Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13; Beschluss vom 26. Oktober 2006 - 3 StR 374/06; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 357).

Die Möglichkeit, nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen abzulehnen, erfasst nicht nur Fälle der voraussichtlichen Unergiebigkeit der Zeugenaussage oder der Unerreichbarkeit des Zeugen, sondern - als Unterfall der Unerreichbarkeit - grundsätzlich auch solche Fallgestaltungen, in denen der Aufenthalt eines Zeugen zwar bekannt, aber damit zu rechnen ist, dass er entweder einer Ladung nicht folgen oder im Falle seines Erscheinens keine Angaben zur Sache machen werde. Dies gilt insbesondere für Zeugen, die der Beteiligung an der Tat verdächtig sind und denen deswegen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach §

55 StPO zusteht (BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 401/13; Beschluss vom 25. April 2002 - 3 StR 506/01; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 357).

b) Diesen Maßstäben entsprechen die Ablehnungsbeschlüsse schon deshalb nicht, weil sie bereits im Ausgangspunkt die erforderliche Gesamtwürdigung vermissen lassen, ob die Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO die beantragte Vernehmung des Zeugen gebot. Das Landgericht hat seine Prüfung ausschließlich auf einen einzigen Gesichtspunkt, nämlich die mutmaßliche Aussagebereitschaft des Zeugen bezogen. Dadurch hat es sich den Blick für die Frage verstellt, welches Gewicht seiner Aussage in der Beweiswürdigung gegebenenfalls zuzumessen wäre und welche Anstrengungen demnach zu unternehmen waren, um seine Vernehmung herbeizuführen. Für ein erhebliches Gewicht der Aussage sprach, dass der Angeklagte die Tatbeteiligung bestritt und unmittelbare Tatzeugen ihn nicht als Täter identifizieren konnten. Der Beweis seiner Täterschaft stützte sich allein auf - allerdings ihrerseits gewichtige - Indizien, namentlich auf seine Anwesenheit in Bielefeld zur Tatzeit, das von der Polizei aufgezeichnete Telefonat mit seinem Vater und das Motiv der Rache für die Ermordung seines Bruders. Damit konnte die Aussage des F. als eines mutmaßlichen, am Tatort handelnden Mittäters für eine Belastung oder Entlastung des Angeklagten von zentraler Bedeutung sein, da sie möglicherweise geeignet war, seine Täterschaft zu beweisen oder die für seine Täterschaft sprechenden Indizien zu entkräften, etwa die Existenz oder die Anwesenheit des unbekannt gebliebenen 'A.' am Tatort.

Soweit das Landgericht die Ablehnung der Vernehmung allein damit begründet hat, der Zeuge habe bei der türkischen Polizei angegeben, er wolle 'in dieser Angelegenheit nicht als Zeuge antreten', ist dies auch für sich genommen ermessensfehlerhaft, da das Landgericht aus der Erklärung des Zeugen zu weit gehende Schlussfolgerungen gezogen hat und damit bei seiner Entscheidung von einer falschen Voraussetzung ausgegangen ist. Es hat zu Unrecht angenommen, der Zeuge sei unter keinen Umständen bereit, vernommen zu werden, und damit unerreichbar. Denn der herangezogenen Erklärung des Zeugen gegenüber der türkischen Polizei im Rahmen des Rechtshilfeersuchens ließ sich ein derart weitreichender Bedeutungsgehalt nicht entnehmen. Der Zeuge war auf Ersuchen des Landgerichts lediglich pauschal nach seiner Aussagebereitschaft gefragt worden, ohne über die rechtlichen Bedingungen einer Zeugenaussage aufgeklärt worden zu sein. Insbesondere war er weder über die Möglichkeit freien Geleits gemäß Art. 12 Abs. 1 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens (EuRHÜbk) unterrichtet worden, noch über Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechte. Angesichts der an ihn gerichteten unspezifischen Frage nach der Bereitschaft, als Zeuge auszusagen, ließ die Antwort offen, ob der Zeuge sich als mutmaßlicher Mittäter auf ein uskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO oder mit Blick auf seine Verwandtschaft zum Angeklagten und zum Mitangeklagten S. auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO berufen wollte, oder ob er - nicht fernliegend - zu einer Zeugenaussage in Deutschland deshalb nicht bereit war, weil er in Unkenntnis des Rechtsinstituts des freien Geleits damit rechnete, bei der Einreise verhaftet zu werden. ..."[371]

Dazu Grundsätzliches und Bekanntes. Der Beschluss muss die für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihrem wesentlichen Kern nachvollziehbar darlegen. Die Verteidigung darf nicht völlig im Ungewissen gelassen werden:

„ … a) **Die Verteidigung hatte die Vernehmung des in der Türkei befindlichen Neffen des Angeklagten zum Beweis dafür beantragt, dass es bei den Telefonaten mit dem**

371 BGH, Beschluss vom 16.02.2022 - 4 StR 392/20; siehe Ventzke, Zur Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen, NStZ 2022, 636 ff

Angeklagten entsprechend seiner Einlassung tatsächlich um einen Freundschaftsdienst im Zusammenhang mit dem Schmuggel von Antiquitäten gegangen sei (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Antrag hat die Strafkammer gestützt auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO ohne weitere Begründung mit der Erwägung abgelehnt, auch bei Erwiesenheit der unter Beweis gestellten Tatsache sei kein direkter Schluss darauf möglich, ob der Angeklagte die Tat begangen habe oder nicht.

Mit zwei weiteren Anträgen hatte die Verteidigung die Vernehmung von zwei Zeugen aus der Türkei zum Beweis dafür begehrt, dass Gesprächsinhalt verschiedener Telefonate mit dem Angeklagten der heimliche Transport eines nahen Verwandten aus der Türkei nach Griechenland gewesen sei; die Telefongespräche hätten somit nicht die angeklagte Tat betroffen (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diese Anträge hat das Tatgericht ebenfalls nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abgelehnt und ausgeführt, die unter Beweis gestellten Tatsachen ließen nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüsse zu. Ein zwingender Schluss ließe sich auch dann nicht ziehen, wenn die Gesprächspartner tatsächlich davon ausgegangen wären, dass die Telefongespräche den unter Beweis gestellten Inhalt hatten, da auch in diesem Fall die Möglichkeit bestanden habe, dass sie unzutreffend informiert worden seien.

b) Diese Begründungen tragen die Zurückweisung der Beweisanträge nicht.

aa) Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn dessen Anhörung nach pflichtgemäßer Beurteilung des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Ob die Ladung und Vernehmung eines Auslandszeugen geboten ist, richtet sich somit nach der Aufklärungspflicht des Gerichts im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO. Bei deren Prüfung hat der Tatrichter namentlich die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses zu würdigen. In diesem Rahmen ist er von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit. Daher darf er prognostisch berücksichtigen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu würdigen wären. Kommt er dabei unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse mit rechtsfehlerfreier Begründung zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder dass ein Einfluss der Aussage auf seine - des Tatrichters - Überzeugungsbildung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist die Ablehnung des Beweisantrags in aller Regel nicht zu beanstanden (st. Rspr.; s. nur BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 13; BGH NJW 2005, 2322, 2323 m. w. N.).

bb) Eine dementsprechende Ablehnung eines solchen Beweisantrags bedarf eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 StPO), der zu begründen ist. Diese Begründung hat die Funktion, den Antragsteller davon zu unterrichten, wie das Gericht den Antrag bewertet, damit er in der Lage ist, sich in seiner Verteidigung auf die Verfahrenslage einzustellen, die durch die Ablehnung entstanden ist. Zugleich soll durch die Gründe des Ablehnungsbeschlusses dem Revisionsgericht die rechtliche Überprüfung der tatrichterlichen Entscheidung ermöglicht werden. Hieraus folgt, dass das Tatgericht in seinem Beschluss die für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihrem wesentlichen Kern nachvollziehbar darlegen muss (BGHSt 40, 60, 63).

Diesen Anforderungen werden die genannten Beschlüsse nicht gerecht. Sie enthalten noch nicht einmal im Ansatz eine antizipierende Würdigung des zu erwartenden Beweisergebnisses vor dem Hintergrund der bis dahin erhobenen Beweise. Damit ließen sie zum einen den Antragsteller über die Einschätzung der Strafkammer über die Beweissituation und die insoweit bestehende Verfahrenssituation völlig im Ungewissen. Zum anderen ist dem Senat die rechtliche Nachprüfung dahin verwehrt, ob das Landgericht die Voraussetzungen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO rechtsfehlerfrei angenommen hat. Auf diese Rechtsprüfung ist der Senat beschränkt; er kann insbesondere die notwendige vorweggenommene Beweiswürdigung des Tatgerichts nicht durch eine eigene Bewertung ersetzen (BGH NJW 2005, 2322, 2323).

c) Es bedarf keiner näheren Betrachtung, ob die Ausführungen des Landgerichts dahin zu verstehen sein könnten, es habe trotz seines ausdrücklichen Hinweises auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO in der Sache die Beweisanträge nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO als aus tatsächlichen Gründen ohne Bedeutung ablehnen wollen; denn die Beschlüsse genügen auch insoweit den an ihre Begründung zu stellenden Anforderungen nicht (s. hierzu Fischer in KK 6. Aufl. § 244 Rdn. 145 m. w. N.). ..."[372]

Die Verteidigung muss sich auf die Ablehnungsgründe einstellen können. Die Grenzen „zulässiger antizipatorischer Beurteilung" dürfen nicht überschritten werden:

" ... aa) Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein auf die Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteter Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist (§ 244 Abs. 2 StPO). Dabei ist das Gericht von dem Verbot der Beweisantizipation befreit und darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags, als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2010 - 3 StR 401/10, NStZ-RR 2011, 116, 117; Beschluss vom 26. Oktober 2006 - 3 StR 374/06, NStZ 2007, 349, 350; Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 62; weitere Nachweise bei Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 356). In dem hierfür erforderlichen Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) müssen die maßgeblichen Erwägungen so umfassend dargelegt werden, dass es dem Antragsteller möglich wird, seine Verteidigung auf die neue Verfahrenslage einzustellen und das Revisionsgericht überprüfen kann, ob die Antragsablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalles erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht (vgl. BGH, Beschluss vom 29. April 2010 - 1 StR 644/09, wistra 2010, 410, 411; Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 63; Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 359).

bb) Diesen Anforderungen wird der angegriffene Ablehnungsbeschluss gerecht.

(1) Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles beurteilt werden. Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem

372 BGH, Beschluss vom 19.01.2010 - 3 StR 451/09, siehe auch oben BGH, Beschluss vom 21.12.2010 - 3 StR 401/10

durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann. Dagegen wird die Vernehmung des Auslandszeugen umso eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel hinsichtlich des Werts der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen; dies gilt insbesondere dann, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2006 - 3 StR 374/06, NStZ 2007, 349, 351; Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 357 mwN).

(2) Daran gemessen hat das Landgericht hier die Grenzen zulässiger antizipatorischer Beurteilung nicht überschritten.

Das Landgericht, das ersichtlich davon ausgegangen ist, dass die Zeugin B. die in ihr Wissen gestellte Beweisbehauptung bestätigen werde, hat in den Beschlussgründen die von ihm bisher erhobenen Beweise im Einzelnen dargestellt, deren Aussagekraft ausführlich erörtert und auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung verdeutlicht, warum seine Überzeugung von der Anwesenheit des Angeklagten am Tatort soweit gesichert ist, dass sie durch eine gegenteilige - auf einen Alibibeweis abzielende - Zeugenaussage nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt werden kann. Dabei hat es nicht nur auf die Aussage des Nebenklägers abgestellt, sondern weitere Indizien von Gewicht (aufgezeichnetes Gespräch des Angeklagten mit dem Zeugen S. , spontane Angaben des Nebenklägers gegenüber der Polizei am Tatort, Verwendung des Pkw des Angeklagten zur Tatbegehung) herangezogen. Die dazu angestellten Erwägungen sind tragfähig und nachvollziehbar. Zwingend brauchen sie nicht zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 - 3 StR 269/04, NStZ 2005, 701 Rn. 12).

Eine besondere Beweissituation, der durch die Anlegung eines strengeren Maßstabes an die Ablehnung des Beweisantrages Rechnung zu tragen gewesen wäre, lag nicht vor. Der den Angeklagten durch seine Angaben belastende Nebenkläger stand in der Hauptverhandlung für eine konfrontative Befragung (Art. 6 Abs. 3d MRK) zur Verfügung (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 401/13, NStZ 2014, 51). Weder die verfahrensgegenständliche Tat noch die Beweisführung weisen einen die Verteidigung erschwerenden besonderen Auslandsbezug auf (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11 Rn. 37). Schließlich ist auch nicht von einer typischen Aussage-gegen-Aussage-Konstellation auszugehen, bei der ein seine Schuld im Kern bestreitender Angeklagter allein durch die Aussage eines einzelnen Zeugen belastet wird und objektive Beweisumstände fehlen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24. April 2003 - 3 StR 181/02, NStZ 2003, 498, 499; Beschluss vom 18. Juni 1997 - 2 StR 140/97, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 14; Beschluss vom 22. April 1987 - 3 StR 141/87, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 1).

(3) Soweit das Landgericht in seinem Ablehnungsbeschluss berücksichtigt hat, dass der Beweisantrag zu einem späten Zeitpunkt ('erst jetzt benannte Auslandszeugin') gestellt worden ist, macht dies seine Entscheidung nicht rechtsfehlerhaft. Zwar hatte sich der Angeklagte - wie sich aus den auf die Sachrüge hin zu beachtenden Urteilsgründen ergibt - bis zur Antragstellung noch nicht zum Tatvorwurf geäußert, sodass aus dem Umstand, dass die dem Beweisbegehren zugrunde liegende Alibibehauptung nicht früher aufgestellt worden ist, keine Schlüsse zu seinem Nachteil gezogen werden durften (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juli 2009 - 3 StR 80/09, NStZ 2009, 705; Beschluss vom 23. Oktober 2001 - 1 StR 415/01, NStZ 2002, 161, 162; Urteil vom 25. April 1989 - 1 StR 97/89, BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 10; KK-StPO/Krehl, 7. Aufl., § 244 Rn. 213; Rose, NStZ 2012, 18, 24), doch vermag der Senat auszuschließen, dass es sich bei dieser Erwägung um einen die Ablehnungsentscheidung tragenden Gedanken handelt.

(4) Da das Landgericht zu der Überzeugung gelangt ist, dass eine Einvernahme der Zeugin für die Sachaufklärung nicht notwendig ist, war es - entgegen der Auffassung des Revisionsführers - nicht gehalten, eine Ladung der Zeugin zu versuchen oder Vernehmungsalternativen zu prüfen. Denn mit der Ablehnung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO entfällt die Pflicht, sich um den Zeugen weiter zu bemühen. Der Tatrichter hat auch nicht mehr zu prüfen, ob eine Vernehmung im Wege der Rechtshilfe möglich ist. Es entfällt auch die Entscheidung, ob im Rahmen des erweiterten Erreichbarkeitsbegriffs (vgl. Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 259 mwN) eine Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine Vernehmung im Ausland im Wege der Videokonferenz nach § 247a StPO ersetzt werden kann (BGH, Beschluss vom 5. September 2000 - 1 StR 325/00, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 9; Beschluss vom 21. August 2007 - 3 StR 238/07, NStZ 2009, 168, 169). ..."[373]

Die Erwägungen, mit denen ein Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden, müssen im Ablehnungsbeschluss in ihrem tatsächlichen Kern dargelegt werden:

" ... Diesen Antrag hat die Strafkammer ebenfalls unter Berufung auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO durch einen im Hauptverhandlungstermin vom 27. Mai 1993 verkündeten Beschluß abgelehnt und zur Begründung folgendes ausgeführt:

'Selbst wenn die benannte Zeugin (gemeint ist damit die Zeugin R.) die im Beweisantrag angegebene Tatsache bekunden sollte, so steht diese insofern im Gegensatz zu der Aussage des Zeugen Mat. K., der bekundete, am 22.3.1988 den Angeklagten auf der Straße zwischen Wildflecken und Langenleiten getroffen zu haben. Im übrigen setzt die Inrechnungstellung eines angemieteten Hotelzimmers nicht voraus, daß dieses auch vom Angeklagten tatsächlich benutzt wurde, selbst wenn es auf seinen Namen reserviert war.'

2. Dieses Vorgehen beanstandet die Revision mit Erfolg.

a) Der durch Artikel 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 (BGBl I 50, 51) neu geschaffene § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO bestimmt, daß Beweisanträge, die auf die Vernehmung von Zeugen gerichtet sind, deren Ladung im Ausland zu bewirken ist, nach den gleichen Grundsätzen zu bescheiden sind wie Beweisanträge auf Einnahme eines Augenscheins.

Unabhängig davon, ob im Einzelfall die Ladung des Zeugen mit Schwierigkeiten verbunden ist, und unabhängig davon, ob und in welchem Umfang mit der Ladung des Zeugen eine Belastung des internationalen Rechtshilfeverkehrs in Strafsachen verbunden ist (zu diesem im Gesetzgebungsverfahren hervorgehobenen Umstand vgl. BR-Drucks. 314/91 S. 103), ist angesichts dieser gesetzlichen Regelung allein entscheidend, ob die Beweiserhebung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Maßgebendes Kriterium ist daher, ob die Erhebung des beantragten Beweises ein Gebot der Aufklärungspflicht ist (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 41. Aufl. § 244 Rdn. 43f, 78; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 740 jew. m.w.Nachw.). Daraus folgt, daß das Gericht, anders als bei der Bescheidung sonstiger Beweisanträge gemäß § 244 Abs. 3 StPO, hier vom Verbot der Beweisantizipation befreit ist. Es darf also seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt das Gericht dabei unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung

373 BGH, Urteil vom 13.03.2014 - 4 StR 445/13

des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, daß der benannte Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können, oder daß ein Einfluß auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden.

b) Eine dementsprechende Ablehnung eines solchen Beweisantrags bedarf jedoch eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 StPO), der die für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihrem tatsächlichen Kern verdeutlichen muß (vgl. Herdegen in KK 3. Aufl. § 244 Rdn. 85). Die Begründung des Ablehnungsbeschlusses hat die Funktion, den Antragsteller davon zu unterrichten, wie das Gericht den Antrag sieht, damit er in der Lage ist, sich in seiner Verteidigung auf die Verfahrenslage einzustellen, die durch die Antragsablehnung entstanden ist. Zugleich soll durch die Gründe des Ablehnungsbeschlusses auch dem Revisionsgericht die rechtliche Überprüfung des Beschlusses ermöglicht werden (st. Rspr., vgl. die Nachw. bei Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 244 Rdn. 41a).

c) Diesen Anforderungen werden die genannten Beschlüsse nicht gerecht.

(1) Davon, daß die in den Anträgen benannten Zeuginnen die in ihr Wissen gestellten Tatsachen nicht würden bestätigen können, geht die Strafkammer ersichtlich nicht aus.

(2) Die Feststellung, daß den Beweisbehauptungen entsprechende Aussagen gewürdigt werden müßten, verdeutlicht nicht, warum diese Würdigung mit Sicherheit ergeben würde, daß diesen Aussagen nicht zu folgen wäre. Konkrete Gründe dafür, daß derartige Aussagen auf keinen Fall die Aussage des Zeugen K. entkräften könnten, ergeben sich aus den Beschlüssen nicht.

In diesem Zusammenhang ist auch die vorgelegte Rechnung zu berücksichtigen. Es mag dahinstehen, ob der bloße Hinweis darauf, daß die Inrechnungstellung eines angemieteten Hotelzimmers nicht dessen tatsächliche Benutzung belege, auch ohne konkretisierende Ausführungen eine hinlängliche Stütze für eine solche Annahme wäre. Jedenfalls macht dieser Hinweis aber nicht deutlich, warum eine Aussage falsch wäre, die bestätigt, daß das Zimmer von demjenigen benutzt worden ist, auf den die Rechnung ausgestellt ist.

(3) Besonderheiten, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO), sind nicht erkennbar. Es ist nicht ersichtlich, daß etwa zwischen dem Angeklagten und den Zeuginnen derartige Beziehungen bestanden hätten, die den Wert entlastender Aussagen von ihnen von vornherein erheblich mindern würden, oder daß etwa die Richtigkeit der Aussage des Zeugen K. von weiteren Erkenntnissen bestätigt würde, die zu bedeutsam wären, als daß eine hierauf gestützte Überzeugung von gegenteiligen Zeugenaussagen noch ernsthaft in Frage gestellt werden könnte.

c) Der aufgezeigte Mangel führt nicht nur zur Aufhebung der Feststellungen im Fall II 1 f der Urteilsgründe, sondern auch zur Aufhebung der Feststellungen im Falle II 1 e. Auch diese Feststellungen sind in ihrem wesentlichen Teil nur auf die Aussage des Zeugen K. gestützt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Strafkammer auch in diesem Fall seine Glaubwürdigkeit anders beurteilt hätte, wenn sie seine Aussagen im Fall II 1

f als widerlegt angesehen hätte. ..."[374]

Zu notwendigen Konkretisierung ergänzend:

" ... Neben anderweitigen, im Einzelnen von der Strafkammer geschilderten Maßnahmen zur Verdeckung seiner geschäftlichen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Speichermedien ging der Angeklagte nach den Feststellungen der Strafkammer ab Herbst 2007 auch dazu über, die Bezugsquelle seiner Waren zu verschleiern. Er kaufte die Speichermedien bei der Großhandelsfirma nicht mehr unter seinem Namen ein, sondern unter dem Namen der Firma II V., K. (Litauen) mit deren Kundennummer, wobei er sich als der inländische Vertreter dieser Firma ausgab. Dadurch bezweckte der Angeklagte, die Artikel um 19 % billiger - weil umsatzsteuerbefreit - zu erhalten.

a) In diesem Zusammenhang stellte der Angeklagte unter Beifügung einer Reihe von im November 2007 und später im Detail ausgefüllter CMR-Frachtbriefe den Antrag, 'den Sachbearbeiter des Kreisfinanzamtes K., zuständig für die Firma II V. … als Zeugen zu vernehmen.' Er werde bekunden, dass die aus den Frachtbriefen ersichtlichen Waren von der genannten Firma ordnungsgemäß gemeldet und versteuert wurden. In der Begründung des Antrags ist ausgeführt, der Angeklagte habe die bei der Großhandelsfirma bestellten Waren lediglich als 'Durchgangsposten" angenommen und sodann einem Spediteur der litauischen Firma weitergegeben. Die Ware sei dann tatsächlich in Litauen eingeführt, angemeldet und versteuert worden. Eine Umsatzsteuerpflicht bestehe in Deutschland insoweit nicht (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Die Strafkammer hat den Antrag durch einen auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützten Beschluss zurückgewiesen.

b) Der Generalbundesanwalt hat geltend gemacht, auf die Einzelheiten der Begründung des Beschlusses der Strafkammer und des hiergegen gerichteten Vorbringens der Revision komme es nicht an. Es liege nämlich überhaupt kein Beweisantrag vor, da der genannte Zeuge nicht genügend individualisiert sei. Aus dem Kreis sämtlicher im fraglichen Zeitraum bei dem litauischen Finanzamt tätigen Sachbearbeiter müsse erst derjenige herausgefunden werden, der die behaupteten steuerlichen Vorgänge bearbeitet hat. Daher liege ein Beweisermittlungsantrag vor, über den nur nach Maßgabe der Aufklärungspflicht zu befinden sei. Diese sei, wie er näher darlegt, hier nicht verletzt.

c) Es trifft zu, dass die Zurückweisung eines Beweisermittlungsantrags nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Revision nur dann begründet, wenn dadurch die Aufklärungspflicht verletzt wurde. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das Gericht den Antrag (zu Unrecht) für einen Beweisantrag hielt und ihn nach den hierfür geltenden Regeln beschieden hat (BGH StV 1996, 581; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 23 jew. m.w.N.). Hier hat jedoch die Strafkammer rechtsfehlerfrei den in Rede stehenden Antrag als Beweisantrag angesehen.

Grundsätzlich sind bei einem auf die Vernehmung eines Zeugen gerichteten Beweisantrag Name und (hier unproblematisch) Anschrift des Zeugen zu nennen. Dies ist aber nicht in jedem Fall zwingend erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn die zu vernehmende Person derart individualisiert ist, dass eine Verwechslung mit anderen nicht in Betracht kommt. Die Nennung eines Namens ist in diesem Zusammenhang dann entbehrlich, wenn der Zeuge unter Berücksichtigung des Beweisthemas über seine Tätigkeit insbesondere in einer Behörde zu individualisieren ist (vgl. BGH VRS 25,

374 BGH, Urteil vom 18.01.1994 - 1 StR 745/93

426, 427; BayObLG b. Rüth DAR 1980, 269; OLG Köln NStZ-RR 2007, 150; einschränkend <obiter dictum> BGHSt 40, 3, 7; vgl. auch Becker in Löwe/Rosenberg, StPO 26. Aufl. § 244 Rdn. 105; Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 244 Rdn. 21 jew. m.w.N.). Hier ist der Sachbearbeiter eines bestimmten Finanzamts für im Detail gekennzeichnete steuerrechtlich erhebliche Vorgänge im Geschäftsbetrieb einer bestimmten Firma als Zeuge benannt. Die Strafkammer hat durch die Behandlung dieses Antrags als Beweisantrag der Sache nach zum Ausdruck gebracht, den Anforderungen an die Kennzeichnung des Beweismittels in einem Beweisantrag sei hier Genüge getan. Dies ist jedenfalls vertretbar und daher vom Revisionsgericht hinzunehmen.

d) Die Strafkammer hat die auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützte Ablehnung des Beweisantrags damit begründet, dass 'die Vernehmung des Zeugen nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts nicht erforderlich erscheint. Die Kammer unterstellt als wahr, dass ein Mitarbeiter des Finanzamtes K. die im Beweisantrag … genannten Angaben machen würde.'

Weitere Ausführungen enthält der Beschluss nicht. In den Urteilsgründen ist dann im Einzelnen dargelegt, warum die Strafkammer davon ausgeht, dass tatsächlich keine Lieferungen nach Litauen erfolgt sind.

2. Zu Recht rügt die Revision die Begründung des Beschlusses.

Über die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts hinaus ergibt der genannte Beschluss, dass die Strafkammer offenbar erwartet, dass der Zeuge die in sein Wissen gestellten Behauptungen zwar bestätigen werde, diese Angaben jedoch wahrheitswidrig seien. Eine solche Prognose hinsichtlich des Inhalts der zu erwartenden Aussage und dessen Bewertung als unwahr kann Grundlage der Ablehnung eines Beweisantrags gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO sein (vgl. BGHSt 40, 60, 62). Der hierfür erforderliche Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) muss jedoch die für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihrem tatsächlichen Kern verdeutlichen. Die Begründung der Ablehnung eines Beweisantrages ist nicht nur gegebenenfalls Grundlage einer revisionsrechtlichen Überprüfung der Ablehnung, sondern sie hat auch die Funktion, den Antragsteller davon zu unterrichten, wie das Gericht den Antrag sieht, damit er sich in seiner Verteidigung auf die Verfahrenslage einstellen kann, die durch die Antragsablehnung entstanden ist (BGHSt 40, 60, 63 m.w.N.). Diesen Anforderungen wird der Beschluss der Strafkammer nicht gerecht, weil er nicht konkretisiert ist.

Allerdings ist in den Urteilsgründen näher dargelegt, warum nicht davon auszugehen ist, dass es die vom Angeklagten behaupteten Lieferungen nach Litauen gegeben hätte. Ohne dass dies hier im Detail nachzuzeichnen wäre, ergibt sich dies nach Auffassung der Strafkammer aus einer Gesamtschau von Versteigerungslisten, Kontoauszügen, Lieferadressen auf Rechnungen, fehlenden Hinweisen auf behördliche Bearbeitung auf den vorgelegten Frachtbriefen und näher ausgeführten steuerrechtlichen Überlegungen. Diese Ausführungen würden zwar für sich genommen rechtlicher Überprüfung standhalten. Der Aufgabe, dem Antragsteller zu ermöglichen, sein Prozessverhalten an die für die Ablehnung des Beweisantrags maßgeblichen Gründe anzupassen, werden jedoch solche Gründe nicht gerecht, von denen der Antragsteller erst durch das Urteil erfährt. Dementsprechend kann ein unzulänglich begründeter Beschluss zur Ablehnung eines Beweisantrags nicht anhand der Urteilsgründe ergänzt werden (st. Rspr.; vgl. zusammenfassend Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 244 Rdn. 42 m.w.N.). Anderes könnte im Ergebnis möglicherweise gelten, wenn den Urteilsgründen der Sache nach die Beweisbehauptungen zu Grunde gelegt wären. Hier ist die Strafkammer jedoch in den Urteilsgründen vom Gegenteil der Beweisbehauptungen ausgegangen. Sie hat lediglich - in dem Beschluss - als wahr unterstellt,

dass der Zeuge die in sein Wissen gestellten Behauptungen (wahrheitswidrig) bestätigen werde. ..."[375]

Der pauschale Hinweis auf Gesamtumstände ist unzureichend:

" ... Die Revision des Angeklagten J. A. hat ebenfalls mit einer Aufklärungsrüge Erfolg, mit der der Beschwerdeführer die Nichtvernehmung des Auslandszeugen Ja. A. Beanstandet.

1. **Der Angeklagte J. A. hat - wie der Beschwerdeführer K. A. - die Vernehmung des Auslandszeugen in einem Schriftsatz vom 6. Mai 2015 außerhalb der Hauptverhandlung beantragt und darin unter anderem unter Beweis gestellt, dass der Zeuge die Diebstahlstaten begangen habe und er daran nicht beteiligt gewesen sei. Außerdem seien ihm die bei ihm beschlagnahmten Gegenstände von Ja. A., der ihm gegenüber angegeben habe, er habe sie aus Einnahmen aus seinem Gebrauchtwagenhandel bezahlt, geschenkt worden** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat durch Beschluss vom 19. Mai 2015 die Ladung des Zeugen gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass eine Zuordnung des Diebesguts nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, soweit es sich nicht am Körper der Angeklagten befunden habe, ausschließlich aufgrund von am Tatort hinterlassenen Spuren denkbar sei, weswegen es nach pflichtgemäßem Ermessen einer Vernehmung des in Frankreich in Haft befindlichen Zeugen nicht bedürfe.

2. Als Aufklärungsrüge genügt die Verfahrensbeanstandung den Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

Dem Revisionsvorbringen ist nach dessen Sinn und Zweck (vgl. BGH, Beschluss vom 11. März 1993 - 4 StR 31/93 mwN) zu entnehmen, dass mit der Verfahrensrüge die Ablehnung der Vernehmung des Zeugen Ja. A. beanstandet und diese Beanstandung (auch) als Aufklärungsrüge geltend gemacht wird. Dabei schadet es - wie oben ausgeführt - auch nicht, dass aus der Revisionsbegründungsschrift nicht hervorgeht, ob der schriftliche Antrag in der Hauptverhandlung mündlich gestellt worden ist (vgl. oben II.2).

3. Die Rüge ist auch begründet.

a) Das Landgericht hat bei seiner ablehnenden Entscheidung zwar zutreffend als maßgebendes Kriterium angesehen, ob die Aufklärungspflicht die Erhebung der beantragten Beweise erfordere (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2010 - 3 StR 451/09 –, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 15 mwN). Bei deren Prüfung hat das Tatgericht namentlich die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses zu würdigen; es ist bei dieser Prüfung auch vom Verbot der Beweisantizipation befreit (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2006 - 3 StR 374/06, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 13; BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60). Die Strafkammer durfte daher den zu erwartenden Beweiswert der Aussage des Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses würdigen.

b) Allerdings hat die Strafkammer bei ihrer Abwägung den besonderen Umständen des vorliegenden Sachverhalts und der Beweislage nicht im notwendigen Maße

375 BGH, Beschluss vom 29.04.2010 - 1 StR 644/09

Rechnung getragen.

Das Landgericht hat bei seiner Entscheidung nicht ausreichend berücksichtigt, dass der Aussage des in Frankreich aufhältigen Zeugen eine herausgehobene Beweisbedeutung zukommt. Bei dem Zeugen Ja. A., der sich in seinem Schreiben an das Tatgericht als „schuldig für die Probleme“ bekannt hat (offenkundig im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Taten), handelt es sich möglicherweise um den einzigen zur Verfügung stehenden unmittelbaren Tat- und Entlastungszeugen hinsichtlich der Diebstahlstaten. Die Beweislage im Übrigen war auch nicht derart gesichert, dass die Strafkammer sich zum Versuch weiterer Aufklärung durch die zeugenschaftliche Einvernahme von Ja. A. nicht hätte gedrängt sehen müssen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR 274/09, BGHSt 55, 11, 23). So kamen hinsichtlich der Verurteilung wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls (Fälle 12 und 16, Ziff. II.1.a, b der Urteilsgründe) nach dem verlesenen kriminaltechnischen Gutachten zu den am Tatort von zwei Wohnungseinbruchsdiebstählen sichergestellten Schuhabdruckspuren, welches das wesentliche Indiz für die Täterschaft des Angeklagten J. A. darstellt (UA S. 31 f.), die Schuhe des Angeklagten aufgrund von Profilübereinstimmungen und der Gleichartigkeit der Größenverhältnisse als Spurenverursacher zwar in Betracht. Allerdings konnte die Strafkammer keine sichere Übereinstimmung der Schuhspur mit den Schuhen des Angeklagten feststellen, weil es hierfür an besonderen Merkmalen fehlte, die die Spur einzigartig oder sonst individuell unterscheidbar machten. Die Aufklärungspflicht hätte es deshalb geboten, den Zeugen Ja. A. hinsichtlich der im Zusammenhang mit den Diebstahlstaten unter Beweis gestellten Umständen zu vernehmen.

Dies gilt im Übrigen auch mit Blick auf die in das Wissen des Zeugen gestellten Behauptungen zu den Umständen der Übergabe des Diebesguts an den Angeklagten. Das Landgericht, das hierauf in seinem ablehnenden Beschluss nicht eingegangen ist, musste sich auch diesbezüglich zur Vernehmung des Ja. A. gedrängt sehen (vgl. oben II.3). ..."[376]

Urteilsgründe und Beruhensfrage

Zumindest die wesentlichen Gesichtspunkte müssen im ablehnenden Beschluss enthalten sein:

„ … Die Verfahrensrügen sind unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Ergänzend zu den Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift vom 11. August 1997 ist lediglich zu der auf eine Verletzung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO gestützten Rüge (Beweisantrag auf Vernehmung des in Bangkok wohnenden Zeugen M.) zu bemerken, daß die Begründung des Landgerichts, 'unter Berücksichtigung des bisherigen Beweisergebnisses (sei) die Vernehmung des Ekachai M. nach pflichtgemäßem Ermessen nicht erforderlich (§ 244 Abs. 5 StPO)', den rechtlichen Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines im Ausland zu ladenden Zeugen nicht genügt. In dem ablehnenden Gerichtsbeschluß hätten vielmehr die für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihrem tatsächlichen Kern konkret mitgeteilt werden müssen (vgl. BGHSt 40, 60, 63). Auf diesem Rechtsfehler beruht jedoch, wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat, das Urteil nicht. ...“[377]

Zum Nichtberuhen des Urteils auf einer fehlerhaften Ablehnung eines Beweisantrags:

376 BGH, Urteil vom 21.07.2016 - 2 StR 383/15
377 BGH, Beschluss vom 02.10.1997 - 4 StR 410/97

" ... Die Feststellung, daß es sich bei dem Heroinlieferanten 'E. H.' um den Angeklagten handelte, ergibt sich wesentlich aus den - den Angeklagten belastenden - Ermittlungen hinsichtlich des bei den Rauschgiftgeschäften benutzten Telefonanschlusses (UA S. 7), aus der Tätigkeit des Angeklagten als Konzessionsträger und Geschäftsführer des Coffee-Shop 'Ki.', der nach den Erkenntnissen der niederländischen Polizei als Mittelpunkt von Geschäften mit harten Drogen galt (UA S. 8), aus den Angaben der Zeugen K. und Ö. sowie den polizeilichen Vernehmungen des Zeugen A. Die Beweislage war danach eindeutig. Aus der Sicht des Tatgerichts bestand kein Anlaß, A. zu hören. Auf Grund der früheren, ordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführten Bekundungen dieses Zeugen war auszuschließen, daß durch seine Vernehmung eine weitere Sachaufklärung erfolgen könnte. Gemessen an der Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO) kam eine persönliche Vernehmung des Zeugen somit nicht ernsthaft in Betracht. Sie hätte deshalb, da der Zeuge sich im Ausland aufhielt, nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abgelehnt werden können. Der Senat ist überzeugt, daß dies im Hinblick auf die gebotene Beschleunigung des Verfahrens so gehandhabt worden wäre, wenn das Tatgericht die rechtlichen Bedenken gegen die Begründung seiner Ablehnungsbeschlüsse erkannt hätte. Ein Beruhen des Urteils auf der fehlerhaften Ablehnung kann deshalb hier ausgeschlossen werden.

Dem steht nicht entgegen, daß bei der fehlerhaften Verbescheidung eines Beweisantrages sich regelmäßig ein Beruhen nicht deshalb verneinen läßt, weil ein anderer als der vom Tatrichter angenommene Ablehnungsgrund vorliegt (Schlüchter in SK-StPO Rdn. 191; Herdegen in KK 3. Aufl. Rdn. 61; Gollwitzer in Löwe - Rosenberg 24. Aufl. Rdn. 351 jeweils zu § 244; Alsberg/Nüse/Meyer, der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. StR 908). Die Bescheidung soll den Antragsteller vom Standpunkt des Gerichts zu der Beweisbehauptung unterrichten und ihm Gelegenheit geben, sich auf die dadurch entstandene Prozeßlage einzustellen. Die erforderliche Bewertung aller im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände (vgl. so für den Fall der Verletzung von § 245 StPO: BGHR StPO § 245 Abs. 1 Beruhen 1) kann indessen zu dem Ergebnis führen, daß auch bei richtiger Entscheidung über den Beweisantrag von Seiten des Angeklagten keine anderen sachdienlichen Anträge mehr hätten gestellt werden können (vgl. dazu BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 1 mit Anmerkung Müller in StV 1994, 636, 637; Schlüchter a.a.O. m.w.N.). So liegt der Fall hier. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Revision auch nicht behauptet, daß der Zeuge A. bei zutreffender Belehrung zur Hauptverhandlung erschienen wäre oder von Seiten des Angeklagten und der Verteidigung Tatsachen vorgebracht worden wären, die zu einer Vernehmung des Zeugen im Wege der Rechtshilfe gedrängt hätten oder daß andere neue Beweismittel hätten benannt werden können. ..."[378]

Beschlussgründe und Urteilsgründe (Beweiswürdigung) dürfen sich wegen der Bindungswirkung nicht widersprechen:

" **... Die Verteidigung hat den Beweisantrag gestellt, einen bestimmten Angestellten eines bestimmten in Panama ansässigen Reisebüros als Zeugen zu hören. Der Zeuge werde bekunden, daß nicht der Angeklagte in diesem Reisebüro die Flugtickets erwarb und bezahlte, daß vielmehr der Zeuge R. und ein Herr M. die Flugtickets auf den Namen M. ausstellen ließen und bezahlten** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Beweisantrag hat die Strafkammer nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO abgelehnt. Dabei hat sie die Begründung auf zweierlei Gesichtspunkte gestützt.

1. Die Strafkammer hat zunächst ausgeführt: 'Es sind keine Anhaltspunkte dafür er-

378 BGH, Urteil vom 05.02.1997 - 2 StR 551/96

kennbar, warum der Zeuge entgegen den bisherigen durch den Zeugen A. bekundeten Ermittlungen bekunden sollte, nicht der Angeklagte ..., den er auf einem Lichtbild identifiziert hat, und eine andere männliche Person, sondern der Zeuge R. und ein M. hätten die Flugkarten ... bestellt und bezahlt. Der Zeuge hat nach den Bekundungen des Zeugen A. bisher noch nicht einmal bekundet, daß der Begleiter des Angeklagten ein M. gewesen sei, sondern das nur vermutet, da die Rechnung auf dessen Namen ausgestellt gewesen ist.'

Damit hat die Strafkammer das Verfahrensrecht nicht verletzt. Sie hatte über den Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken gewesen wäre, gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nur nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu entscheiden. Dabei war es ihr erlaubt und aufgegeben, das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme zugrundezulegen. Das sonst im Beweisantragsrecht weitgehend herrschende Verbot einer Beweisantizipation gilt im Rahmen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nicht (BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 2 und .3). Selbst das Freibeweisverfahren steht zur Klärung der Voraussetzungen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zur Verfügung (BGHR aaO Auslandszeuge 5).

2. Indes hat die Strafkammer in ihrem genannten Beschluß zusätzlich folgendes ausgeführt: 'Für die Bewertung des Transportes des Rauschgiftes nach Berlin ist es auch nicht erheblich, wer die Flugtickets bestellt und bezahlt hat, da erwiesen ist, daß der Angeklagte, der Zeuge R. und das Rauschgift zusammen nach Berlin gelangt sind.'

Dies steht in Widerspruch zur Beweiswürdigung. Dort stellt die Strafkammer zur Begründung ihrer Überzeugung von der Tat des Angeklagten und seiner Stellung als Mittäter tragend auch darauf ab, daß der Angeklagte 'in Panama City die Flugtickets für beide gemeinsam' (also für sich und den Zeugen R.) 'besorgt hat' (U.A. S. 9).

Ist dem Tatrichter bei der Entscheidung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO der oben unter 1. genannte weite Entscheidungsspielraum überlassen, so ist er doch in der Weise gebunden, daß er sich zu den Gründen seiner Beschlußentscheidung - wie in vergleichbaren Fällen (zur Bewertung als bedeutungslos: BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 22 und BGH StV 1996, 648; als erwiesen: BGH StV 1993, 234; zur Wahrunterstellung: BGHSt 40, 169, 185) - im Urteil nicht in Widerspruch setzen darf. So aber ist es hier geschehen. ..."[379]

Ausgangsdokument - § 244 V 3 StPO

Zu dieser Bestimmung, eingefügt durch das Gesetz vom 05.07.2017, gibt es scheinbar noch keine Rechtsprechung. Auf die noch verhaltenen Kommentierungen wird verwiesen.[380] Es geht um etwaige Zweifel an der inhaltlichen Übereinstimmung von übertragenden Dokumenten mit dem Ausgangsdokumenten (Originalurkunden).

Verschleppungsabsicht - § 244 VI 2 StPO

Die sogenannte Modernisierung des Strafverfahrens hat zur Folge, dass im Falle einer angenommenen Verschleppungsabsicht die Ablehnung von Beweisanträgen keines förmlichen Ablehnungsbeschlusses mehr bedarf.[381]

Rechtsprechung des BVerfG oder des BGH zur Neufassung der Bestimmung konnte

379 BGH, Beschluss vom 11.06.1997 - 5 StR 254/97

380 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 78d zu § 244

381 zur Übersicht Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 90 b, 92 ff zu § 244, überholt daher u.a. BGH, Beschluss vom 08.05.1968 - 4 StR 326/67; BGH, Urteil vom 26.08.1982 - 4 StR 357/82; BGH, Beschluss vom 22.04.1986 - 4 StR 161/86; BGH, Beschluss vom 24.04.1990 - 5 StR 123/90

nicht gefunden werden.

Das OLG Oldenburg erklärte sich mit interessanten Hinweisen u.a. auf § 238 I, II StPO wie folgt:

> " ... Das Amtsgericht Nordhorn hatte den Angeklagten am 12. August 2019 wegen vorsätzlicher Köperverletzung in Tateinheit mit Landfriedensbruch zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 10 Euro verurteilt. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung des Angeklagten hat das Landgericht Osnabrück mit Urteil vom 27. Januar 2020 verworfen. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt und beantragt, das Urteil in vollem Umfang aufzuheben. Die zulässige Revision des Angeklagten hat mit den erhobenen Verfahrensrügen Erfolg.
>
> I. Nach den Feststellungen des Landgerichts kam es am TT.MM.2018 um kurz nach 20 Uhr an der Kreuzung Straße1/Straße2/Straße3 in Ort1 zu einer Auseinandersetzung zweier rivalisierender Gruppen, nämlich der Familie BB einerseits und dem Anhang des Geschädigten CC anderseits, in deren Verlauf mindestens 40 Personen zum Teil mit einer Machete, Messern und Schlagwerkzeugen aufeinander einschlugen. Auch nach Eintreffen der durch Anwohner alarmierten Polizei, darunter als Erstes ein mit dem Beamten DD und der Polizeianwärterin EE besetzter Streifenwagen, verblieben mindestens 25 Personen im Kreuzungsbereich und wirkten weiterhin gewaltsam aufeinander ein. Der Angeklagte stand zu dieser Zeit mit mindestens zwei weiteren Mitstreitern dem Geschädigten CC im Getümmel gegenüber und schlug diesem mit der Faust ins Gesicht, wodurch dieser erhebliche Schmerzen erlitt. Diesen Schlag nahm der Beamte DD wahr, kämpfte sich den Weg zum Angeklagten frei und nahm diesen fest.
>
> Der Angeklagte habe die Tat bestritten. Er hätte sich lediglich deshalb in die Gruppe der Streitenden begeben, um sein Bruder herauszuholen. CC hätte er nicht geschlagen. Die demgegenüber getroffenen Feststellungen des Landgerichts beruhen auf den Angaben des als Zeugen vernommenen Polizeibeamten DD. Dieser habe ausgesagt, den Schlag deutlich gesehen, den Angeklagten - der ihm dienstlich bekannt sei - danach nicht aus den Augen gelassen, sich zu diesem hinbegeben und ihn festgenommen zu haben. Eine Verwechslung sei ausgeschlossen. Diese Aussage sei glaubhaft. Der Zeuge DD habe sie konstant geschildert, sowohl in seinem Ermittlungsbericht als auch vor dem Amtsgericht und nunmehr vor der Kammer. Es handele sich um ein punktuelles Ereignis, dass sich der Zeuge merken und zuverlässig reproduzieren könne. Anhaltspunkte für eine bewusste Falschbelastung hätten sich nicht ergeben; ein Motiv dafür fehle. Die Kammer habe keinen Zweifel am Wahrheitsgehalt der Aussage, auch wenn der Zeuge CC erklärt habe, er sei zwar geschlagen worden, nicht aber von dem Angeklagten. Es sei bei dessen Aussage unverkennbar gewesen, dass dieser den Angeklagten nicht habe belasten wollen. Hintergrund möge sein, dass er weiteren Stress mit der Familie BB in Ort1 befürchtete.
>
> II. Der Senat kann nicht ausschließen, dass diese Feststellungen auf den mit der Revision geltend gemachten Verfahrensfehlern beruhen.
>
> 1. Zu Recht rügt die Revision, das Landgericht habe einen Hilfsbeweisantrag auf Vernehmung der Polizeianwärterin EE zu Unrecht wegen Prozessverschleppung abgelehnt.
>
> a. Dieser Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde: In seinem Schlussvortrag vor dem Landgericht **beantragte der Verteidiger des Angeklagten, für den**

Fall, dass die Kammer die Schuld des Angeklagten so festzustellen beabsichtige, wie es das Amtsgericht getan habe, die PKA'in EE, PK (…), als Zeugin zu laden. Diese werde bekunden, dass sie den Angeklagten nicht als Person erkannt habe, die auf den Zeugen CC einwirkte, sondern dass er in deutlicher Entfernung vom Pkw des CC an der dort befindlichen Tankstelle gewesen sei, und zwar während des Zeitraums, in dem der Zeuge CC an seinem Fahrzeug sich befunden habe (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Diesen Antrag hat die Strafkammer im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt. Unabhängig davon, dass der Antrag keine Angaben darüber enthalte, weshalb die Polizeianwärterin EE dieses Geschehen wahrgenommen haben solle (§ 244 Abs. 3 a.E StPO), würde diese Beweisaufnahme nicht Sachdienliches zu Gunsten des Angeklagten erbringen. Denn der Zeuge DD habe bekundet, seine Kollegin EE sei nach dem Einsatz nichtmals in der Lage gewesen, einen Einsatzbericht zu verfassen. Es sei ihr erster Einsatz im Polizeidienst gewesen und sie sei von der Situation völlig überwältigt und überfordert gewesen. Tatsächlich befinde sich kein Bericht von Frau EE in der Akte. Da der Zeuge DD diese Erklärung auf Nachfrage des Verteidigers abgegeben habe, sei dem Verteidiger auch bewusst gewesen, dass sein Antrag nichts Sachdienliches würde erbringen können. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund, dass der Angeklagte in seiner Einlassung gerade in Abrede genommen habe, bei der Tankstelle gewesen zu sein, sondern sich vielmehr so eingelassen habe, sich von seiner Wohnanschrift direkt ins Getümmel zu seinem Bruder begeben zu haben und dort festgenommen worden zu sein. Der Zeuge DD habe erklärt, sich völlig sicher zu sein, dass der Angeklagte auf CC eingeschlagen habe. In einer Gesamtschau habe der Antrag damit allein den Zweck der Verschleppung des Verfahrens gedient, § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO.

b. Die Vorgehensweise des Landgerichts erweist sich bereits deshalb als unzulässig, weil eine Ablehnung des Beweisantrags erst im Urteil unzulässig war.

Zwar bedarf regelmäßig ein vom Angeklagten oder seinem Verteidiger im Rahmen der Schlussausführungen gestellter Hilfsbeweisantrag, den das Gericht für unbegründet hält, keiner gesonderten Bescheidung durch besonderen Beschluss; er kann vielmehr in den Urteilsgründen behandelt und abgelehnt werden.

Für das bis zur Änderung des § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I, S. 2121) geltende Recht sollte dieses nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung aber nicht gelten, wenn ein Hilfsbeweisantrag wegen Verschleppungsabsicht des Antragstellers abgelehnt werden sollte. Denn dem Antragsteller müsse Gelegenheit gegeben werden, den Vorwurf, er habe den Beweisantrag nur in Verschleppungsabsicht gestellt, zu entkräften oder die ihm sonst infolge der Ablehnung des Beweisantrags notwendig erscheinenden Maßnahmen zu treffen. Das könne er z.B. dadurch tun, dass er den abgelehnten Beweisantrag mit neuer, umfassenderer oder genauerer Begründung wiederhole oder dass er mit entsprechender Begründung einen anderen Beweisantrag stelle, so dass dann das Gericht genötigt sei, sachlich auf den neuen Beweisantrag einzugehen, nämlich entweder durch Erhebung des Beweises oder durch Wahrunterstellung bestimmter für den Angeklagten günstiger Tatsachen oder aber auch durch Ablehnung aus anderen, im Gesetz vorgesehenen Gründen (vgl. schon BGH, Beschluss v. 08.05.1968, 4 StR 326/67, BGHSt 22, 124; so auch BGH, Urteil v. 26.08.1982, 4 StR 357/82, NJW 1983, 54, sowie Beschluss v. 21.08.1997, 5 StR 312/97, NStZ-RR 1998, 14; vgl. auch Senatsentscheidung v. 23.01.1979, Ss 621/78, NdsRpfl 1979, 110).

Die mit der durch die seit dem 13. Dezember 2019 gültigen Gesetzesänderung in § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO nunmehr gegebene Möglichkeit, einen Beweisantrag wegen

Verschleppungsabsicht nicht durch Beschluss des Gerichts, sondern durch den Vorsitzenden zurückzuweisen, hat hieran nichts geändert. Denn die Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht beinhaltet auch nach neuer Rechtslage einen **Missbrauchsvorwurf, zu dem dem Antragsteller aus Gründen der Verfahrensfairness und zur Verhinderung von Überraschungsentscheidungen rechtliches Gehör zu gewähren ist** (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rz. 90b). **Hinzu kommt, dass nur so dem Antragsteller die - angesichts der nur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit (dazu sogleich c.) umso bedeutsamere - Möglichkeit eröffnet wird, eine Entscheidung des Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen**.

c. Im Übrigen ist die Behandlung des Beweisantrags als in Prozessverschleppungsabsicht gestellt auch in der Sache zu Unrecht erfolgt.

Einem Beweisantrag braucht das Gericht wegen Prozessverschleppungsabsicht nur dann nicht nachzugehen, wenn die begehrte Beweiserhebung den Abschluss des Verfahrens erheblich hinauszögern kann, sie nach Überzeugung des Gerichts - dem insoweit eine Vorauswürdigung gestattet ist - nichts Sachdienliches zu erbringen vermag und wenn der Antragsteller sich dieser Umstände bewusst ist und er deshalb mit seinem Verlangen ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrens bezweckt (vgl. BGH, Beschluss v. 03.07.1990, 1 StR 340/90, NJW 1990, 2328). Dabei steht dem Tatrichter bei der anhand von Indizien vorzunehmenden Würdigung, ob Verschleppungsabsicht vorliegt, ein vom Revisionsgericht hinzunehmendes Ermessen zu. Trotz des dem Gericht zustehenden Ermessens ist durch das Revisionsgericht aber zu prüfen, ob der Tatrichter seiner Entscheidung für die Annahme von Verschleppungsabsicht diese stützenden Beweisanzeichen zu Grunde gelegt und er sich bei seiner Gesamtwürdigung der Indizien im Rahmen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums gehalten hat (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rz. 103a).

Diese Prüfung lässt vorliegend ausreichende Indizien für die Annahme einer Verschleppungsabsicht nicht erkennen. Das Gericht kann die Annahme von Verschleppungsabsicht nicht darauf stützen, dass das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache schon bewiesen sei (vgl. BGH, Beschluss v. 03.07.1990, 1 StR 340/90, NJW 1990, 2328) oder dass sich bislang keine Anhaltspunkte für den Wahrheitsgehalt der jetzt erhobenen Beweisbehauptung ergeben hätten (vgl. BGH, Urteil v. 03.02. 1982, 2 StR 374/81, NStZ 1982, 291). Ohne hinreichende Aussagekraft ist es auch, dass die Beweisbehauptung des Verteidigers nicht in jedem Punkt mit den Angaben des Angeklagten sachlich übereinstimmt (vgl. schon BGH, Urteil v. 03.08.1966, 2 StR 242/66, BGHSt 21, 118).

Die seitens des Landgerichts für die Annahme einer Verschleppungsabsicht herangezogenen Gesichtspunkte, nämlich die Angabe des Zeugen DD, die Polizeianwärterin EE sei nicht in der Lage gewesen, einen Einsatzbericht zu verfassen, und die Einlassung des Angeklagten, er habe sich von seiner Wohnanschrift aus direkt in Getümmel begeben, sind daher nicht geeignet, die Annahme von Verschleppungsabsicht zu stützen. Hinzu kommt noch, dass es, was die Strafkammer in ihre Erwägungen nicht eingestellt hat, um den ersten im einzigen Hauptverhandlungstermin gestellten Beweisantrag gehandelt hat. ...“[382]

Nichts Sachdienliches - Überzeugung von Aussichts- und Nutzlosigkeit

Mit diesem Kriterium ist ein Traum u.a. vieler Staatsanwaltschaften und Tatgerichte

382 OLG Oldenburg, Beschluss vom 06.07.2020 - 1 Ss 90/20; dazu BGH, Urteil vom 26.08.1982 - 4 StR 357/82 - Dem Antragsteller muss Gelegenheit gegeben werden, den Vorwurf, in Verschleppungsabsicht gehandelt zu haben, zu entkräften. Ebenso zuvor BGH, Beschluss vom 08.05.1968 - 4 StR 326/67.

zur Realität geworden. Die „tatrichterliche Überzeugung“[383] eröffnet weitere Möglichkeiten, jenseits der Grenzen des § 244 II bis V StPO mit Beweisanträgen umzugehen. Es ist gut vorstellbar, wohin das führen kann bzw. könnte.

Dazu der folgende Formulierungshinweis für die tatrichterliche Praxis:

> „ ... Das Landgericht hat den Antrag auch wegen Prozessverschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Variante 6 StPO) abgelehnt. Hierzu hat es zunächst - im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH, Urteil vom 3. August 1966 - 2 StR 242/66, BGHSt 21, 118, 121 f.; Beschlüsse vom 18. September 2008 - 4 StR 353/08, NStZ-RR 2009, 21; vom 8. Juni 2011 - 3 StR 49/11, NStZ 2011, 646; jew. mwN) - ausgeführt, Voraussetzung einer Ablehnung wegen Prozessverschleppungsabsicht sei, dass die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches erbringen könne. Diese Auffassung hat die Strafkammer alsdann damit begründet, dass die Bestätigung der Beweistatsache 'völlig unwahrscheinlich' sei. Dies könnte rechtlichen Bedenken begegnen, weil sie damit möglicherweise einen unzutreffenden Maßstab angelegt hat: Voraussetzung der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht ist insoweit, dass das Gericht zu der Überzeugung gelangt, die Beweiserhebung werde objektiv unter keinem Gesichtspunkt etwas zu Gunsten des Angeklagten erbringen; erforderlich ist mithin die Aussichtslosigkeit der beantragten Beweiserhebung (LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 269 mwN; vgl. auch MüKoStPO/Trüg/Habetha, § 244 Rn. 322: "Nutzlosigkeit"; ähnlich Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 244 Rn. 68; HK-StPO-Julius, 5. Aufl., § 244 Rn. 38; SK-StPO/Frister, 5. Aufl., § 244 Rn. 173: Beweiserhebung "sinnlos"). Soweit in der Literatur vereinzelt die vom Landgericht verwendete, auf weniger strenge Anforderungen hindeutende Formulierung gebraucht wird (vgl. KK-Krehl, StPO, 7. Aufl., § 244 Rn. 176; SSW-StPO/Sättele, 2. Aufl., § 244 Rn. 219), weist der Senat darauf hin, dass sich diese in den von diesen Autoren zitierten Entscheidungen nicht findet. ...“[384]

Der Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen kann wegen Prozessverschleppung abgelehnt werden:

> „ … Ein Beweisantrag kann dann wegen Verschleppungsabsicht nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden, wenn die begehrte Beweiserhebung nach der Überzeugung des Gerichts objektiv nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers zu erbringen vermag, dieser sich dessen bewusst ist und mit seinem Antrag daher keine legitimen, auf die Aufklärung des wahren Sachverhalts gerichtete Anliegen, sondern eine Verzögerung des Verfahrens und gegebenenfalls weitere rechtsmissbräuchliche Zwecke verfolgt (vgl. LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 270); nach bisheriger Rechtsprechung muss die Erhebung des Beweises außerdem geeignet sein, das Verfahren wesentlich zu verzögern. Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO darf die Ladung eines Zeugen im Ausland zurückgewiesen werden, wenn das Gericht aufgrund hinreichender Anhaltspunkte die sichere Überzeugung erlangt, dass durch die beantragte Einvernahme eine weiterführende und bessere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist. Daher umfasst die Annahme der Prozessverschleppung im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO die Ablehnung eines Antrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO (BGH, Beschluss vom 22. März 1994 - 5 StR 8/94, StV 1994, 635), ohne dass es insoweit entscheidungserheblich darauf ankommt, ob der Antragsteller subjektiv das Verfahren ausschließlich bewusst verzögern wollte und die begehrte

383 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 93a ff zu § 244

384 BGH, Beschluss vom 28.06.2016 - 3 StR 46/16 - Maßgeblich ist die Überzeugung! Also schreibt doch bitte in die Ablehnung rein, dass ihr überzeugt seid, auch wenn das völlig unwahrscheinlich ist!

Beweiserhebung zu einer wesentlichen Verfahrensverzögerung führen konnte. ..."[385]

Zur „überzeugten" Ablehnung eines Antrages auf Einholung eines Gutachtens:

" ... **Noch am ersten der beiden Sitzungstage beantragte die Verteidigung gentechnische Untersuchungen zum Beweis dafür, daß das bei der Geschädigten gefundene Sperma nicht vom Angeklagten stammt, sowie dafür, daß das an der Kleidung des Angeklagten gefundene Blut nicht von der Geschädigten stammt** (Anmerkung des Verf.: erfolgreich).

Das Landgericht hat am nächsten Tage der Hauptverhandlung diese Beweisanträge wegen Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) abgelehnt. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf ein Beweisantrag wegen Prozeßverschleppung nur abgelehnt werden, wenn ... und sie nach Überzeugung des Gerichts - dem insoweit eine Vorauswürdigung gestattet ist - nichts Sachdienliches zu erbringen vermag und wenn der Antragsteller sich dieser Umstände bewußt ist und er deshalb mit seinem Verlangen ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrens bezweckt (vgl. Herdegen in KK 2. Aufl. § 244 Rdn. 83 bis 87 sowie Kleinknecht/Meyer, StPO 39. Aufl. § 244 Rdn. 67 bis 69 jeweils m. w. Nachw.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben: Während auf der Hand liegt, daß die Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führen würde, begegnen die Erwägungen, mit denen die Strafkammer eine Verschleppungsabsicht der Verteidigung annimmt, durchgreifenden Bedenken.

Das Landgericht gewinnt seine Überzeugung, der Verteidiger sei sich bewußt und nehme als sicher an, die beantragte Beweiserhebung könne nichts Sachdienliches erbringen, sondern das Verfahren nur verzögern, ausschließlich dadurch, daß es die eigene - vorläufige - Beweiswürdigung als allein gültig ansieht und jede andere Sicht der Dinge ausschließt. Hierbei läßt es außer acht, daß der Verteidiger auf Grund gewisser Schwachpunkte in der Beweisführung - wie etwa der im Ermittlungsverfahren vorgenommenen Einzellichtbildvorlage - nicht von vornherein unberechtigte Zweifel an der Täterschaft des Angeklagten haben konnte, die auch durch die Untersuchung der Blutspuren, die sich auf die Feststellung der Blutgruppen O und A beschränkte, nicht ausgeräumt sein mußten. Wenn der Verteidiger bei dieser Beweislage den Antrag stellte, eine Gen-Analyse vorzunehmen, die geeignet sein konnte, das bisherige Beweisergebnis zu widerlegen und den Angeklagten als Täter auszuschließen (vgl. auch LG Heilbronn NJW 1990, 784 ff. - inzwischen rechtskräftig - sowie Kimmich/Spyra/ Steinke NStZ 1990, 318 ff.), konnte daraus allein nicht der Schluß gezogen werden, der Verteidiger wolle das Verfahren nur verschleppen. Sonstige Anhaltspunkte für eine solche Absicht - über die Beurteilung des Beweisergebnisses hinaus - lagen nicht vor. Die Erwägung des Landgerichts, das Gegenteil der behaupteten Beweistatsache sei schon erwiesen, ist kein zulässiger Ablehnungsgrund (BGH StV 1986, 418, 419). ..."[386]

Nach wie vor gilt - teilweise:

" ... Ein Beweisantrag kann nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden, wenn er

385 BGH, Beschluss vom 08.06.2011 - 3 StR 49/11 - Teilweise überholt, weil es wegen der Modernisierer auf die objektive Eignung zur Herbeiführung einer wesentlichen Verfahrensverzögerung nicht mehr abkommt.

386 BGH, Beschluss vom 03.07.1990 - 1 StR 340/90

'zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellt ist'. Das ist der Fall, wenn durch die beantragte Beweiserhebung eine nicht nur unerhebliche Verzögerung des Verfahrens eintreten würde, sich der Antragsteller dessen bewußt ist und den Antrag ausschließlich deswegen gestellt hat (vgl. Kleinknecht/Meyer StPO 39. Aufl. § 244 Rdn. 67, 68 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung). Ferner darf das Gericht den Antrag nur ablehnen, wenn es aufgrund einer - in diesem Fall zulässigen - vorweggenommenen Würdigung des Beweisergebnisses die Überzeugung erlangt, daß die Beweiserhebung nichts zugunsten des Antragstellers ergeben wird (BGHSt 29, 149, 151 mit weit. Nachw.). Diese Voraussetzungen sind hier nach dem Inhalt des den Antrag ablehnenden Beschlusses des Landgerichts vom 4. September 1989 erfüllt:

b) Daß durch die Beweiserhebung eine wesentliche Verfahrensverzögerung eingetreten wäre, liegt auf der Hand; denn die Hauptverhandlung hätte deswegen ausgesetzt und neu begonnen werden müssen.

Bei der Frage, ob der Angeklagte den Antrag in Verschleppungsabsicht gestellt hatte, durfte das Landgericht auf das bisherige Verhalten des Angeklagten in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren abstellen (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Prozeßverschleppung 1 und 2). Hier hatte der Angeklagte bereits am 6. Januar 1988 erstmals von dem schwerwiegenden gegen ihn erhobenen Vorwurf erfahren. Er hatte sich zur Sache geäußert, es aber damals abgelehnt, Einzelheiten zu seinem angeblichen Alibi anzugeben. Auch als er - spätestens durch die Anklageschrift - von dem Ergebnis des ihn stark belastenden Identitäts-Sachverständigengutachtens und wiederum später von dem Ergebnis des ebenfalls gegen ihn sprechenden Hunde-Geruchspersonenvergleichs erfuhr, äußerte er sich dazu nicht. Wenn der sich in Haft befindliche Angeklagte trotz dieser erdrückenden Beweislage keine Anstalten machte, sein behauptetes Alibi durch Tatsachen zu untermauern, vielmehr fast zwanzig Monate bis zur Hauptverhandlung verstreichen ließ und erst in dieser das Hotel, in dem er sich angeblich aufgehalten hatte, näher bezeichnete, konnte das Landgericht daraus ohne Rechtsfehler den Schluß ziehen, dem Angeklagten gehe es nur darum, das Verfahren zu verzögern.

In dieser Entscheidung lag keine unzulässige Ablehnung des Beweisantrags wegen zu späten Vorbringens. Nach § 246 Abs. 1 StPO darf einem Verfahrensbeteiligten zwar nicht vorgeschrieben werden, wann er einen Beweisantrag zu stellen hat, also ob zu Beginn, während oder am Ende der Hauptverhandlung (vgl. BGH NStZ 1986, 371). Darum ging es hier aber nicht; die Ablehnung des Beweisantrages wegen Prozeßverschleppung erfolgte nicht deshalb, weil der Antrag verspätet gestellt, sondern weil die Antragstellung - wie sich aus dem Verhalten des Antragstellers ergab - nicht der Erforschung der materiellen Wahrheit, sondern nur der Verfahrensverzögerung dienen sollte.

Auch die Annahme des Landgerichts, die Beweisaufnahme hätte nichts Sachdienliches erbringen können, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach der Beweiswürdigung des Landgerichts war der Angeklagte sowohl durch das Identitätsgutachten des Sachverständigen als auch durch den Geruchspersonenvergleichstest der Tat überführt. Die Aussagen von Zeugen, die bekunden würden, der Angeklagte sei ihrer Ansicht nach die Person, die vor ca. zwei Jahren in ihrem Hotel überfallen worden sei, konnten demgegenüber nur von geringem Beweiswert sein. Dazu kam noch, daß der Angeklagte nicht unter seinem eigenen, sondern unter fremdem Namen in dem Hotel abgestiegen sein wollte. Auch dies entwertete das Beweisbegehren des Angeklagten.

Die vom Landgericht getroffene Abwägung unter Berücksichtigung des schweren,

seit fast zwei Jahren gegen den Angeklagten erhobenen Vorwurfs, der durch eine Vielzahl von Indizien belegt wurde, einerseits und des Verhaltens des Angeklagten im Verfahren dazu sowie der geringe Beweiswert von ihm möglicherweise günstigen Zeugenaussagen andererseits, läßt damit einen Rechtsfehler bei der Annahme, der Beweisantrag sei nur zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellt, nicht erkennen. ..."[387]

Zur Überzeugungsbildung des Tatgericht hinsichtlich der beabsichtigten Verfahrensverzögerung:

" ... Ebensowenig ist die Prognose des Landgerichts zu beanstanden, daß eine Ausdehnung der Beweisaufnahme entsprechend dem Begehren des Angeklagten nichts zu dessen Gunsten erbringen würde. Gleiches gilt für die Überzeugung der Strafkammer, daß sich der Angeklagte der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung sowie der Verfahrensverzögerung bewußt war und er mit seinem Verlangen ausschließlich diese Folge bezweckte.

Das Landgericht hat die Ablehnungsentscheidung auf mehrere Fakten gestützt. Einmal ist es die Besonderheit, daß der Angeklagte einen bestimmten Zeugen mit genauem Namen sowie präziser Anschrift benannte und seine Identität mit der von F bezeichneten Person behauptete, obwohl er sich stets dahin eingelassen hatte, er kenne diese nicht, und selbst F - zumindest bis zum Zeitpunkt der Beschlußfassung - immer wieder betont hatte, über diesen Türken lediglich zu wissen, daß er 'K i' oder 'K e' genannt werde und sich häufiger in einigen Istanbuler Hafenlokalen aufhalte. Sodann stellt die Strafkammer auf das vorausgegangene taktische Verhalten des Angeklagten ab und schließlich auf seine Reaktion nach der wiederholten Befragung durch das Gericht, woher seine Kenntnis über jene Personenidentität stamme. Gegen die Verwertung dieser Beweisanzeichen bestehen keine Bedenken. Das gilt auch hinsichtlich der Mitberücksichtigung der beschriebenen Reaktion. Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß zu einer erneuten grundsätzlichen Entscheidung des Senats zu der Frage, ob ein Tatrichter auf Grund seines Eindrucks, der Angeklagte habe etwas aufs Geradewohl behauptet, diesen nach seiner Wissensquelle oder den Anhaltspunkten für seine Vermutung fragen und aus der Nichterteilung einer plausiblen Antwort folgern darf, daß es sich bei dem Antrag nur um einen Beweisermittlungsantrag handelt (so BGH, Urteil vom 6. Dezember 1983 - 5 StR 677/83 - veröffentlicht in StV 1985, 311) oder ob der Antragsteller keine Rechenschaft über die Grundlage seines Wissens und seine Erfolgserwartungen ablegen muß und deshalb nicht zu befürchten braucht, daß sein Antrag wegen Auskunftsverweigerung 'herabgestuft' wird (so Urteil des erkennenden Senats vom 17. September 1982 - 2 StR 139/82 - veröffentlicht in NJW 1983, 126 f; KK-Herdegen, 2. Aufl., § 244 Rdn. 43 m.w.N.). Der Senat beschränkt sich auf die Feststellung, daß bei einem so außergewöhnlichen Fall wie dem vorliegenden dem Tatrichter gestattet sein muß, die Frage zu stellen, welche Anhaltspunkte der Angeklagte dafür habe, daß gerade der im Beweisantrag benannte 'K' - einer unter vielen, die in Istanbul diesen Vornamen tragen - derjenige sei, der als Beweismittel in Betracht kommt. Diese Frage ergab sich aus der Prozeßlage und dem Beweisbegehren von selbst. Sie war nicht nur zulässig, sondern geboten. Das Ausbleiben einer Antwort trotz wiederholter Stellung und Erläuterung der Frage durfte als Indiz für Prozeßverschleppung Berücksichtigung finden. Zusammen mit den weiteren vom Tatgericht genannten Indizien berechtigte es zu der Folgerung, daß der Beweisantrag nichts anderes als eine Verfahrensverzögerung bezwecke.

c) Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die Strafkammer in ihrem Be-

387 BGH, Urteil vom 15. Februar 1990 – 4 StR 658/89 - Auf die objektive Verzögerung kommt es nicht mehr an!

schluß nicht allein auf die Verschleppungsabsicht des Angeklagten abgestellt. Die Begründung läßt mit genügender Klarheit erkennen, daß die gleichen Erwägungen, auf denen die Annahme dieses Ablehnungsgrundes in Bezug auf die Person des Angeklagten beruht, auch für seinen Verteidiger gelten sollten. Einen Hinweis gibt bereits die im letzten Absatz der Beschlußbegründung verwendete Formulierung: 'Dahin zielten nach der Überzeugung der Kammer die durch den Verteidiger vorgetragenen Beweisanträge des Angeklagten ausschließlich'. Insbesondere hat die Strafkammer die Mitwirkung des Verteidigers hervorgehoben: Die Rücksprachen des Angeklagten mit ihm führten zur Auskunftsverweigerung. Der Verteidiger sah auch selbst von einer Aufklärung ab. Vielmehr stellte er den weiteren Antrag auf Gegenüberstellung der Zeugen B und F sowie auf dessen erneute Vernehmung. In diesem Antrag hat die Strafkammer einen der Versuche gesehen, den Prozeß zu verzögern. Die Verschleppungsabsicht auch des Verteidigers ist danach im landgerichtlichen Beschluß ebenfalls genügend dargetan. ...“[388]

Späte Antragstellung kann keine Grundlage für die „Überzeugung“ sein:

" ... Wegen Prozeßverschleppung darf ein Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die verlangte Beweiserhebung - obgleich sie geeignet ist, den Abschluß des Verfahrens erheblich hinauszuzögern - nach der Überzeugung des Gerichts nichts Sachdienliches erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewußt ist und mit seinem Antrag ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrens bezweckt (BGH GA 1968, 19: BGHSt 21, 118; BGH NStZ 1982, 291; BGH NJW 1982, 2201). Diese Voraussetzungen sind nicht dargetan; insbesondere fehlt es an einer hinlänglichen Grundlage für die Überzeugung der Strafkammer, die Verteidiger hätten sich von der Vernehmung des Zeugen selbst keine Sachaufklärung im Sinne der Beweisbehauptung versprochen.

Der späte Zeitpunkt der Antragstellung ist - wie der Bundesgerichtshof wiederholt betont hat - für sich allein kein ausreichendes Anzeichen für ein derartiges Bewußtsein von der Nutzlosigkeit der beantragten Beweiserhebung; denn dies würde auf die vom Gesetz ausgeschlossene Ablehnung verspäteter Beweisanträge hinauslaufen (§ 246 StPO). Dies gilt in besonderem Maße für die Stellung von Beweisanträgen innerhalb einer Hauptverhandlung, die - wie die vorliegende - lediglich zwei Wochen gedauert hat. Im übrigen ist es ein Mangel der Beschlußbegründung, daß sich die Strafkammer dort nicht mit anderen, der Annahme der Verschleppungsabsicht entgegenstehenden Möglichkeiten einer Erklärung für den - ihrer Auffassung nach - späten Zeitpunkt der Antragstellung auseinandergesetzt hat: insoweit wäre in Betracht zu ziehen gewesen, ob die Verteidiger nicht zunächst gemeint haben konnten, den Angeklagten ließen sich die beiden Raubtaten nach Lage der Dinge nicht nachweisen, um erst zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere nach Vernehmung der 'Wiedererkennungszeugen', zu einer anderen Einschätzung der Prozeßsituation zu gelangen, angesichts derer es ihnen nunmehr geboten erscheinen mochte, bislang zurückgehaltene Beweisanträge zu stellen. Der Umstand, daß die Angeklagten in Haft saßen, mußte die Verteidigung keineswegs dazu drängen, alle ihrer Ansicht nach nicht gänzlich aussichtslosen Beweiserhebungen bereits vor dem 26. November 1982 zu beantragen. Im vorliegenden Fall lag die Annahme, die Verteidiger seien sich der Erfolglosigkeit der beantragten Beweiserhebung bewußt, auch nicht von der Art des Beweismittels und dem Beweisthema her nahe. Die Beweisbehauptung betraf keinen Nebenpunkt, sondern hatte unmittelbar die Frage der Täterschaft des Angeklagten Ka zum Gegenstand. Kr war als Tatzeuge benannt. Die Strafkammer hat selbst nicht in Zweifel gezogen, daß er zur Beweisbehauptung Wesentliches bekunden könne - sie meint nur, wenn er Mittäter gewesen sei, werde er schweigen, um sich nicht selbst zu belasten. Daß die Möglichkeit, die Verteidigung könne dies - je-

388 BGH, Urteil vom 03.08.1988 - 2 StR 360/88

> denfalls unter der Bedingung der Zusicherung freien Geleits - anders beurteilt haben, bedacht worden wäre, läßt die Beschlußbegründung nicht erkennen. Was schließlich das äußere Verhalten der Verteidiger angeht, so vermag der Senat nicht einzusehen, wieso der Umstand, daß maschinenschriftlich vorbereitete Anträge erst auf wiederholte Frage des Vorsitzenden gestellt worden sind, Beweis für eine Verschleppungsabsicht der Antragsteller erbringen soll. Weder einzeln noch insgesamt rechtfertigen die in der Beschlußbegründung geltend gemachten Umstände die Bejahung der Verschleppungsabsicht. ..."[389]

Objektive Verzögerung des Verfahrens nicht mehr erforderlich

Dass da was nicht stimmt, ist den Mainstreamkommentatoren aufgefallen.[390] Wenn das Verhalten objektiv nicht geeignet ist, das Verfahren zu verzögern, würde sich doch die Frage aufdrängen, was und welches Verfahren bewusst verschleppt werden soll und kann, wenn die prozessuale Handlung dafür objektiv ungeeignet ist. Zuvor hatte die Rechtsprechung - wie schon erwähnt - regelmäßig gefordert, dass die verlangte Beweiserhebung In objektiver Hinsicht geeignet sein musste, den Abschluss des Verfahrens wesentlich hinauszuzögern.[391]

Absicht = Bewusstsein und Bezweckung - subjektive Hinsicht

Im Strafrecht ist die Absicht die Form des dolus directus 1. Grades. Der Wille ist auf den Erfolg gerichtet.[392] Im Verfahrensrecht wird der Begriff verwässert und auf die Erfolgsorientiertheit des Absichtsbegriff zugunsten eines zweckdienlichen Bewusstseins verzichtet.[393] Die Untergrabung der strafprozessualer Rechte schreitet damit voran und es stellt sich Frage, wann die Mehrheit der ehrbaren Volksvertreter - aufgehetzt durch die Regenbogenpresse und die einflussreichen Vertreter der Exekutive - auf die Idee kommt, die Stellung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung gänzlich zu verbieten, weil ehrliche Menschen, die nichts zu verbergen haben, Beweisanträge zu ihrer Entlastung schon im Ermittlungsverfahren, jedenfalls aber spätestens im Zwischenverfahren stellen.

Früher kam es auf die „ausschließliche Bezweckung der Verfahrensverzögerung“ an. Fraglich erscheint, ob dieser Gesichtspunkt der Modernisierung ebenfalls zum Opfer gefallen ist:

> „ … Wegen Prozeßverschleppung darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, …, wenn sie außerdem nach der Überzeugung des Gerichts nichts Sachdienliches erbringen kann und wenn der Antragsteller sich dessen bewußt ist und mit seinem Antrag ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrens bezweckt (BGHSt 21, 118; BGH GA 1968, 19; BGH, Urteile vom 18. Oktober 1979 - 4 StR 517/79 - und vom 3. Februar 1982 - 2 StR 374/81 -; Herdegen in KK § 244 StPO Rdn. 94 - 98). ...“[394]

Früher gab es dazu klare und hervorgehobene Worte und die Verschleppungsabsicht musste nachgewiesen werden:

---

389 BGH, Urteil vom 09.12.1983 - 2 StR 490/83; BGH, Urteil vom 03.02.1982 - 2 StR 374/81

390 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 93b ff zu § 244

391 BGH, Urteil vom 16.09.1958 - 5 StR 304/58; BGH, Urteil vom 07.05.1986 - 2 StR 583/85; BGH, Beschluss vom 18.08.2008 - 4 StR 353/08; dem 1. Strafsenat passte das alles schon vor der Modernisierung nicht: BGH, Beschluss vom 09.05.2007 - 1 StR 32/07

392 siehe Fischer, StGB, 67. Aufl., Rz. 7 ff, 8 zu § 15

393 siehe Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 93c ff zu § 244

394 BGH, Urteil vom 27.05.1982 - 4 StR 34/82; BGH, Urteil vom 03.08.1966 - 2 StR 242/66, BGH, Urteil vom 03.02.1982 - 2 StR 374/81; BGH, Urteil vom 21.04.1982 - 2 StR 657/81

" ... Nach der in der Rechtsprechung entwickelten Begriffsbestimmung liegt der Ablehnungsgrund vor, wenn der Antragsteller ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrensabschlusses auf unbestimmte Zeit bezweckt. Deshalb muss zweifelsfrei nachgewiesen sein, dass er sich der Unmöglichkeit bewusst ist, durch die beantragte Beweiserhebung eine für ihn günstige Wendung des Verfahrens herbeiführen zu können (RGSt 20, 206; RG JW 1932, 2732 Nr. 33, BGH NJW 1958, 1789; BGH Urteil vom 7. Juni 1956 - 4 StR 160/56). Das lässt sich aber ohne Erwägungen über das voraussichtliche Beweisergebnis kaum jemals beurteilen; denn das Bewusstsein der Unmöglichkeit einer günstigen Wendung braucht keineswegs auf sicherem Wissen beruhen. Es ist häufig auch nur das Ergebnis einer Vorauswürdigung seitens des Antragstellers, deren 'Nachvollzug' durch das Gericht eben zum Nachweis der Verschleppungsabsicht gehört. Dies gilt vor allem, wenn der Verteidiger den Beweisantrag stellt, weil es dann auf dessen Absichten unabhängig von den Vorstellungen des Angeklagten ankommt und weil der Verteidiger in der Regel das Beweisergebnis nicht sicher kennt, sondern seinerseits auf eine Vorauswürdigung angewiesen ist (vgl. RGSt 17, 315; RG JW 1931, 2818; BGH NJW 1953, 1314 und 1964, 2118). Um also den Nachweis der Verschleppungsabsicht führen zu können, kann dem Gericht die Vorauswürdigung nicht schlechthin verboten sein. Auf diesen Zusammenhang hat bereits der 5. Strafsenat in dem unveröffentlichten Urteil vom 1. Februar 1955 - 5 StR 616/54 - hingewiesen. ..."[395]

Weiter und ausführlich in derselben Entscheidung:

" ... Der Wortlaut des Gesetzes darf nicht zu der Annahme verleiten, der Ablehnungsgrund sei allein von den Vorstellungen und Absichten des Antragstellers abhängig. Ohne eigene Überzeugung, dass von der beantragten Beweiserhebung keinerlei Ergebnis zugunsten des Angeklagten zu erwarten sei, darf das Gericht sie nicht wegen Verschleppungsabsicht ablehnen. Gerade dieser wesentliche Gesichtspunkt wird häufig übersehen. Die Ablehnung wegen Prozessverschleppung bezieht sich auf erhebliche Beweisthemen, weil Unerheblichkeit aus sich selbst zur Ablehnung führt, so dass es insoweit keines zusätzlichen Ablehnungsgrundes bedurfte (so schon RG Rspr. 10, 148). Deshalb gebietet aber die Aufklärungspflicht dem Gericht, einen nach seiner Meinung der Wahrheitsfindung möglicherweise dienenden Beweis auch dann zu erheben, wenn der Antragsteller mit ihm lediglich die Absicht der Prozessverschleppung verfolgt. Mag es auch meist der Fall sein, so kann doch die Vorstellung des Antragstellers, das Verfahren nicht zu seinen Gunsten wenden zu können, der wirklichen Bedeutung seines Antrags nicht entsprechen. An solcher falschen Beurteilung der Prozesslage darf das Gericht den Antragsteller nicht festhalten, weil dies auf eine Präklusion hinausliefe, die § 246 Abs. 1 StPO ausdrücklich verbietet.

Das Reichsgericht hat sich in seinen frühen Entscheidungen gegen die Vorauswürdigung zum Nachweis der Verschleppungsabsicht nur dann gewendet, worin der Tatrichter sie zur alleinigen Grundlage der Entscheidung gemacht hatte, indem z.B. der Beweisantrag allein wegen seiner Unvereinbarkeit mit dem bisherigen Beweisergebnis abgelehnt worden war (vgl. RG JW 1899, 477). Soweit späteren Entscheidungen des Reichsgericht die Ansicht zugrunde liegen sollte, eine Beweisantizipierung sei stets unzulässig und dürfe auch nicht zum Nachweis der Verschleppungsabsicht verwendet werden (vgl. RG HRR 1926 Nr. 764 unter Hinweis auf RG JW 1911, 248 Nr. 31), könnte der Senat dieser Auffassung aus den dargelegten Gründen nicht folgen. Diese führen vielmehr zu dem Ergebnis, dass eine Vorauswürdigung des Beweises nicht nur zulässig, sondern sogar notwendig ist, wenn Ablehnung wegen Prozessverschleppung in Betracht kommt. Auch lassen sich dagegen keine verfahrensrechtlichen Be-

395 BGH, Urteil vom 03.08.1966 - 2 StR 242/66

denken geltend machen. Die Erwägungen darüber, was von der Beweiserhebung zu erwarten sei, dürfen niemals allein Grundlage der Ablehnung sein, sondern müssen sich in die Gesamtwürdigung aller Umstände des Prozesses einschließlich des Ermittlungsverfahrens einordnen. Zudem kann der Anwendungsbereich des Ablehnungsgrundes wegen der Schwierigkeit, die Beweggründe des Antragstellers zweifelsfrei nachzuweisen, von vornherein nur äußerst begrenzt sein, wie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ständig betont wurde (vgl. RG Rspr. 7, 550; l0, 148; RGSt 12, 335; 13, 151; 20, 206). Schon sehr früh hat das Reichsgericht mit Schärfe hervorgehoben, dass 'keinesfalls durch den unterstellten Schein der Verschleppung die ernstlich gemeinte Verteidigung zu Schaden kommen dürfe' (vgl. RG Rspr. 7, 550, 551). Um das sicherzustellen, muss der Tatrichter die Gründe seiner Ablehnung ausführlich und zu jedem einzelnen Beweisthema darlegen und das Revisionsgericht ist verpflichtet, diese Gründe unter eigener Würdigung auch in tatsächlicher Hinsieht nachzuprüfen. Dieser Prüfung halten hier die Ablehnungsgründe nicht stand.

a) Zunächst ist der Umstand, dass der Verteidiger den Beweisantrag erst im Plädoyer gestellt hat, fast niemals zum Nachweis der Verschleppungsabsicht geeignet, es sei denn, dass gewichtige zusätzliche Gründe diese Annahme stützen. Solche liegen nicht vor, wie noch zu zeigen sein wird. Daran könnte sich auch nichts ändern, wenn unterstellt werden müsste, dass das Verteidigungsmittel aus grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht wurde (vgl. RGSt 12, 335, 336; BGH NJW 1964, 2118; BGH Urteil vom 24. Juni 1955 - 2 StR 166/55). Die zusätzlichen Gründe müssen mi übrigen so beschaffen sein, dass sie jedes andere Motiv für den späten Zeitpunkt der Antragstellung ausschließen. Der Verteidiger kann bisher angenommen haben, auch ohne diesen Antrag einen Freispruch erreichen zu können. Insbesondere kann er sich in der Beurteilung des bisherigen Prozessverlaufs geirrt haben. Wollte man die Möglichkeit solcher Fehlbeurteilungen außer Acht lassen, so müsste das wiederum zu einer unzulässigen Präklusion führen. Deshalb ist es verfehlt, wenn die Strafkammer zur Rechtfer-

tigung der Ablehnung meint, für den Verteidiger habe während der gesamten Dauer des Verfahrens die Möglichkeit und die Verpflichtung bestanden, auf die Vernehmung des Zeugen hinzuweisen, wenn er sie für notwendig erachtete. Nicht der Verteidiger ist verpflichtet, einen Beweisantrag zu dem vom Gericht für angemessen gehaltenen Zeitpunkt zu stellen, sondern das Gericht ist verpflichtet, Beweisanträge bis zum Beginn der Urteilsverkündung entgegen zu nehmen (vgl. RGSt 59, 420, 421; 68, 88, 89; BGH Urteil vom 30. Oktober 1959 - 4 StR 412/59).

b) Auch dass die Angaben des Angeklagten nicht in jedem Punkt mit den Beweisbehauptungen des Verteidigers in Einklang stehen, ist kein sicheres Indiz für eine Verschleppungsabsicht des Verteidigers (vgl. RGSt 17, 315; RG JW 1925, 2782; BayObLGSt 1949-1951, 73, 82).

c) Den Erwägungen der Strafkammer über das voraussichtliche Ergebnis der beantragten Beweiserhebung kann der Senat nicht folgen. Der Beweisantrag enthält mehrere Themen. Infolgedessen musste für jedes Thema dargelegt werden, aus welchen Tatsachen sich die Verschleppungsabsicht ergeben soll (vgl. BGH NJW 1964, 2118). Der Ablehnungsbeschluss bringt aber nicht klar zum Ausdruck, dass die Strafkammer selbst von der Unmöglichkeit einer günstigen Wendung für den Angeklagten hinsichtlich aller Beweisthemen zweifelsfrei überzeugt war. Es heißt nur, weder das Ermittlungsverfahren noch die Hauptverhandlung hätten die Vernehmung des Zeugen als notwendig erwiesen. Das ist nicht dasselbe und auch nicht entscheidend; denn das Beweisantragsrecht ist gerade dazu bestimmt, das Gericht zu nötigen, über das von ihm zur Aufklärung des Sachverhalts für erforderlich Gehaltene hinauszugehen.

d) Davon abgesehen ergeben die Gründe des Ablehnungsbeschlusses nicht den Nachweis der Aussichtslosigkeit der beantragten Beweiserhebung.

Da der Zeuge als Anwalt des Belastungszeugen G. den Text des Vertrages am 21. Juni 1959 verfasst hat - ein Umstand, der schon im Ermittlungsverfahren bekannt war - liegt im Gegenteil die Erwartung nahe, dass gerade er über die bei Vertragsabschluss geführten Verhandlungen, vor allem auch über die Vorstellungen G.'s, Auskunft geben kann. Mit der Erwägung, in den Akten befinde sich bisher kein Hinweis auf die Möglichkeit sachdienlicher Angaben, lässt sich diese Erwartung nicht ausschließen. Bei dem behaupteten Gespräch kann die Belastung der Grundstücke des Angeklagten sehr wohl erörtert worden sein, der Zeuge aber von der Verpfändung nicht gesprochen haben. Darin liegt kein Widerspruch. Auch wenn der Angeklagte die persische Sprache nicht versteht, kann der Verteidiger die Vermutung haben, ein Gespräch des behaupteten Inhalts sei geführt worden; das Behaupten vermuteter Tatsachen ist nicht gleichbedeutend mit der Überzeugung von der Ergebnislosigkeit der Beweisaufnahme. Dem Verteidiger ist nicht verwehrt, auch solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, die er lediglich für möglich hält (RGSt 64, 432; BGH Urteil vom 30. Oktober 1961 - 2 StR 484/61). Selbst wenn der Verteidiger von einem erfolgreichen Ausgang des beantragten Beweisverfahrens nicht restlos überzeugt wäre, würde das die Ablehnung seines Antrages nicht rechtfertigen (BGH Urteil vom 7. Juni 1956 - 4 StR 160/56). Wenn nämlich ein Antragsteller vermutet, bestimmte, von ihm genannte und für das Verfahren bedeutsame Vorgänge hätten sich ereignet und könnten von dem von ihm genannten Zeugen bestätigt werden, so schließt dies aus, dass er sich der Unmöglichkeit bewusst ist, durch die beantragte Beweiserhebung eine günstige Wendung des Verfahrens herbeizuführen. ..."[396]

Zu diesen subjektiven Voraussetzungen:

396 BGH, Urteil vom 03.08.1966 - 2 StR 242/66

" ... Diese Begründung trägt die Ablehnung nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO in objektiver Hinsicht zwei Voraussetzungen: Die verlangte Beweiserhebung kann nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen; … ; in subjektiver Hinsicht muss sich der Antragsteller der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung bewusst sein und mit dem Antrag ausschließlich die Verzögerung des Verfahrensabschlusses bezwecken (vgl. BGHSt 51, 333, 336). Insoweit fehlt es in dem beanstandeten Beschluss aber bereits an jeglicher Darlegung, weshalb der Beweis nichts Entlastendes für den Beschwerdeführer erbringen könnte. Ebenso wenig ist dargetan, dass der Antragsteller - hier also der Verteidiger - sich der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung bewusst war. Der späte Zeitpunkt der Antragstellung ist für sich allein kein ausreichendes Anzeichen für ein solches Bewusstsein (BGHSt aaO). Dies gilt schon deshalb, weil der Gesetzgeber ungeachtet der grundlegenden Bedeutung des Beschleunigungsgebots die Vorschrift des § 246 Abs. 1 StPO, nach der eine Beweiserhebung nicht deshalb abgelehnt werden darf, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht worden sei, nicht geändert hat. Das Bewusstsein der Nutzlosigkeit der beantragten Beweiserhebung folgt auch nicht ohne Weiteres aus dem "eher pauschalen" Geständnis des Anklagesachverhalts durch den Mitangeklagten Mindaugas R. und der Tatsache, dass in dem Pkw des Geschädigten S. eine Wollmütze gefunden wurde, die ausschließlich DNA des Beschwerdeführers aufwies. Denn der Beweisantrag diente gerade dazu, diese Beweisgrundlagen zu erschüttern. ..."[397]

Der Antragssteller muss die Unrichtigkeit der Beweisbehauptung kennen:

" ... Dabei kann der Senat offen lassen, ob an der Rechtsprechung festzuhalten ist, dass einem Antrag, mit dem zum Nachweis einer bestimmten Beweistatsache ein konkretes Beweismittel bezeichnet wird, dennoch die Eigenschaft eines Beweisantrags fehlt, wenn es sich bei der Beweistatsache um eine ohne jede tatsächliche und argumentative Grundlage aufs Geratewohl, ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung handelt (vgl. BGH NStZ 1992, 397; StV 1993, 3; 1997, 567). Hiergegen könnte sprechen, dass der einen Beweisantrag voraussetzende Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 Satz 2, § 245 Abs. 2 Satz 3 StPO) nur Anwendung findet, wenn der Antragsteller um die Unrichtigkeit seiner Beweisbehauptung weiß (vgl. BGHSt 21, 118; 29, 149, 151; BGH NStZ 1984, 230; 1986, 519; 1998, 207), und es daher nicht stimmig erscheint, dass einem Beweisbegehren schon dann der Charakter eines Beweisantrags ermangeln soll, wenn zwar nach der sonstigen Beweislage und auch einer etwaigen Begründung des Antragstellers für sein Begehren nichts für die Richtigkeit seiner Behauptung spricht, ihm jedoch nach den Umständen nicht argumentativ belegt werden kann, dass er die Unrichtigkeit seiner Beweisbehauptung kennt. ..."[398]

Der bloße Verdacht einer Verschleppungsabsicht soll nicht ausreichen, handgreifliche Indizien dagegen schon:

" ... Entgegen der - nur - insoweit missverständlichen Formulierung in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts rechtfertigt der bloße Verdacht, der Beweisantrag sei in der Absicht der Prozessverschleppung gestellt worden, nicht die Ablehnung. Der Verdacht muss sich vielmehr zur subjektiven Gewissheit des Tatrichters verfestigt haben. Wie jede sog. 'innere Tatsache' kann sich die Absicht der Prozessverschleppung entweder aus eigenen Äußerungen des Antragstellers oder durch Rückschlüsse

397 BGH, Beschluss vom 18.08.2008 - 4 StR 353/08
398 BGH, Beschluss vom 19.09.2007 - 3 StR 354/07

aus sonstigen Indizien ergeben (vgl. hierzu BGH NJW 1991, 2094; NStZ 2003, 596; 2004, 35, 36). Nach aller forensischer Erfahrung wird ein Antragsteller nur selten klar zum Ausdruck bringen, dass sein Antrag nicht der Erforschung der Wahrheit dient. Ausgeschlossen ist dies aber nicht, wie das vorliegende Verfahren beispielhaft belegt. Hier hatte der Verteidiger Rechtsanwalt Schw. des Angeklagten Sc. der insoweit unwidersprochenen dienstlichen Stellungnahme des Vorsitzenden zufolge diesem gegenüber fernmündlich geäußert, 'er müsse jetzt Beweisanträge stellen, da er sich mit der Staatsanwaltschaft noch nicht ganz einig geworden sei'. Damit brachte er klar zum Ausdruck, dass es ihm nicht um die Erforschung der Wahrheit ging, sondern darum, die übrigen Verfahrensbeteiligten dadurch zu einer verfahrensbeendenden Absprache zu veranlassen, dass er anderenfalls durch immer neue Beweisanträge den Abschluss des Verfahrens auf unabsehbare Zeit hinauszögern werde (vgl. Senat NStZ 2005, 45).

Derartige oder damit vergleichbare Äußerungen des Verteidigers Rechtsanwalt Sch. im Zusammenhang mit dem in Rede stehenden Beweisantrag ('Handgreifkräfte') liegen nicht vor. Die Kammer hat ihre Überzeugung von der Absicht der Prozessverschleppung hier - über die Nutzlosigkeit der verlangten Beweiserhebung hinaus - rechtsfehlerfrei mittels folgender Indizien begründet:

Den gegenständlichen Beweisantrag stellte der Verteidiger am 13. Hauptverhandlungstag der Neuverhandlung, für den, wie den Verfahrensbeteiligten bekannt war, die Beendigung der Beweisaufnahme und der Beginn der Schlussvorträge vorgesehen waren. Kurz zuvor hatte er mitgeteilt, in Kürze für drei Wochen urlaubsabwesend zu sein, damit in dieser Zeit keine Termine angesetzt würden. Während der ersten Hauptverhandlung sei eine Funktionsbeeinträchtigung der rechten Hand weder behauptet noch sonst ersichtlich gewesen. Der Verteidiger hatte bereits am 15. Verhandlungstag der ersten Hauptverhandlung, an dem diese geschlossen werden sollte, beantragt, ein psychiatrisches Sachverständigengutachten zur Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit des Angeklagten einzuholen, das die Beweisbehauptung aber nicht bestätigte.

Zwar ist der späte Zeitpunkt der Antragstellung - für sich allein - im Hinblick auf den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht unschädlich. Wenn aber - wie hier - der Antrag erst nach einer umfangreichen Beweisaufnahme gestellt wird und die verlangte Beweiserhebung längere Zeit in Anspruch nehmen würde, andererseits der Beweisstoff für den Antragsteller erkennbar erschöpft ist und ein nachvollziehbarer Anlass für die späte Antragstellung weder dargetan noch sonst ersichtlich ist, kann alledem eine maßgebliche Indizwirkung zukommen.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers drängte die gerichtliche Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO zuvor nicht zur Einholung des medizinischen Sachverständigengutachtens, und zwar schon deshalb nicht, weil die Kammer das Beweisthema mit anderen Beweismitteln aufgeklärt hat. Unbeschadet dessen bestand aufgrund der polizeilichen Aussage des Angeklagten vom 19. Mai 2004, er habe zweimal 'nicht stark' zugeschlagen, da er sich in den Jahren 1994 und 2003 Frakturen an der rechten Hand zugezogen und er deswegen befürchtet habe, dass 'das', wenn er zu fest zuschlage, wieder 'kaputt' gehe, kein Anlass, ein Gutachten dazu einzuholen, ob er mit seiner rechten Hand die für das Ziehen an der Jacke erforderlichen Handgreifkräfte aufbringen konnte. Denn der Angeklagte hatte überhaupt keine Funktionsbeeinträchtigung beim Zugreifen, vielmehr das Risiko eines erneuten Aufbrechens alter Verletzungen beim Zuschlagen geltend gemacht; dies hinderte ihn nach seiner Aussage nicht am weniger starken Zuschlagen.

Selbst wenn der Inhalt der Aussage die Einholung des Gutachtens nahe gelegt hät-

te, wäre zu berücksichtigen, dass die Kammer infolge des Widerspruchs des Angeklagten ein - für den Angeklagten disponibles - Beweisverwertungsverbot wegen Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 StPO angenommen hat. Die Revision kann hier nicht innerhalb einer Rüge hinsichtlich ein und derselben Bekundung des Angeklagten (Zuschlagen mit rechts) erfolgreich geltend machen, einerseits sei seine Einlassung für die Beweisbehauptung unergiebig, weil er niemals verwertbare Angaben dazu gemacht habe, mit welcher Hand Schläge seinerseits erfolgt seien (vgl. oben I 1 b aa), andererseits hätte sich aufgrund der bekundeten Schläge mit der rechten Hand eine bestimmte Beweiserhebung aufgedrängt.

Die Kammer durfte daneben auch die späte Beweisantragstellung durch den Verteidiger Rechtsanwalt Sch. am letzten Verhandlungstag der ersten Hauptverhandlung berücksichtigen. Hierfür kommt es entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht darauf an, ob die erste Hauptverhandlung - zumindest auch - aufgrund dieses Beweisantrags oder - allein - aufgrund des zeitnah von Rechtsanwalt Schw. gestellten Beweisantrags ausgesetzt worden war (vgl. UA S. 105). Maßgeblich ist nur, dass dem Antragsteller bekannt gewesen war, dass die verlangte Beweiserhebung nach im Übrigen beendeter Beweisaufnahme gemäß § 229 Abs. 4 StPO voraussichtlich eine Aussetzung zur Folge haben würde. Auch die Aufklärungspflicht hatte hier nicht die frühere Einholung des psychiatrischen Sachverständigengutachtens geboten. Dass, wie der Beschwerdeführer meint, 'beim Vorwurf vorsätzlicher Tötungsverbrechen obligatorisch schon vor Beginn der Hauptverhandlung die Einholung solcher forensisch-psychiatrischer Sachverständigengutachten (zu) veranlassen' wäre, trifft nicht zu. ..."[399]

Verschleppungsabsicht bei „rechtsmissbräuchlichem Ansinnen“:

" ... Dessen ungeachtet aber dienten die Anträge ersichtlich allein dem Zweck der Prozeßverschleppung (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO).

a) Die Frage der Deutschkenntnisse des Angeklagten war geklärt. Der Angeklagte sprach in der Hauptverhandlung Deutsch. Daß er diese Fähigkeit binnen weniger Monate vor der Hauptverhandlung in der Vollzugsanstalt erwarb, ist schon für sich genommen sehr unwahrscheinlich. Der Angeklagte war zudem im Jahre 2003 in Deutschland bereits integriert. Er lebt zwar erst seit 1999 hier. Im Jahre 2000 heiratete er aber eine aus Kasachstan stammende deutsche Staatsangehörige. Aus der Ehe ging eine Tochter hervor. Im Jahre 2003 hatte der Angeklagte eine Arbeitsstelle inne, für die er deutsche Sprachkenntnisse benötigte. Spätestens aber nach der Vernehmung des früheren Verteidigers des Angeklagten sowie des Sozialarbeiters stand ohne jeden vernünftigen Zweifel endgültig fest, daß der Angeklagte - entgegen seiner sowie seiner Ehefrau Angaben - über genügend Deutschkenntnisse verfügte, um mit dem Verdeckten Ermittler, wie von diesem geschildert, ohne Schwierigkeiten den Handel mit Betäubungsmitteln zu besprechen.

b) Vernünftige Zweifel daran, daß der Dolmetscher seine Muttersprache beherrscht, bestanden nicht, wie die Strafkammer in den Gründen des Ablehnungsbeschlusses im einzelnen darlegte.

Die Beweisanträge dienten nicht mehr, auch nicht ansatzweise, der Erforschung der Wahrheit. Sie bezweckten ersichtlich ausschließlich die Verschleppung des Verfahrens mit dem Ziel, die Strafkammer - um dies abzuwenden - zur Verhängung einer unangemessen niedrigeren Strafe, zu einem "Deal" unter den Bedingungen des Angeklagten zu zwingen. Diesem rechtsmißbräuchlichen Ansinnen begegnete das Land-

399 BGH, Beschluss vom 09.05.2007 - 1 StR 32/07

gericht zu Recht entschieden mit dem hierzu zur Verfügung stehenden strafprozessualen Instrumentarium. ..."[400]

Zum Bewusstsein der Verteidigung:

„ … Bei dieser Sachlage durfte das Landgericht den aufrechterhaltenen Beweisantrag auf Vernehmung der beiden Berufsrichter jedenfalls wegen Prozeßverschleppungsabsicht zurückweisen. Es kann nicht in das Belieben eines Prozeßbeteiligten gestellt werden, Mitglieder des erkennenden Gerichts als in der Sache berufene gesetzliche Richter für Vorgänge in einer gesondert geführten Verhandlung gegen einen anderen Tatbeteiligten als Zeugen zu benennen und sie damit gemäß § 22 Nr. 5 StPO von der Ausübung des Richteramts auszuschließen mit der weiteren Konsequenz, daß die Hauptverhandlung ausgesetzt und in anderer Besetzung neu begonnen werden muß. Das Landgericht hat zu Recht zunächst andere Personen, die ebenfalls an der früheren Verhandlung teilgenommen hatten, als Zeugen zu der behaupteten Vereinbarung und Zusicherung gehört. Nachdem diese die behaupteten Tatsachen nicht bestätigt hatten, dienten die - in zulässiger Weise im Freibeweisverfahren eingeholten - dienstlichen Erklärungen der als Zeugen benannten Richter der Klärung der Frage, ob mit dem Beweisantrag lediglich prozeßfremde Zwecke verfolgt werden (vgl. BGHSt 45, 354, 361 f.). Da die dienstlichen Erklärungen ergaben, daß auch die Richter die in ihr Wissen gestellten Tatsachen nicht bestätigen könnten, konnte das Landgericht bei dem gegebenen Stand der Beweisaufnahme davon ausgehen, daß der Verteidigung bewußt war, daß die beantragte weitere Beweiserhebung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine anderen Erkenntnisse erbringen würde, und daß der aufrechterhaltene Beweisantrag nur noch der Verfahrensverzögerung diente. Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, daß die als Zeugen benannten Richter bei dem Beschluß darüber mitgewirkt haben, ob dem Antrag stattzugeben sei (vgl. BGHSt 7, 330, 331; 11, 206). ..."[401]

Die Möglichkeit einer früheren Antragstellung belegt keine Verschleppungsabsicht:

„ … Auch unter dem Gesichtspunkt der Verschleppungsabsicht ist die Ablehnung des Beweisantrages nicht gerechtfertigt. Der Umstand, daß die Verteidigerin den Beweisantrag früher hätte stellen können, reicht regelmäßig für sich genommen zur Annahme von Verschleppungsabsicht nicht aus (vgl. BGHSt 21, 118, 123; BGH NStZ 1998, 207). Der Ablehnungsgrund der Prozeßverschleppung setzt zudem voraus, daß neben dem Gericht auch der Antragsteller selbst keinerlei günstige Auswirkungen des Beweisergebnisses auf den Prozeßverlauf erwartet, er vielmehr mit seinem Antrag ausschließlich die Verzögerung des Prozesses bezweckt (BGH NStZ 1998, 207), … . Auch dies ist in dem Ablehnungsbeschluß nicht dargetan. ..."[402]

Verschleppungsabsicht in der Person des Beweisantragstellers

Ob eine Verschleppungsabsicht vorliegt, ist Gegenstand einer Gesamtwürdigung der Umstände des Verfahrens, wobei eine Beweisantizipation zulässig sein soll:

400 BGH, Beschluss vom 16.06.2004 - 1 StR 214/04, eine sehr bedenkliche Entscheidung, weil es in der prozessualen Praxis nicht selten vorkommt, dass von DolmetscherInnen falsch übersetzt wird.

401 BGH, Beschluss vom 12.03.2003 - 1 StR 68/03 - Das ist eine bedenkliche Entscheidung, weil sie die konfrontative Befragung von RichterInnen über ihre eigenen Wahrnehmungen verhindern soll. Einen Erfahrungssatz, dass RichterInnen stets wahrheitsgemäße Angaben in dienstlichen Erklärungen machen, gibt es nicht.

402 BGH, Beschluss vom 03.04.2001 - 4 StR 579/00, zuvor schon BGH, Urteil vom 03.08.1966 - 2 StR 242/66; BGH, Urteil vom 27.10.1981 - 5 StR 570/81; BGH, Beschluss vom 21.08.1997 - 5 StR 312/97

" ... Ein Beweisantrag kann wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO), wenn die verlangte Beweiserhebung geeignet ist, ..., sie zur Überzeugung des Gerichts nichts Sachdienliches zugunsten des Angeklagten erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewußt ist und mit dem Antrag ausschließlich die Verzögerung des Verfahrensabschlusses bezweckt wird. Eine dahingehende Überzeugung kann der Tatrichter auf der Grundlage aller dafür erheblichen Umstände gewinnen, namentlich unter Beachtung des Verhaltens des Angeklagten in und außerhalb der Hauptverhandlung, aber auch schon im Ermittlungsverfahren; er kann ferner den bisherigen Verfahrensverlauf berücksichtigen. Bei der Überzeugungsbildung, daß die Beweiserhebung oder schon die weiteren Bemühungen um die Gewinnung des bezeichneten Beweismittels keine dem Angeklagten günstige Wendung des Verfahrens herbeiführen würde, kann eine Vorauswürdigung des Beweises in Betracht kommen (vgl. zu den Anforderungen BGH NStZ 1990, 350; 1992, 551, jeweils mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; siehe auch BGHSt 21, 118, 122; Schäfer, Praxis des Strafverfahrens 6. Aufl. Rdn. 1187 a; Sander NStZ 1998, 207). Die maßgeblichen Gründe muß der Tatrichter im Ablehnungsbeschluß darlegen (BGHSt 21, 121, 123; 29, 149, 151). Dabei ist zu beachten, daß der späte Zeitpunkt der Antragstellung für sich allein kein ausreichendes Anzeichen für ein Bewußtsein des Antragstellers von der Nutzlosigkeit der beantragten Beweiserhebung ist (vgl. § 246 StPO; BGH NStZ 1984, 230; 1982, 41).

Hat der Verteidiger den Beweisantrag gestellt, so kommt es darauf an, ob dieser in Verschleppungsabsicht handelt. Liegen dem Antrag erkennbar Informationen des Angeklagten zugrunde, die der Verteidiger erst kurz vor der Antragstellung erlangt hat, so kann sich aus den gesamten Umständen gleichwohl ergeben, daß der Verteidiger sich eine Verschleppungsabsicht des Angeklagten zu eigen macht. So kann es auch liegen, wenn der Verteidiger aufgrund eigener Bewertung des Verfahrensverlaufs und des Verhaltens des Angeklagten nach der Überzeugung des Tatrichters eigenständig den sicheren Eindruck gewinnen mußte, der erstrebte Beweis werde nichts dem Angeklagten Günstiges ergeben, so daß allein das Ziel der Verfahrensverzögerung verbleibt. Hat der Tatrichter sich eine entsprechende Überzeugung von der Prozeßverschleppungsabsicht gebildet und diese unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände im Ablehnungsbeschluß dargelegt, prüft das Revisionsgericht dies lediglich darauf nach, ob die Erwägungen in tatsächlicher Hinsicht tragfähig und rechtlich zutreffend sind. ..."[403]

Verhalten von VerteidigerInnen als Indiz für Verschleppungsabsicht:

" ... In Fällen der vorliegenden Art kann auch der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO - sechste Alternative -) in Betracht zu ziehen sein, wenn ein Prozeßbeteiligter es ohne nachvollziehbaren Anlaß unterlassen hat, einem Zeugen, der eine Tatsache bekundet hat, vorhandene Erkenntnisse für deren Unrichtigkeit vorzuhalten, und erst nach Entlassung des Zeugen einen Beweisantrag zur Widerlegung von dessen Aussage stellt, wobei er zugleich in Kauf nimmt, daß für den Fall der Bestätigung seiner Behauptung durch den neu benannten Zeugen eine nochmalige Anhörung des mit seiner Zustimmung entlassenen Zeugen unerläßlich werden würde (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Prozeßverschleppung 1; Basdorf StV 1995, 310, 317). Für eine solche Fallkonstellation sind hier keine hinreichenden Anhaltspunkte gegeben. Zudem hat der Tatrichter selbst keine Verschleppungsabsicht angenommen. ..."[404]

Verschleppungsabsicht des Verteidigers bei Alibi-Beweisantrag nur aufgrund von

403 BGH, Beschluss vom 07.03.2001 - 1 StR 2/01
404 BGH, Urteil vom 12.06.1997 - 5 StR 58/97, ebenfalls bedenklich!

Angaben des Angeklagten:

> „ … Ergänzend bemerkt der Senat: Es ist eine Frage der Überzeugung des Tatrichters, die er begründen muß, ob ein Beweisantrag in Verschleppungsabsicht gestellt wurde. Eine solche Absicht auch des Verteidigers kann angenommen werden, wenn dieser nur auf Grund von Angaben des Angeklagten einen Beweisantrag stellt, von dessen Erfolglosigkeit er nach Überzeugung des Tatrichters auf Grund schwerwiegender entgegenstehender Indizien ausgeht, er sich also gleichsam als Werkzeug des in Verschleppungsabsicht handelnden Angeklagten mißbrauchen läßt (vgl. hierzu BGH NStZ 1984, 466; Kleinknecht/Meyer, StPO 40. Aufl. § 244 Rdn. 69).
>
> Davon ist das Landgericht hier fehlerfrei ausgegangen: Der seit fünf Monaten in Untersuchungshaft befindliche Angeklagte hatte am letzten Tag der Hauptverhandlung geänderte Tatsachenbehauptungen zu einem Alibi und der Herkunft großer Geldmengen aufgestellt und hierfür im Ausland lebende Zeugen benannt. Trotz erdrückender Beweislage - u.a. Bilder einer Raumkamera, Erkennungszeugen, große Geldausgaben beginnend am Tag des zur Last liegenden Banküberfalles - hatte der Verteidiger die Behauptungen ohne weiteres übernommen und die Beweisanträge gestellt (vgl. auch BGH NStZ 1990, 350). ...“[405]

Abgestellt werden darf auf die Person des verteidigten Angeklagten:

> " ... Wie der Beschluß ersehen läßt, ist die Strafkammer davon ausgegangen, daß ein ausreichender Grund zur Zurückweisung des vom Verteidiger gestellten Beweisantrags auch die Verschleppungsabsicht des Angeklagten sein kann, sofern er die Verteidigung maßgeblich selbst führt. Diese Ansicht steht in Einklang mit der Rechtsprechung (BGH NJW 1953, 1314; 1969, 281 f). Die vom Landgericht im Beschluß angegebenen Gründe tragen die Feststellung, daß der Angeklagte den Inhalt des Verteidigungsvorbringens wesentlich beeinflußt hat. Die Entscheidung ist daher nicht zu beanstanden, wenn sich ferner ergibt, daß der Tatrichter den Rechtsbegriff der Verschleppungsabsicht richtig verstanden und von seinem Ermessen rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht hat. Insoweit bestehen hier gleichfalls keine Bedenken. Die Strafkammer hat beachtet, daß dieser Ablehnungsgrund außer der Verschleppungsabsicht des "Antragstellers" die eigene Überzeugung des Tatrichters voraussetzt, die beantragte Beweiserhebung könne nichts Sachdienliches zu Gunsten des Angeklagten erbringen, werde aber den Abschluß des Verfahrens nicht unerheblich hinauszögern. Rechtlich unbedenklich ist weiter die Würdigung der einzelnen Umstände, aus denen das Landgericht das Vorliegen dieser Voraussetzungen gefolgert hat. Die Frage der Geeignetheit der sonstigen Beschlußbegründung kann danach unbeantwortet bleiben. ..."[406]

Fristablauf als Indiz für Prozessverschleppungsabsicht

Die dazu ergangenen Entscheidungen sind durch die „Modernisierung“ des Beweisantragsrechts als überholt anzusehen.[407] Die Fristsetzung zur Anbringung von Beweisanträgen erfordert nach Ansicht des BGH nicht mehr die Feststellung oder den konkreten Verdacht einer Absicht der Prozessverschleppung.[408]

Fristsetzung - § 244 VI 3, 4 StPO[409]

405 BGH, Beschluss vom 17.12.1992 - 1 StR 714/92
406 BGH, Urteil vom 04.04.1984 - 2 StR 767/83; zuvor BGH, Urteil vom 10.04.1953 - 1 StR 145/53
407 BGH, Beschluss vom 23.09.2008 - 1 StR 484/08
408 BGH, Beschlüsse vom 19.12.2023 und 07.03.2024 - 3 StR 160/22 weiter unten
409 Eingefügt schon durch das Gesetz vom 17.08.2017 - BGBl. 3202 (3209)

Angeblich soll dadurch das Verfahren beschleunigt werden. Verfristete Beweisanträge können im Urteil bescheiden werden.[410] Angeblich wird dadurch das Beweisantragsrecht nicht beschnitten, wobei noch einiges umstritten ist und Rechtsprechung dazu nur in wenigen Fällen zur Verfügung steht.[411] Durch die Neuregelung soll der Anwendungsbereich der Prozessverschleppung, wie u.a. vom BGH gefordert[412], erweitert werden.

Grundsätzlich befasste sich das BVerfG mit dem Thema der Fristsetzung und der „Entkernung des Beweisantragsrechts“[413] im Jahre 2009:

> " ... A. Die Verfassungsbeschwerde betrifft Fragen der Zulässigkeit und der Folgen einer Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren.
>
> I. 1. Wegen Steuerhinterziehung in 18 Fällen wurde der Beschwerdeführer durch Urteil des Landgerichts Münster vom 7. März 2008 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten verurteilt. Als Betreiber eines großen Autohauses hatte er Umsatzsteuern in Höhe von etwa 2,4 Millionen Euro hinterzogen. Dem Urteil ging folgender Verfahrensablauf voraus:
>
> Das Hauptverfahren gegen den Beschwerdeführer wurde erstmals ab Juni 2006 an insgesamt 18 Verhandlungstagen geführt. Wegen einer Erkrankung des Beschwerdeführers musste es im Januar 2007 abgebrochen und im Juli 2007 erneut begonnen werden. Am 19. September 2007, dem zehnten Hauptverhandlungstag, stellten die Verteidiger des Beschwerdeführers mehrere Beweisanträge. Nach Verlesung des letzten Antrags traf der Vorsitzende folgende Anordnung: Den Beteiligten wird zur Stellung von weiteren Beweisanträgen eine Frist bis zum 26.09.2007 gesetzt.
>
> Auf entsprechenden Antrag der Verteidigung verlängerte der Vorsitzende die Frist bis zum 9. Oktober 2007. Am nächsten Verhandlungstag beantragte der Verteidiger des Beschwerdeführers, diese Frist aufzuheben und verlangte den Erlass eines Kammerbeschlusses. Nach einer Unterbrechung wurde folgender Beschluss verkündet:
>
> Die vom Vorsitzenden angeordnete Fristsetzung für Beweisanträge wird bestätigt. Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es vor allem in umfangreichen Verfahren zulässig und sinnvoll, solche Fristen zu setzen. Die gesetzte Frist erscheint angemessen.
>
> Die Verteidigung stellte auch noch nach dem 9. Oktober 2007 Beweisanträge, die entgegengenommen und denen zum Teil nachgegangen wurde, obwohl es der Kammer ausweislich der Urteilsgründe 'von vornherein klar erschien, dass diese im Ergebnis nichts zur Entlastung des Angeklagten beitragen könnten'. Im Rahmen seines Schlussvortrages am 27. Verhandlungstag stellte der Verteidiger des Beschwerdeführers vier Hilfsbeweisanträge auf Vernehmung eines Zeugen. Deren Erhebung lehnte das Landgericht im Urteil ab, weil sie zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt seien. Die verspätete Benennung des Zeugen, dessen Vernehmung verlangt wurde -

410 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 94 ff zu § 244, die frühere Rechtsprechung ist damit überholt: z.B. BGH, Beschluss vom 20.07.2011 - 3 StR 44/11, BGH, Beschluss vom 28.10.2010 - 4 StR 359/10; zum „Missbrauch“ von Verfahrensrechten BGH, Beschluss vom 14.06.2005 - 5 StR 129/05

411 siehe Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 94 bis 99 zu § 244; Habetha, Konturen der Beweisantragsfrist im Strafprozess, NJW 2024, 1547 ff mit Hinweis u.a. auf BGH, Urteil vom 10.01.2024 - 6 StR 276/23

412 BGH, Beschluss vom 14.06.2005 - 5 StR 129/05; BGH, Beschluss vom 23.09.2008 - 1 StR 484/08

413 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 93g zu § 244

wobei seine Bedeutung übertrieben dargestellt worden sei -, sei von dem Zweck geprägt, eine Verurteilung an diesem Tage zu verhindern. Die Beweisaufnahme habe zuvor bereits häufiger beendet werden sollen. Dies sei jeweils daran gescheitert, dass die Verteidigung, nachdem seitens des Gerichts auf das bevorstehende Ende der Beweisaufnahme und das Anstehen der Plädoyers hingewiesen worden sei, weitere Beweisanträge gestellt habe, die schon viel früher hätten gestellt werden können und allesamt in der Sache ohne Bedeutung gewesen seien.

2. Durch Beschluss vom 23. September 2008 verwarf der Bundesgerichtshof die Revision des Beschwerdeführers als unbegründet.

a) Die Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 2 und Abs. 3 StPO sowie des Rechts auf ein faires Verfahren sei sowohl unzulässig als auch unbegründet.

aa) Für einen erschöpfenden Vortrag im Rahmen der Revision seien nämlich auch die Verfahrenstatsachen vorzutragen, die der erhobenen Rüge entgegenstehen könnten. Dies habe der Beschwerdeführer jedoch versäumt. Mit seiner Rüge mache er geltend, die Strafkammer habe die Hilfsbeweisanträge im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgewiesen, ohne zuvor auf den Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht hinzuweisen. Aus der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden der Strafkammer ergebe sich jedoch, dass dieser Hinweis erfolgt sei. Danach sei am 11. Hauptverhandlungstag, nachdem der Gerichtsbeschluss verkündet worden sei, der die Fristsetzung des Vorsitzenden bestätigt habe, mit den Verfahrensbeteiligten die Bedeutung der Fristsetzung erörtert worden. Der Vorsitzende habe darauf hingewiesen, dass es als Indiz für eine Verschleppungsabsicht gewertet werden könne, wenn Beweisanträge erst nach Fristablauf gestellt werden, und dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Zurückweisung der Beweisanträge wegen Prozessverschleppung in Betracht komme. Der Beschwerdeführer sei verpflichtet gewesen, dies mitzuteilen. Infolgedessen sei die erhobene Verfahrensrüge unzulässig.

bb) Die Rüge sei auch unbegründet. Das Landgericht habe die Hilfsbeweisanträge zu Recht wegen Prozessverschleppungsabsicht abgelehnt. Die entsprechenden Voraussetzungen habe es unter umfassender Betrachtung aller Umstände festgestellt, wobei es ihm nicht verwehrt gewesen sei, das voraussichtliche Beweisergebnis vorweg zu würdigen. Auf den Umstand, dass es als Indiz für eine Verschleppungsabsicht gewertet werden könne, wenn Beweisanträge nach Fristablauf gestellt werden, seien die Verfahrensbeteiligten hingewiesen worden. Die Strafkammer habe auch ohne Rechtsfehler dargelegt, dass die beantragte Beweiserhebung zu einer wesentlichen Verzögerung des Verfahrens geführt hätte. Es sei auch zulässig gewesen, die Hilfsbeweisanträge gestützt auf den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung erst im Urteil abzulehnen. Es habe kein Anlass bestanden, dem Beschwerdeführer nochmals die Möglichkeit zur Verteidigung gegen den Verschleppungsvorwurf zu geben.

b) Soweit mit der Revision darüber hinaus die Verletzung von § 246 Abs. 1 StPO gerügt werde, sei diese Rüge unbegründet. Eine Befugnis zur Fristsetzung folge aus dem Recht und der Pflicht des Vorsitzenden zur Sachleitung des Verfahrens. Bei Verfahren, die bereits seit längerem andauerten, insbesondere solchen mit einer Hauptverhandlung, die mindestens zehn Verhandlungstage umfasse, sei eine solche Vorgehensweise regelmäßig im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz angezeigt, um eine hinreichend straffe Verhandlungsführung zu ermöglichen. § 246 Abs. 1 StPO verbiete demgegenüber lediglich aufgrund des im Strafprozess geltenden Prinzips materieller Wahrheit eine Präklusion von Beweisvorbringen aufgrund Zeitablaufs. Eine Präklusion stelle dies indes nicht dar. Würden Anträge nicht innerhalb der gesetzten Frist gestellt, ergäben sich deutliche Indizien für das Vorliegen einer Verschleppungs-

absicht. Der Antragsteller sei verpflichtet, Gründe für die verspätete Antragstellung nachvollziehbar und substantiiert darzulegen. Die Amtsaufklärungspflicht, § 244 Abs. 2 StPO, bleibe hiervon unberührt.

II. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 2, Art. 19 Abs. 4, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG.

1. Soweit der Bundesgerichtshof den nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO vorgeschriebenen Vortrag als nicht hinreichend ansehe, liege darin eine Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG verletzende Überspannung der Anforderungen an eine Verfahrensrüge. Nach dem damaligen Stand der Rechtsprechung sei ein Vortrag zu den informellen Äußerungen des Vorsitzenden nach der Fristsetzung nicht erforderlich gewesen. Es sei nicht ersichtlich gewesen, dass sich die Hinweise auch auf Hilfsbeweisanträge bezogen hätten. Soweit dem Beschwerdeführer vorgeworfen werde, er hätte die Beweisanträge auch unbedingt stellen können, werde übersehen, dass es Sache der Verteidigung sei, in welcher Form sie Beweisanträge stelle. Die formalen Anforderungen hinsichtlich der Fristsetzung und der damit verknüpften Hinweise seien unklar gewesen und seien es immer noch. Daher müsse es ausreichen, wenn sich der Beschwerdeführer auf die Wiedergabe des Protokolls beschränke.

2. Soweit die Hilfsbeweisanträge erst in den Urteilsgründen wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt worden seien, liege ein Verstoß gegen das Grundrecht auf ein faires Verfahren vor. Die bisherige Rechtsprechung, wonach der Vorwurf, mit einem Beweisantrag nichts weiter als eine Verfahrensverschleppung zu bezwecken, auch bei einem Hilfsbeweisantrag gemäß § 244 Abs. 6 StPO durch Beschluss vorab bekannt zu geben sei, damit Gelegenheit bestehe, sich dagegen zu verteidigen, sei von Verfassungs wegen geboten. Aufgrund der zwischenzeitlichen Verbescheidung mehrerer Beweisanträge habe für die Verteidigung kein Anlass bestanden, davon auszugehen, dass ein Beweisantrag gerade wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werde. Der Beschwerdeführer habe nicht mit der Deutung rechnen müssen, dass im Hilfsbeweisantrag ein konkludenter Verzicht auf eine Vorabbescheidung liege.

B. Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmevoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Sie ist unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten.

I. 1. Die Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen und die Ablehnung der im Schlussvortrag gestellten Hilfsbeweisanträge wegen Verschleppungsabsicht durch das Landgericht erst im Urteil ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Diese Vorgehensweise verletzt den Beschwerdeführer weder in seinem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG noch werden die Grenzen richterlicher Rechtsfindung, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, überschritten.

a) aa) Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten. Der Strafprozess hat das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (vgl. BVerfGE 80, 244 <255>; 95, 96 <140>), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen. Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachver-

halts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt. Die Strafprozessordnung gestaltet das Strafverfahren als ein vom Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung beherrschten Amtsprozess aus, in dem das Gericht von Amts wegen zur Erforschung der Wahrheit verpflichtet ist (§ 244 Abs. 2 StPO). Der in den Vordergrund gestellten Sicherung der Gerechtigkeit durch Aufklärung des wahren Sachverhalts entspricht das Recht des Angeklagten, sich durch die Stellung von Beweisanträgen, die nur unter engen Voraussetzungen abgelehnt werden können, an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv zu beteiligen (vgl. BVerfGE 57, 250 <279>; 63, 45 <69>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 21. August 1996 - 2 BvR 1304/96 -, NJW 1997, S. 999 <1000>). Demnach kann der Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren auch durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 118, 212 <231>).

Die Bestimmung der verfahrensrechtlichen Befugnisse, die dem Beschuldigten nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens im Einzelnen einzuräumen sind und deren Ausgestaltung obliegt jedoch in erster Linie dem Gesetzgeber und sodann - in den vom Gesetz gezogenen Grenzen - den Gerichten bei der ihnen obliegenden Rechtsauslegung und -anwendung. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt allerdings erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht - auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte - ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 57, 250 <276>; 64, 135 <145 f.>). Im Rahmen dieser Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfGE 47, 239 <250>; 80, 367 <375>). Das Rechtsstaatsprinzip, das die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält (vgl. BVerfGE 7, 89 <92>; 74, 129 <152>; stRspr), fordert nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>). Verfahrensgestaltungen, die den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege dienen, verletzen daher nicht von vornherein den grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten dabei, gemessen am früheren Zustand, zurückgenommen werden (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07 -, NJW 2009, S. 1469 <1474>). Es bedarf vielmehr einer Gesamtabwägung.

Eng mit dem Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege verknüpft ist zudem das Beschleunigungsgebot. Auch dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ist bei der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 41, 246 <250>; 63, 45 <68 f.>). Eine funktionstüchtige Strafrechtspflege erfordert nicht nur die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs überhaupt, sondern auch eine Durchsetzung innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens, dass die Rechtsgemeinschaft die Strafe noch als Reaktion auf geschehenes Unrecht wahrnehmen kann. Unnötige Verfahrensverzögerungen stellen nicht nur die Zwecke der Kriminalstrafe in Frage; sie beeinträchtigen auch das verfassungsrechtlich abgesicherte öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess, da die Beweisgrundlage durch Zeitablauf verfälscht werden kann (vgl. BVerfGE 57, 250 <280>). Zudem gebieten auch Gesichtspunkte des Opferschutzes eine Beschleunigung des Strafverfahrens. Überlange Verfahren stellen gerade auch für die Opfer von Straftaten eine besondere Belastung dar (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07 -, NJW 2009, S. 1469 <1474>).

bb) Bei der Prüfung, ob die angegriffenen Entscheidungen die Grenzen richterlicher

Rechtsfindung wahren, hat das Bundesverfassungsgericht die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode nicht umfassend auf seine Richtigkeit zu untersuchen. Vielmehr beschränkt es auch im Bereich des Strafprozesses seine Kontrolle, soweit es um die Wahrung der Kompetenzgrenzen aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG geht, auf die Prüfung, ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07 -, NJW 2009, S. 1469 <1470>).

b) Nach diesen Grundsätzen begegnet vorliegend weder die Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren noch die Ablehnung von Hilfsbeweisanträgen erst im Urteil verfassungsrechtlichen Bedenken.

aa) Den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen und hiernach gestellte Anträge im Einzelfall wegen Prozessverschleppung nach § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO abzulehnen, stellt weder eine unzulässige richterliche Rechtsfindung dar, noch ist dies mit Blick auf eine Gesamtschau des Strafverfahrens verfassungsrechtlich zu beanstanden. Die Vorgehensweise des Landgerichts stellt keine faktische Umgehung des § 246 Abs. 1 StPO dar. Dieser verbietet eine Beweiserhebung deshalb abzulehnen, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht wurde (vgl. RGSt 12, 335; Fischer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 246 Rn. 1). Dem liegt das Gebot, die materielle Wahrheit zu erforschen und festzustellen, zugrunde. Unabhängig von der Frage, mit welchen Inhalten und Wirkungen § 246 Abs. 1 StPO verfassungsrechtliche Kerngehalte beschreibt, folgt hieraus jedenfalls das Verbot, Beweisanträge allein wegen ihrer verspäteten zeitlichen Stellung abzulehnen. Nach dieser Vorschrift darf einem Verfahrensbeteiligten grundsätzlich nicht vorgeschrieben werden, wann er einen Beweisantrag zu stellen hat (vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 1990 - 4 StR 658/89 -, NStZ 1990, S. 350 <351>). Vorliegend wurde der Beweisantrag aber nicht etwa deshalb abgelehnt, weil der Antrag verspätet gestellt war. Ablehnungsgrund war § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO, weil die Stellung der Beweisanträge ausschließlich zum Zwecke der Prozessverschleppung erfolgte.

(1) Diese Vorgehensweise führt auch nicht zu einer dem geltenden Strafverfahrensrecht fremden und verfassungsrechtlich bedenklichen "verkappten Präklusion des Beweisantragsrechts" (so aber Beulke/Ruhmannseder, NStZ 2008, S. 300 <302>). Die hier zu beurteilende Fristsetzung bedeutet keine Ausschlussfrist, sondern führt im Fall ihrer Nichtwahrung durch die Verfahrensbeteiligten dazu, dass das Gericht "signifikante Indizien" für das Vorliegen einer Voraussetzung des Ablehnungsgrundes der Prozessverschleppung annehmen kann. Neben den objektiven Voraussetzungen des § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO, wonach die verlangte Beweiserhebung nach Ansicht des Gerichts nichts Sachdienliches zugunsten des Antragstellers erbringen kann und des weiteren geeignet ist, den Abschluss des Verfahrens wesentlich hinauszuzögern (vgl. hierzu jüngst kritisch BGHSt 51, 333 <342 f.>), muss in subjektiver Hinsicht gerade hinzukommen, dass sich der Antragsteller der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung bewusst ist und er ausschließlich die Verzögerung des Verfahrens bezweckt (vgl. BGHSt 51, 333 <336>; BGH, Beschluss vom 18. September 2008 - 4 StR 353/08 -, NStZ-RR 2009, S. 21). Dieses subjektive Element kann sich dem Gericht aufgrund äußerer Beweisanzeichen erschließen (vgl. Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl. 1983, S. 643). Als ein, im Rahmen der hiernach anzustellenden Gesamtbetrachtung maßgebendes Indiz für das Vorliegen der Verschleppungsabsicht, lässt der Bundesgerichtshof nunmehr eine Antragstellung nach Ablauf einer richterlich gesetzten Frist zu. Hierdurch wird das subjektive und damit regelmäßig schwer beweisbare Moment der Verschleppungsabsicht (vgl. Beulke, in: Festschrift für Amelung,

2009, S. 543 <554>) anhand objektiver Anzeichen erschlossen. Mit der Fristsetzung betont das Gericht, aus welchen äußeren Beweisanzeichen es im Einzelfall auf das Vorliegen der Verschleppungsabsicht schließen will. Dabei handelt es sich lediglich um einen von mehreren Umständen, der das Vorliegen auch nur einer Voraussetzung des Ablehnungsgrundes des § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO begründen kann. Es ist also auch zukünftig ausgeschlossen, einen Beweisantrag allein aufgrund eines zeitlich verzögerten Vorbringens abzulehnen. In die entsprechende Prüfung ist das gesamte bisherige Prozessverhalten einzubeziehen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 1990 - 4 StR 658/89 -, NStZ 1990, S. 350 <351>; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 239). Dem ist das Landgericht in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise nachgekommen, als es im Wege einer umfassenden Abwägung bisherigen Prozessverhaltens die subjektive Voraussetzung der Verschleppungsabsicht bejahte.

(2) Die Fristsetzung lässt die Pflicht zur Ermittlung des wahren Sachverhalts unberührt. Dem Gebot der Sachaufklärung und Wahrheitserforschung als den zentralen Verfahrensanforderungen des Strafprozesses wird Rechnung getragen. Selbst wenn aus der Antragstellung nach Fristablauf und etwaigen weiteren Indizien das Vorliegen der Verschleppungsabsicht offensichtlich ist, muss das Gericht prüfen, zu welchem Ergebnis der Antrag führen kann. Nur wenn es überzeugt ist, dass die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches ergeben wird, darf es den Antrag nach § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO ablehnen (vgl. BGHSt 21, 118 <122>; Senge, in: Festschrift für Kay Nehm, 2006, S. 339 <344 f.>).

Gebietet somit die Pflicht zur Erforschung der Wahrheit, dem Beweisantrag in der Sache nachzugehen, darf er nach Fristüberschreitung nicht wegen Prozessverschleppung abgelehnt werden. Dies mildert etwaige mit der Fristsetzung einhergehende Einschränkungen der Verteidigung ab und wahrt die grundrechtlich verbürgten Rechte des Beschuldigten auf ein faires Verfahren.

(3) Auch nach einer Fristsetzung hat der Antragsteller die Möglichkeit, sich an der Sachverhaltsaufklärung aktiv zu beteiligen. Der Fristablauf führt lediglich zu einer widerlegbaren Indizwirkung. Selbst wenn nach Ansicht des Gerichts dem Gebot der Aufklärung des wahren Sachverhalts Genüge getan wurde und aus dem Umstand der Antragstellung nach Fristablauf und etwaiger weiterer Indizien auf das Vorliegen einer Verschleppungsabsicht geschlossen wird, kann der Antragsteller dieser Indizwirkung entgegentreten. Hierzu bedarf es eines Tatsachenvortrags, der den gewählten Zeitpunkt der Antragstellung näher begründet.

Dass der Antragsteller hierfür, wie teilweise angenommen, etwaige Verteidigungsstrategien offen legen müsste und hierdurch möglicherweise Einbußen in seinem Recht auf freie Verteidigung erleiden könnte (so Beulke/Ruhmannseder, NStZ 2008, S. 300 <302>; Jahn, JuS 2009, S. 372 <373>; König, StV 2009, S. 171 <172>), ist nicht zu beanstanden. Die "Gefahr", dass der Angeklagte im Einzelfall gehalten ist, Teile seiner Verteidigungsstrategie zu offenbaren, bestand bereits nach bisheriger Rechtsprechung. Wollte etwa der Antragsteller nach Ablehnung des Hilfsbeweisantrags wegen Prozessverschleppung durch Beschluss (vgl. BGHSt 22, 124 <125>) einen Beweisantrag gleichen Inhalts und gleicher Zielrichtung anbringen, war er gehalten, zur Entkräftung des erneuten Vorwurfs, er stelle den Antrag nicht zur Wahrheitsfindung, die Gründe für die nunmehrige Antragstellung nachvollziehbar offen zu legen. Zudem nimmt die Rechtsprechung eine Pflicht zu näheren Ausführungen bei der Stellung von Beweisanträgen auch in anderen Fällen an. So wird dem Tatrichter, der den Verdacht hat, die Beweistatsache werde aufs Geratewohl behauptet, das Recht zugestanden, den Antragsteller nach seinen Wissensquellen und den Gründen für seine Vermutung zu befragen (vgl. RG, Urteil vom 22. November 1926 - 2 D 918/26 -, JW 1927, S. 911).

Gibt der Antragsteller daraufhin keine plausible Antwort, liegt nur ein Beweisermittlungsantrag vor, den der Vorsitzende ohne Bindung an den Ablehnungskatalog und ohne formelles Beschlusserfordernis, § 244 Abs. 6 StPO, verwerfen kann (vgl. Schatz, Das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik, 1999, S. 354). Auch hat der Bundesgerichtshof bisher vereinzelt das Fehlen einer nachvollziehbar begründeten Beweiserwartung als Indiz für das Vorliegen von Verschleppungsabsicht gewertet (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 1986 - 3 StR 10/86 -, NStZ 1986, S. 519 <520>; Urteil vom 3. August 1988 - 2 StR 360/88 -, juris, Absatz-Nr. 17).

Zudem besteht in den Prozesskonstellationen, in welchen eine Fristsetzung ernsthaft in Betracht kommt, keine gesteigerte, grundrechtlich verankerte Schutzpflicht des Gerichts zur Geheimhaltung einer Verteidigungsstrategie. Eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen kann im Allgemeinen erst dann gesetzt werden, wenn das Gericht seinerseits davon überzeugt ist, alles zur Erforschung der Wahrheit (§ 244 Abs. 2 StPO) Erforderliche unternommen zu haben. Dies setzt grundsätzlich eine Beweisaufnahme und regelmäßig ein bereits länger andauerndes Hauptverfahren voraus. Bereits im eigenen Interesse wird das Gericht von der Möglichkeit der Fristsetzung keinen übertrieben frühzeitigen und keinen ausufernden Gebrauch machen, um nicht eine verfrühte, die Hauptverhandlung überfrachtende Stellung sachwidriger Beweisanträge zu provozieren (vgl. Basdorf, StV 1995, S. 310 <314>). Es ist jedoch fraglich, welche Verteidigungsstrategie in derartigen Prozesskonstellationen noch verfolgt werden könnte, die es nicht erlaubt, zur Widerlegung einer Verschleppungsabsicht partiell offen gelegt zu werden. Dabei kann im Ergebnis dahinstehen, ob bei später Beweisantragstellung allein derartige taktische Gründe im Vordergrund stehen, die mit dem Bedürfnis nach aktiver Teilhabe an der gerichtlichen Wahrheitsfindung kaum etwas zu tun haben (vgl. Basdorf, StV 1995, S. 310 <314>). Jedenfalls trifft den Antragsteller gerade in solchen Situationen auch eine eigene Prozessverantwortlichkeit. Die vom Beweisantragsrecht gewährte Rechtsmacht bezweckt die Wahrheitsfindung und ist zugleich Ausdruck und Anerkennung der Subjektstellung des Angeklagten. Dieser Subjektstellung korreliert aber wiederum die eigene Prozessverantwortlichkeit des Antragstellers (so auch Schatz, Das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik, 1999, S. 341). Hieraus folgt im Einzelfall auch die Pflicht, Angaben zur Motivation der Stellung eines Beweisantrags zu machen, um damit eine Prozessverschleppungsabsicht zu widerlegen.

Jedoch dürfen an das Vorliegen sachlicher Gründe für den Zeitpunkt der Antragstellung keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Die Strafprozessordnung kennt weder einen Ablehnungsgrund der "mangelnden Plausibilität", noch grundsätzlich das Erfordernis, Ausführungen zu zeitlichen Momenten der Antragstellung zu machen (vgl. Scheffler, in: Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Rn. VII. 803). Hinzu kommt, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Antragsteller grundsätzlich nicht verwehrt ist, auch solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, die er lediglich für möglich hält oder nur ver- mutet (vgl. BGHSt 21, 118 <125>; BGH, Urteil vom 17. September 1982 - 2 StR 139/82 -, NJW 1983, S. 126 <127>; BGH, Beschluss vom 4. April 2006 - 4 StR 30/06 -, NStZ 2006, S. 405). Zudem hat sich das Gericht auch selbst mit den Möglichkeiten auseinanderzusetzen, die gegen eine Verschleppungsabsicht sprechen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1982 - 2 StR 374/81 -, NStZ 1982, S. 291 <293>; BGH, Urteil vom 9. Dezember 1983 - 2 StR 490/83 -, NStZ 1984, S. 230). Dies gebietet es, die Anforderungen an die Darlegung des zeitlichen Grundes der Stellung eines Beweisantrags nicht zu überspannen. Das Gericht hat daher im Einzelfall zu prüfen, von welcher Gewichtigkeit die Indizien für das Vorliegen der Verschleppungsabsicht sind und hiervon ausgehend die Anforderungen an ihre Widerlegung zu bemessen.

(4) Die Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen trägt im Einzelfall auch dem Gebot effektiver und beschleunigter Durchführung von Strafverfahren Rechnung. Sie beugt der Gefahr vor, dass durch sukzessive Beweisantragstellung der Abschluss des Verfahrens hinausgezögert wird. Die leichtere Beweisbarkeit der Verschleppungsabsicht ermöglicht eine zielgerichtete Führung des Strafprozesses zur Wahrheitserforschung. Damit wird dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer funktionstüchtigen Strafverfolgung Rechnung getragen. Müsste das Gericht allen Anträgen und Anregungen des Angeklagten auf weitere Sachaufklärung nachgehen, in denen ein konkreter Zusammenhang zur Wahrheitsermittlung nicht aufgezeigt ist, gewänne der Angeklagte einen Einfluss auf Umfang und Dauer des Verfahrens, der über das zu seiner Verteidigung Gebotene hinausginge und dazu führen könnte, dass die - auch im Interesse des Beschuldigten - rechtsstaatlich geforderte Beschleunigung des Strafverfahrens ernstlich gefährdet wäre (vgl. BVerfGE 63, 45 <68 f.>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 21. August 1996 - 2 BvR 1304/96 -, NJW 1997, S. 999 <1000>). Auch die Interessen der Opfer von Straftaten gebieten eine beschleunigte Verfahrensdurchführung. Je länger ein Verfahren andauert, desto länger wird das Opfer über seine Pflicht - gegebenenfalls erneut - über das Tatgeschehen aussagen zu müssen, im Unklaren gelassen (vgl. Bünger, NStZ 2006, S. 305 <310>; Basdorf, StV 1995, S. 310 <312>).

(5) Da die Fristsetzung wie aufgezeigt nicht zur Folge hat, dass hiernach gestellte Beweisanträge als verspätet abgelehnt werden können, wird die der Norm des § 246 Abs. 1 StPO innewohnende gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und somit die Grenzen richterlicher Rechtsfindung gewahrt.

bb) Auch die Ablehnung der Hilfsbeweisanträge erst im Urteil verstößt vorliegend nicht gegen das Grundrecht des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren, welches aus Art. 2 Abs.1 und Abs. 2 in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt.

Zwar hat der Angeklagte das Recht, sich an der Aufklärung des wahren Sachverhalts durch die Stellung von Beweisanträgen aktiv zu beteiligen (vgl. BVerfGE 57, 250 <279 f.>; Niemöller/Schuppert, AÖR 107 <1982>, S. 387 <427>). Jedoch ergeben sich aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens weder einzelne, mit Verfassungsrang ausgestattete Beweiserhebungsansprüche (vgl. Niemöller/ Schuppert, AÖR 107 <1982>, S. 387 <428>) noch konkrete Folgerungen für die Behandlung eines Beweisantrags (vgl. BVerfG, Vorprüfungsausschuss, Beschluss vom 14. August 1984 - 2 BvR 961/84 -, NStZ 1985, S. 35).

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, Hilfsbeweisanträge, die an eine Bedingung geknüpft sind, welche sich erst im Zuge der endgültigen Urteilsberatung erfüllt oder auch als nicht gegeben herausstellt, abweichend von § 244 Abs. 6 StPO erst im Urteil zu bescheiden (vgl. RGSt 3, 222 <224>; 29, 438 <439>). Der Antragsteller gibt durch diese Form der Antragstellung zu erkennen, dass seine Beweismöglichkeiten erschöpft sind und dass er auch für den Fall, dass der Beweisantrag abgelehnt wird, Anträge anderer Art nicht mehr wird stellen können. Er zeigt, dass er "alle Pfeile verschossen" hat (vgl. Mannheim, JW 1927, S. 3062 <3063>). Hinzu kommt, dass sich letztlich erst in der Urteilsberatung zeigt, ob die Bedingung eingetreten ist. Daher liegt in dieser Form der Antragstellung regelmäßig ein Verzicht auf eine Vorabbescheidung (vgl. Fischer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 244 Rn. 92).

Die hiervon gemachte Rückausnahme in Fällen beabsichtigter Ablehnung wegen Prozessverschleppung begründete die Rechtsprechung zunächst in erster Linie mit einer Rücksichtspflicht gegenüber dem Verteidiger und dessen standesrechtlicher Situation (vgl. KG, Urteil vom 6. Januar 1954 - 1 Ss 427/53 -, JR 1954, S. 231 <232>).

Auch habe der Angeklagte selbst ein Recht, schon vor Ergehen des Urteils von einem von seiner Einflussnahme unabhängigen, ihm abträglichen Verhalten seines Verteidigers, dessen Tragweite er ohne besonderen gerichtlichen Hinweis oft gar nicht werde übersehen können, in Kenntnis gesetzt zu werden, um möglicherweise seinen Verteidiger zur Zurücknahme des Hilfsbeweisantrags zu bewegen, oder ihm im äußersten Falle das Mandat zu entziehen. In der Folgezeit wurde nicht mehr explizit auf Verteidigerinteressen abgestellt, sondern allgemein betont, dass der Antragsteller die Möglichkeit erhalten müsse, den Vorwurf der Verschleppungsabsicht zu entkräften oder die sonst infolge der Ablehnung des Beweisantrags notwendigen Maßnahmen zu treffen, was nur bei einer Verbescheidung des Beweisantrags vor Urteilserlass möglich sei (vgl. BGHSt 22, 124 <125>).

Der Bestimmung des maßgebenden Entscheidungszeitpunkts liegen damit in erster Linie Schutzerwägungen zugrunde. Die genannte Rückausnahme für den Fall der beabsichtigten Ablehnung wegen Prozessverschleppung dient dem Antragsteller lediglich dazu, sich vom durchaus erheblichen Vorwurf, der Antrag sei ausschließlich zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt, zu entlasten. Ein solcher Antragsteller hat nämlich durch die Form des Hilfsbeweisantrags gezeigt, dass seine Beweismöglichkeiten erschöpft sind. Er hat durch die bedingte Antragstellung grundsätzlich auf eine Bescheidung vor Urteilserlass verzichtet. Mannigfaltige Reaktionsmöglichkeiten auf die Ablehnung des Beweisantrags wegen Prozessverschleppung stehen ihm damit ebenso wenig zur Verfügung, wie im Falle des Rückgriffs auf einen anderen Ablehnungsgrund (kritisch zu dieser Rückausnahme Fischer in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 244 Rn. 93).

Dem Interesse, sich vom Makel prozessverschleppenden Verhaltens zu entlasten, wurde vorliegend Rechnung getragen. Den Prozessbeteiligten wurden entsprechende Hinweise erteilt. Damit ist bekannt, welche prozessrechtlichen Folgen ein nach Fristablauf gestellter Antrag nach sich ziehen kann. Sie können dem Vorwurf, nur im Interesse der Verfahrensverzögerung zu agieren, im Vorfeld begegnen. Sie sind ebenso wie im Falle einer Vorabbescheidung in die Lage versetzt, ihr weiteres prozessuales Verhalten einzurichten, etwa vom Selbstladerecht eines Zeugen Gebrauch zu machen. Dass der Antragsteller mit Blick auf die hiernach notwendige Begründung des Beweisantrags im Vergleich zu einer Vorabbescheidung vom Reagierenden zum Agierenden werden muss, schränkt seine Verteidigungsrechte nicht in verfassungsrechtlich unzumutbarer Weise ein und macht ihn nicht in höherem Maße schutzwürdig.

Der Umstand, das Beweisanträge nach Fristsetzung vorliegend - auch positiv - beschieden wurden, ändert nichts an der fehlenden Schutzwürdigkeit des Beschwerdeführers. Da es sich um unbedingt gestellte Anträge handelte, war hierüber gemäß § 244 Abs. 6 StPO durch Beschluss vor Urteilserlass zu entscheiden. Soweit sich aus dem insoweit pauschalen Vortrag des Beschwerdeführers ergibt, dass diese Anträge nicht sämtlich wegen Verschleppungsabsicht zurückgewiesen wurden, ist dies auch dem Umstand geschuldet, dass das Vorliegen der Voraussetzungen dieses Ablehnungsgrundes nicht ein für allemal für das ganze Verfahren entschieden werden kann, sondern für jeden Beweisantrag und für jede einzelne Beweisfrage besonders geprüft werden muss (vgl. BGHSt 21, 118 <124>). Da auch ein Antragsteller, dessen Streben allgemein dahin geht, den Prozess zu verschleppen, mitunter einzelne Beweiserhebungen in der Hoffnung beantragt, dass hierdurch das Verfahrensergebnis zu seinen Gunsten beeinflusst wird, ist in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO gegeben sind.

Zwar stellt das Landgericht hierauf nicht entscheidend ab, sondern betont, dass es den Beweisanträgen entgegen der eigenen Überzeugung stattgegeben habe. Je-

> doch kann sich der Beschwerdeführer infolge einer derartigen Verbescheidung nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen an der künftigen Nichtanwendung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht berufen. Das Gericht hat den Beweisantrag wegen Prozessverschleppung und nicht wegen zu später Antragstellung abgelehnt. Es kann vernünftigerweise kein Verfahrensbeteiligter erwarten, dass sich das Gericht dieser Möglichkeit, welche es sich durch die Fristsetzung gerade eröffnen wollte, ohne weiteres entledigt.
>
> Schließlich würde die Pflicht, die wegen Verschleppungsabsicht zurückzuweisenden Hilfsbeweisanträge vorab zu bescheiden, das mit der Fristsetzung verfolgte Ziel einer effektiven und beschleunigten Durchführung des Strafprozesses konterkarieren. Der durch die eigentliche Fristsetzung intendierte Beschleunigungseffekt würde durch die Unmöglichkeit auch in diesen Fällen vom Grundsatz des § 244 Abs. 6 StPO im Wege einer am Zweck orientierten, einschränkenden Auslegung abzurücken, zunichte gemacht. Dies zeigt, dass entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers von der Fristsetzung erkennbar auch Hilfsbeweisanträge erfasst sein sollten.
>
> 2. Die angegriffene Entscheidung des Bundesgerichtshofs verletzt den Beschwerdeführer auch nicht in seinem aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz. Die Verwerfung der Revision als unzulässig erschwert den Zugang zum Revisionsgericht nicht in einer Weise, die aus Sachgründen nicht zu rechtfertigen ist.
>
> Auf der Verwerfung der auf § 244 Abs. 6 StPO gestützten Verfahrensrüge als unzulässig beruht das Urteil nicht (vgl. hierzu BVerfGE 112, 185 <215>). Der Bundesgerichtshof nimmt ausdrücklich und umfangreich dazu Stellung, dass diese Rüge bei der gegebenen Sachlage auch unbegründet wäre. Damit kann ausgeschlossen werden, dass der Bundesgerichtshof, hätte er die Rüge als zulässig angesehen, zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. ..."[414]

Kurz darauf bestätigte das BVerfG die Zulässigkeit von Fristsetzungen mit dem Hinweis, dass sehr kurze Fristen von unter 24 Stunden die Grenzen überschreiten:

> " ... Das Setzen einer Frist zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren ist verfassungsrechtlich dem Grunde nach nicht zu beanstanden. Eine solche Fristsetzung wird jedoch nur in gewissen Prozesskonstellationen ernsthaft in Betracht zu ziehen sein (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Oktober 2009 - 2 BvR 2580/08 -, juris, Absatz-Nr. 29). Der Bundesgerichtshof spricht von einer "vorsichtigen und zurückhaltenden" Handhabung und konkretisiert die Voraussetzungen vorliegend dahingehend, dass regelmäßig zehn Verhandlungstage verstrichen sein müssen, das gerichtliche Beweisprogramm erledigt ist und bestimmte Anzeichen für Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten gegeben sein müssen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 23. September 2008 - 1 StR 484/08 -, NJW 2009, S. 605 <607>). Unabhängig von den einfachrechtlichen Voraussetzungen im Einzelnen, steht die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts und damit zur Wahrheitserforschung im Vordergrund (vgl. BVerfG, a.a.O., Absatz-Nr. 18 und 25). Hieran kann sich der Angeklagte durch die Stellung von Beweisanträgen aktiv beteiligen.
>
> Diese Möglichkeit auf effektive Teilhabe an der Sachverhaltsaufklärung wird vorliegend durch die sehr kurze Frist von unter 24 Stunden unzulässig beschnitten. Gerade im Hinblick auf die neue Prozesssituation, welche unmittelbar zuvor infolge der Abtrennung des Verfahrens gegen einen geständigen Mitangeklagten entstanden ist,

414 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 06.10.2009 - 2 BvR 2580/08 mit rascher Reaktion: BGH, Beschluss vom 10.11.2009 - 1 StR 162/09

werden die Verfahrensbeteiligten hierdurch gedrängt, binnen kurzer Zeit ihre Schlussfolgerungen aus dem prozessualen Vorgehen des Gerichts zu ziehen, dieses aus ihrer Sicht zu bewerten und ihr weiteres Prozessverhalten festzulegen. Die Frist muss es den Verfahrensbeteiligten jedoch ermöglichen, auf der Basis des bisherigen Prozessverlaufs, darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls welche Beweisanträge noch gestellt werden sollen. Dies setzt die Zubilligung eines derartigen Zeitrahmens voraus, der eine sachgerechte Überzeugungsbildung sowie anschließende Entscheidung und damit eine effektive Verfahrensteilhabe ermöglicht. Ob hierzu weniger als 24 Stunden ausreichen, ist im Einzelfall zu entscheiden und erforderlichenfalls zu begründen. Eine solche ist vorliegend weder erfolgt noch sonst ersichtlich.

Im Ergebnis stellt es jedoch keine Verkennung von Bedeutung und Tragweite des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar, wenn diese Rechtsanwendung nicht als die Besorgnis der Befangenheit begründender Umstand angesehen wird. Das Verhalten ist insgesamt betrachtet nicht willkürlich. Das Setzen einer Frist zur Stellung von Beweisanträgen verstößt als solches weder gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens noch stellt es eine unzulässige Rechtsfortbildung dar (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Oktober 2009 - 2 BvR 2580/08 -, juris, Absatz-Nr. 17).

Es fehlt ferner an Anhaltspunkten, dass allein infolge der Äußerung des Verteidigers der Beschwerdeführerin zu 2), man werde in der Hauptverhandlung "schon ordentlich Feuer" machen (vgl. Bl. 35 UA LG), ein nicht ausschließlich auf die Wahrheitserforschung zielendes Verteidigerverhalten vorlag. Unerheblich ist dabei, dass entsprechende Aussagen nicht auch vom Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) getätigt wurden. Erfolgt die Fristsetzung als Reaktion auf das Verhalten eines von mehreren Verteidigern oder Angeklagten, lässt sich nicht ohne Weiteres darauf schließen, das Gericht werde - auch - den anderen Angeklagten gegenüber, die sich entsprechende Aussagen nicht zu eigen machten, nicht mehr unvoreingenommen tätig. Die mit einer Fristsetzung intendierte Beschleunigung des Verfahrens kann nur erreicht werden, wenn diese gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten gesetzt wird. Dabei liegt die rechtsstaatlich geforderte Beschleunigung des Strafverfahrens sowohl im Interesse des Opfers als auch des Beschuldigten (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Oktober 2009 - 2 BvR 2580/08 -, juris, Absatz-Nr. 32). Gerade der Angeklagte, der durch sein vorheriges Verhalten zur Fristsetzung nicht unmittelbar Veranlassung bot, dürfte ein Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens haben. Der fehlende Ursachenbeitrag kann im Folgenden bei der Prüfung der Zurückweisung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht berücksichtigt werden. Hat der Angeklagte im bisherigen Prozessverlauf keine Anzeichen eines nicht primär auf die Wahrheitsermittlung ausgerichteten Verhaltens gezeigt, werden strengere Anforderungen an das Vorliegen der subjektiven Voraussetzung der Prozessverschleppungsabsicht zu stellen sein.

Zudem wurden die Beschwerdeführer durch die Fristsetzung im Ergebnis nicht unzumutbar beeinträchtigt. Das Gericht hat bereits zuvor auf einen baldigen Abschluss der Beweisaufnahme hingewiesen, wodurch die Beschwerdeführer in der Lage waren, ihr Verteidigungsverhalten entsprechend einzurichten. Da es sich um keine Ausschlussfrist handelt, kann sich ein Angeklagter auch nach Fristablauf noch aktiv an der Sachverhaltsaufklärung beteiligen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Oktober 2009 - 2 BvR 2580/08 -, juris, Absatz-Nr. 27), was in einer Gesamtschau die mit der Fristsetzung einhergehende Beschränkung der Rechte abmildert. ..."[415]

415 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 24.03.2010 - 2 BvR 2092/09

Noch ein weiteres Mal musste sich das BVerfG mit der Fristsetzung befassen:

> " ... Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie mangels Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG) unzulässig ist.
>
> Zwar erscheint es zweifelhaft, ob die Auslegung des § 244 Abs. 6 StPO in den angegriffenen Entscheidungen, wonach eine Frist zum Stellen von Beweisanträgen wirksam bleibt, wenn das Gericht - wie im vorliegenden Fall - nach der Fristsetzung erneut in die Beweisaufnahme eintritt, dem Anspruch auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) genügt (vgl. auch BTDrucks 18/11277, S. 35; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 244 Rn. 99; Krehl, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 244 Rn. 87e; Börner, JZ 2018, S. 232 <239>).
>
> Jedoch hätte die Beschwerdeführerin im Wege der Glaubhaftmachung nach § 244 Abs. 6 Satz 4 StPO a.F. (§ 244 Abs. 6 Satz 5 StPO n.F.) vorbringen können und müssen, dass zum einen die Stellung des Beweisantrags vom 15. Juni 2018 vor der Fristsetzung vom 15. Februar 2018 nicht möglich war, weil er sich auf die Einlassung des Mitangeklagten in den Hauptverhandlungsterminen vom Mai 2018 bezog, und dass zum anderen die Fristsetzung mit dem Wiedereintritt in die Beweisaufnahme gegenstandlos geworden ist. Hierdurch hätte eine Zurückweisung des Beweisantrags erst im Urteil möglicherweise verhindert werden können.
>
> Darüber hinaus hätte die Beschwerdeführerin die dargelegte Verletzung ihres Rechts auf ein faires und rechtstaatliches Verfahren mit der Einlegung des Zwischenrechtsbehelfs nach § 238 Abs. 2 StPO gegen das Unterlassen der Bescheidung des Beweisantrages im Hauptverhandlungstermin vom 15. Juni 2018 verhindern können (vgl. Schneider, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 238 Rn. 12; Becker, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2020, § 238 Rn. 18, jeweils m.w.N.).
>
> Schließlich hat es die Beschwerdeführerin versäumt, das Anhörungsrügeverfahren nach § 356a Satz 1 StPO durchzuführen, soweit der Bundesgerichtshof - insoweit dem Generalbundesanwalt folgend - angenommen hat, die Beschwerdeführerin hätte mit dem Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO bereits gegen die Fristsetzung vom 15. Februar 2018 vorgehen müssen. Eine solche Anhörungsrüge wäre nicht offensichtlich aussichtslos gewesen (vgl. BVerfGE 107, 395 <410 f.>; BVerfGK 11, 390 <393>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Oktober 2014 - 2 BvR 1569/12 -, Rn. 9 f.). ..."[416]

Die „Beschleunigungsgedanken" der Gesetzgebers und der Rechtsprechung finden an der Grenze zu rechtsstaatlichen Gebote statt. Folglich erfordern Entscheidungen zur „Verschleppung des Verfahren" einen enormen Begründungsaufwand, zumal es immer um eine bedenkliche Beschneidung von Verteidigungsrechten geht.[417] „Fristsetzungen" stellen einen schwerwiegenden Eingriff in den Anspruch auf rechtliches Gehör dar und beschränken die Verteidigungsrechte massiv:

> „ … 1. Die Rügen, die beide Angeklagte in Bezug auf die gemäß § 244 Abs. 6 Satz 3

416 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 08.05.2020 - 2 BvR 1905/19

417 Habetha, Das Beweisantragsrecht - vom scharfen Schwert zum zahnlosen Tiger?, StraFo 2024, 41-45); Güntge, StraFo 2024, 38-40; Gräber, Anforderungen an die Fristbestimmung zur Anbringung von Beweisanträgen, jurisPR-StrafR 7/2024 Anm 3; siehe zu den Tendenzen in der Praxis bei von Befangenheit geprägten Fristsetzungen: BGH, Beschluss vom 04.06.2024 - 2 StR 51/23

StPO gesetzte Frist zur Anbringung von Beweisanträgen erhoben haben, sind zum Teil unzulässig und im Übrigen unbegründet.

a) Dem liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Die Hauptverhandlung vor dem Kammergericht fand ab dem 22. November 2018 statt. Im Termin am 30. Oktober 2020 teilte der Vorsitzende mit, der Staatsschutzsenat beabsichtige derzeit nicht, die Beweisaufnahme über die fortzusetzende Vernehmung eines Zeugen hinaus von Amts wegen auf weitere Zeugen zu erstrecken. Mit Blick auf das verbleibende Beweisprogramm bat er die Bundesanwaltschaft und die Verteidigung, etwaige Anträge möglichst bis zum 5. November 2020 zu stellen. Anschließend wurden noch weitere Beweise erhoben und von den Verteidigern Anträge gestellt. Nachdem die Sachverständigen ihre Gutachten erstattet hatten und entlassen worden waren, verkündete der Vorsitzende im Termin am 5. März 2021, dem 151. Hauptverhandlungstag, drei Beschlüsse und stellte fest, dass damit alle Anträge erledigt seien. Ferner teilte er mit, dass er beabsichtige, für die Verfahrensbeteiligten eine Frist gemäß § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO zur Anbringung von Beweisanträgen bis zum 12. März 2021 zu bestimmen, und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Von dieser Möglichkeit wurde kein Gebrauch gemacht. Sodann gab der Vorsitzende eine Anordnung mit dem vorbezeichneten Inhalt bekannt und begründete sie. Auf einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung bestätigte der Staatsschutzsenat die Fristsetzung durch mit Gründen versehenen Beschluss vom 19. März 2021. Die nach Fristablauf gestellten Beweisanträge sind überwiegend in den Urteilsgründen beschieden.

b) Soweit die Beschwerdeführer einen fehlenden Hinweis auf die aus Sicht des Kammergerichts unzulängliche Glaubhaftmachung gemäß § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO als Verstoß gegen diese Vorschrift und § 338 Nr. 8 StPO geltend machen, erweisen sich die Rügen aus den vom Generalbundesanwalt dargelegten Gründen bereits als unzulässig. Im Übrigen sind sie unbegründet; denn die Bestimmung der Frist begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken:

aa) Die Fristsetzung zur Anbringung von Beweisanträgen gemäß § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO erfordert nicht die Feststellung oder den konkreten Verdacht einer Absicht der Prozessverschleppung.

Ob eine solche Anordnung über den Wortlaut der Vorschrift hinaus an weitere Merkmale geknüpft ist, insbesondere ob es zumindest hinreichender Verdachtsmomente für eine Verschleppungsabsicht als ungeschriebene Voraussetzung bedarf, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden und wird in der Literatur kontrovers betrachtet (für eine restriktive Auslegung der Vorschrift, wenngleich mit divergierenden Lösungsansätzen, Börner, JZ 2018, 232, 238; Krehl, FS Fischer, S. 705, 709 f.; Kudlich/Nicolai, JA 2020, 881, 886; Singelnstein/Derin, NJW 2017, 2646, 2651; KK-StPO/Krehl, 9. Aufl., § 244 Rn. 87b; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359h; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 244 Rn. 95b; SSW-StPO/Sättele, 5. Aufl., § 244 Rn. 145; demgegenüber Einschränkungen der Norm mit ausführlicher Begründung ablehnend Habetha, NJW 2021, 1288, 1289 f.; Schneider, NStZ 2019, 489, 493 ff.; ebenso Güntge, StraFo 2021, 92, 94 f.; Mosbacher, GA 2022, 481, 488 f. - insoweit abrückend von der in NStZ 2018, 9, 10 f. vertretenen Auffassung; Schlothauer, FS Fischer, S. 819, 823 ff.).

Bei Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden ist § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO dahin zu verstehen, dass der Vorsitzende eine Frist zur Anbringung von Beweisanträgen auch dann bestimmen darf, wenn kein tatsachenfundierter Verdacht einer anderenfalls drohenden Prozessverschleppung durch missbräuchlichen Einsatz des Beweisantragsrechts besteht.

(1) Der Wortlaut der Vorschrift spricht gegen ein solches Erfordernis. Die gesetzliche

Regelung kennt es gerade nicht, sondern sieht als einzige Voraussetzung für die Bestimmung der Frist den Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme vor.

(2) Die Entstehungsgeschichte der Norm gibt keinen eindeutigen Hinweis auf eine Vorstellung des Gesetzgebers, wonach eine Fristsetzung von (dem Verdacht einer) Verschleppungsabsicht abhängig sein sollte.

Die Regelungen des § 244 Abs. 6 Satz 3 bis 5 StPO wurden mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202) - damals als Satz 2 bis 4 - geschaffen. Dem zugrundeliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 18/11277) lassen sich Ausführungen sowohl für als auch gegen ein einschränkendes Verständnis des § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO entnehmen.

(a) Einerseits war erklärtes Ziel der Ergänzung der Vorschrift über die Bescheidung von Beweisanträgen, den Tatgerichten 'eine Möglichkeit an die Hand' zu geben, 'dem Stellen von Beweisanträgen zum Zwecke der Verfahrensverzögerung' zu begegnen (BT-Drucks. 18/11277 S. 14, 34).

Wenngleich der Regierungsentwurf die Verschleppungsabsicht, so wie sie die Rechtsprechung als Ablehnungsgrund definiert hatte (etwa BGH, Beschlüsse vom 9. Mai 2007 - 1 StR 32/07, BGHSt 51, 333 Rn. 15 ff.; vom 8. Juni 2011 - 3 StR 49/11, NStZ 2011, 646), nicht ausdrücklich aufgriff, ging er unter anderem darauf ein, dass die Neuregelung dem Gericht ein Instrument biete, das Verfahren trotz auf dessen Verzögerung zielender, auf nutzlose Beweiserhebungen gerichteter Beweisanträge effektiv zu fördern. Dort heißt es: 'Die vorgeschlagene Fristsetzung ermöglicht hingegen dem Gericht eine effiziente Verfahrensführung in den Fällen, in denen sich der Verdacht aufdrängt, dass Beweisanträge zu einem späten Verfahrenszeitpunkt mit dem Ziel der Verfahrensverzögerung gestellt werden und diese Anträge aufgrund der erforderlichen Bescheidung durch begründeten Beschluss das Verfahren lediglich verzögern ohne es weiter zu befördern' (BT-Drucks. 18/11277 S. 35). Ob der Gesetzgeber die genannten Verdachtsmomente für lediglich die Prozessverschleppung bezweckende Anträge als bloß naheliegenden, jedoch nicht allein erfassten Anlass für eine Fristsetzung verstanden wissen oder eine aus seiner Sicht stets gebotene restriktive Anwendung der Vorschrift zum Ausdruck bringen wollte, die allerdings keinen Eingang in den Gesetzestext fand, bleibt dabei letztlich offen.

(b) Andererseits verfolgte das Reformgesetz generell das Ziel, 'eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten' (BT-Drucks. 18/11277 S. 1, 13) und Regelungen zu schaffen, die 'unter Wahrung der Rechte aller Verfahrensbeteiligten der Verfahrensvereinfachung und Verfahrensbeschleunigung dienen' (BT-Drucks. 18/11277 S. 1).

Speziell die Schaffung der Befugnis zur Fristsetzung diente dazu, 'Verfahrensverzögerungen' zu vermeiden, 'die dadurch entstehen, dass der Angeklagte oder der Verteidiger erst nach Abschluss des gerichtlichen Beweisprogramms oder auch noch nach Schluss der Beweisaufnahme wiederholt neue Beweisanträge' stellt 'und diese dann im Laufe der Hauptverhandlung durch begründeten Beschluss beschieden werden müssen' (BT-Drucks. 18/11277 S. 34). Dies lässt sich dahin verstehen, dass dem Tatgericht allgemein die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, ein solches Verteidigungsverhalten zu verhindern. Auf einen tatsachenfundierten Verdacht künftiger in Verschleppungsabsicht gestellter Beweisanträge kommt es danach nicht an. Demgemäß genösse, obgleich der Verteidigung generell 'unbenommen' bleibt, 'Beweisanträge im Rahmen ihrer Verteidigungsstrategie (einstweilen) zurückzuhalten' (BT-Drucks. 18/11277 S. 34 f.), das taktisch motivierte sukzessive Anbringen von Beweiser-

suchen am Ende der Hauptverhandlung keinen rechtlichen Schutz mehr (vgl. Habetha, NJW 2021, 1288 f.; Schneider, NStZ 2019, 489, 490).

Bereits aus den Reihen der Expertenkommission, die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Vorfeld der Reform eingesetzt worden war, wurde ein entsprechendes Konzept vorgeschlagen, das eine im Grundsatz anlasslose Fristsetzung vorsah. Der Vorschlag war ausdrücklich darauf gerichtet, dem Vorsitzenden 'jenseits der Frage eines Missbrauchs von Verfahrensrechten' die Befugnis zur Bestimmung der Frist einzuräumen; diese 'Lösung' des Problems der missbräuchlichen Inanspruchnahme beweisrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten war bewusst 'unabhängig vom Kriterium der Verschleppungsabsicht' erarbeitet worden (Krauß, in: Bericht der Expertenkommission, Oktober 2015, Anlagenband I - Gutachten S. 578, 582; Sechste Sitzung der Expertenkommission am 11./12. Mai 2015, in: Bericht der Expertenkommission, Oktober 2015, Anlagenband II - Protokolle S. 187, 213). Deutlich mehr als die Hälfte der Kommissionsmitglieder nahmen den Vorschlag an (Sechste Sitzung der Expertenkommission am 11./12. Mai 2015, aaO, S. 219; zum Ganzen Habetha, NJW 2021, 1288 f.).

(c) Aus dem indifferenten Bild, das die Gesetzesmaterialien bieten, lassen sich somit keine sicheren Rückschlüsse auf die gesetzgeberische Haltung ziehen.

(3) Gesetzessystematische Erwägungen sprechen gegen eine an Verschleppungsabsicht anknüpfende Einschränkung der Norm.
Was den systematischen Zusammenhang des § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO betrifft, ist die erst mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2121) und damit zeitlich nachfolgend eingefügte Regelung des § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO in den Blick zu nehmen. Diese der auszulegenden Norm unmittelbar vorangestellte Vorschrift hat explizit den Umgang mit zum Zweck der Prozessverschleppung gestellten Beweisanträgen zum Gegenstand. Im Zuge der Einführung ließ der Gesetzgeber allerdings die Befugnis zur Fristsetzung unberührt, verknüpfte sie insbesondere nicht mit dem Erfordernis einem der Verschleppungsabsicht entsprechenden oder nahekommenden Kriterium. Ein solches für beide Regelungen zumindest ähnliches - teils geschriebenes, teils ungeschriebenes - Merkmal führte indes dazu, dass der Anwendungsbereich des § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO in wesentlichen Teilen leerliefe; denn das Tatgericht ist nach § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO bei festgestellter Verschleppungsabsicht ohnehin von der Pflicht zur Bescheidung der betreffenden Anträge gemäß § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO befreit (vgl. Güntge, StraFo 2021, 92, 95; ferner Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 244 Rn. 95a).

(4) Schließlich und maßgeblich widerstreiten Sinn und Zweck der Norm einem Verständnis, wonach eine Fristsetzung den konkreten Verdacht einer Verschleppungsabsicht voraussetzt.

Bei der teleologischen Auslegung des § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO ist zu berücksichtigen, dass die Fristsetzung dem Tatgericht ermöglichen soll, nach Durchführung der amtswegigen Beweisaufnahme den Abschluss des Verfahrens beschleunigt herbeizuführen und hierdurch eine effiziente Verfahrensgestaltung sicherzustellen. Dieser Zweck wäre konterkariert, wenn es hierzu in jedem Fall zunächst der Feststellung von hinreichenden Verdachtsmomenten für eine Verschleppungsabsicht in Bezug auf die von den Verfahrensbeteiligten gestellten Beweisanträge bedürfte. Dem Gericht wäre danach beispielsweise in Fällen, in denen Beweisanträge bislang nur angekündigt, aber nie oder nur vereinzelt gestellt wurden, die Möglichkeit einer Fristsetzung zur Beschleunigung des Verfahrens regelmäßig genommen. Dies könnte in der spruchrichterlichen Praxis zu dem Ergebnis führen, dass das Gericht nach Abschluss der von Amts wegen durchgeführten Beweisaufnahme erst über eine Vielzahl von Hauptver-

handlungstagen die Stellung von Beweisanträgen abwarten müsste, um anschließend - so sich dann ein entsprechender tatsachenfundierter Missbrauchsverdacht feststellen ließe - eine Frist nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO bestimmen zu können. Die vom Gesetzgeber intendierte Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung wäre in diesen Fällen kaum mehr zu erreichen.

Zudem würde in Fallkonstellationen, in denen von mehreren Verfahrensbeteiligten lediglich einzelne mit der Intention der Prozessverschleppung agieren, eine einheitliche Fristsetzung zu Wertungswidersprüchen führen, da sie gleichermaßen die Verfahrensbeteiligten träfe, welche die Anordnung nicht herbeigeführt haben (vgl. Schneider, NStZ 2019, 489, 494; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359k; SSW-StPO/Sättele, 5. Aufl., § 244 Rn. 146). Wäre in diesen Fällen eine solche Anordnung hingegen erst zulässig, wenn bei allen davon Betroffenen eine Verschleppungsabsicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt würde oder auch nur ein entsprechender konkreter Verdacht bestünde, liefe dies dem Zweck der Vorschrift im Sinne eines zügigen Verfahrensabschlusses - gerade in Umfangsverfahren mit vielen Verfahrensbeteiligten - ebenfalls erkennbar zuwider.

Insgesamt lässt sich das von dem Gesetzgeber mit der Einführung der Vorschrift verfolgte Ziel nicht mit einer Koppelung der Fristsetzung an ein der Verschleppungsabsicht entsprechendes oder nahekommendes Kriterium erreichen.

Den Tatgerichten sollte mit der Einführung der Möglichkeit der Fristsetzung ein effizientes Mittel zur Verfahrensbeschleunigung an die Hand gegeben werden; dieser Zweck ist mit einer derartigen Restriktion unvereinbar. Auch wenn vor dem Hintergrund, dass Beweisanträge im Regelfall vor Abschluss der Beweisaufnahme zu bescheiden sind und § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO eine davon abweichende Ausnahmevorschrift darstellt, grundsätzlich Anlass zu einer eher engen Auslegung besteht (vgl. BGH, Beschluss vom 21. April 2021 - 3 StR 300/20, BGHSt 66, 96 Rn. 15), bedeutet dies mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen nicht, dass eine solche einschränkende Interpretation ohne Anhalt im Gesetzeswortlaut geboten wäre, um dem Ausnahmecharakter der Norm Genüge zu tun. Vielmehr obliegt es den Tatgerichten, durch sachgerechte Ausübung des ihnen bei der Fristsetzung eingeräumten Ermessens die betroffenen Interessen einzelfallbezogen im Lichte der aufgezeigten gesetzgeberischen Anliegen gegeneinander abzuwägen und dies den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen. Insoweit ist nicht nur die sachleitende Anordnung des Vorsitzenden, sondern auch die auf eine Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO ergehende Entscheidung des Gesamtspruchkörpers beachtlich.

bb) Mit der Anordnung des Vorsitzenden vom 5. März 2021, mit der er die Frist zur Anbringung von Beweisanträgen bestimmte, und dem bestätigenden Beschluss des Staatsschutzsenats vom 19. März 2021 wurden die hierfür bedeutsamen prozessualen Umstände ausführlich sowie nachvollziehbar dargelegt und damit die fehlerfreie Ausübung des tatrichterlichen Ermessens belegt.

cc) Entgegen der Auffassung der Revisionen waren die von Amts wegen vorgesehenen Beweiserhebungen zum Zeitpunkt der Fristsetzung abgeschlossen.

Die Beweisaufnahme als solche hat keinen von außen festgelegten Umfang; vielmehr folgt ihre Ausgestaltung dem tatrichterlichen Ermessen in den Grenzen der Aufklärungsplicht. Das Tatgericht verschafft sich eigenständig unter Beteiligung der insoweit mitwirkungsberechtigten anderen Verfahrenssubjekte die tatsächlichen Grundlagen seiner Entscheidung über den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch (vgl. LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 3). Es ist insbesondere nicht an die Beweismittelliste der Anklageschrift gebunden (s. LR/Stuckenberg, StPO, 27. Aufl., § 200 Rn. 37). Eingedenk

dessen macht es für den Abschluss des gerichtlichen Beweisprogramms keinen Unterschied, ob das Gericht von vorneherein ein bestimmtes Beweismittel als für seine Entscheidungsfindung unerheblich erachtet und daher nicht zum Gegenstand der Beweisaufnahme macht oder ob es - wie hier - erkennbar von der Absicht einer solchen Beweiserhebung abrückt und die Beweisaufnahme aufgrund der geänderten Beurteilung nicht auf das Beweismittel erstreckt.

Der Vorsitzende des Staatsschutzsenats hatte bereits am 30. Oktober 2020 mitgeteilt, es sei nicht beabsichtigt, die Beweisaufnahme von Amts wegen auf weitere Zeugen zu erstrecken; dies galt auch für die ursprünglich geplante Vernehmung des Zeugen 'S.'. In gleicher Weise hinderte die gerichtlicherseits veranlasste, aber nicht abgewartete Auswertung des bei dem Angeklagten R. im Untersuchungshaftvollzug aufgefundenen Mobiltelefons nebst SIM-Karten nicht den Abschluss der amtswegigen Beweisaufnahme. Spätestens anlässlich der Fristsetzung brachte das Kammergericht zum Ausdruck, etwaige aus dieser Auswertung gewonnene Erkenntnisse nicht zum Gegenstand seiner Entscheidungsfindung machen zu wollen. Der Entschluss, nicht weiter zu warten, lag darin begründet, dass es bei der Auswertung zumindest primär um Umstände ging, welche die Haftgründe berührten. Im Übrigen hatte das Ermittlungsersuchen schon nicht zum Inhalt, ein strengbeweisliches Beweismittel in der Hauptverhandlung zu nutzen.

dd) Gegen die Länge der gesetzten Frist ist eingedenk des beschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs (vgl. hierzu Krehl, FS Fischer, S. 705, 721; KK-StPO/Krehl, 9. Aufl., § 244 Rn. 87h; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 244 Rn. 108; s. auch Schlothauer, FS Fischer, S. 819, 826) ebenfalls nichts zu erinnern.

Bei der stets von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängigen Beurteilung der Angemessenheit der Fristdauer waren zwar einerseits insbesondere die durch den Auslandsbezug der Tat und der Beweismittel bedingte Komplexität des Umfangsverfahrens sowie die Umstände in den Blick zu nehmen, dass gegen beide Angeklagte Untersuchungshaft vollzogen wurde und sie zur Verständigung mit ihren Verteidigern eines Dolmetschers bedurften. Andererseits musste jedoch Berücksichtigung finden, dass der Staatsschutzsenat bereits mit dem Beschluss vom 9. Oktober 2020 seine zusammenfassende vorläufige Würdigung der erhobenen Beweise einschließlich der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben dreier Hauptbelastungszeugen sowie der einstweiligen Überzeugungsbildung zur - freiwilligen - Mitwirkung der Angeklagten an dem Hinrichtungsgeschehen offengelegt hatte. Das vorläufige Beweisergebnis stand hierbei im Wesentlichen in Einklang mit der der Anklageschrift zugrundeliegenden Beweislage. Die an dem Tag der Fristsetzung verkündeten Beschlüsse enthielten darüber hinausgehende Erkenntnisse insoweit nur im Hinblick auf die Einschätzung des Staatsschutzsenats zur Glaubhaftigkeit der Bekundungen eines weiteren Belastungszeugen.

Spätestens seit dem Beschluss des Kammergerichts vom 9. Oktober 2020 war somit den Verfahrensbeteiligten dessen vorläufige Beweiswürdigung bekannt. Die nachfolgenden Entscheidungen, mit denen es solche die Glaubhaftigkeit der Angaben der Belastungszeugen betreffende Beweisanträge ablehnte, bezogen sich ihrer Begründung nach lediglich vereinzelt auf neue Gesichtspunkte. Zudem sahen sich die Verfahrensbeteiligten bereits seit der Ankündigung des Vorsitzenden am 30. Oktober 2020 mit dem nahenden Ende der von Amts wegen durchzuführenden Beweisaufnahme konfrontiert und hätten die Zeit von mehr als vier Monaten, die zwischen diesem Tag und dem letztlich bestimmten Fristende verstrich, verstärkt für Beweisanträge nutzen können. Auch der Umstand, dass beide Angeklagte jeweils zwei Verteidiger hatten, durfte angesichts der hierdurch möglichen Arbeitsteilung bei der Stellung von Beweisanträgen Berücksichtigung finden.

Nach alledem liegt ein der beschränkten Kontrolle durch das Revisionsgericht zugänglicher Rechtsfehler nicht vor. Vielmehr bewegt sich die Länge der Frist noch im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens.

2. Die Rügen des Angeklagten A., mit denen er die rechtsfehlerhafte Ablehnung des Antrags auf Einholung eines anthropologisch-morphologischen Sachverständigengutachtens und, hiermit zusammenhängend, Aufklärungspflichtverletzungen geltend macht, sind jedenfalls unbegründet.

a) Dem liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: In der Hauptverhandlung vom 12. November 2020 wurde der von einer Sachverständigen des Landeskriminalamts Berlin gefertigte 'Untersuchungsbericht zur Identifizierung von Personen anhand von Bildaufnahmen' vom 23. Februar 2018 verlesen. Die Gutachterin hatte den Videoausschnitt zum Kern des Hinrichtungsgeschehens ausgewertet und war in ihrem Bericht zu dem Schluss gekommen, dass zwischen der aus der Betrachtersicht rechts neben dem Opfer abgebildeten Untersuchungsperson und dem Angeklagten A. als Vergleichsperson ein Identitätsausschluss nicht begründet werden könne. Sie habe Ähnlichkeiten der Kopf- und Körperumrissformen festgestellt, die allerdings einen sehr geringen Identifizierungswert hätten, so dass eine Wahrscheinlichkeitsaussage zur Identität nicht möglich sei.

Im Termin am 8. April 2021 und damit nach Ablauf der zur Anbringung von Beweisanträgen gesetzten Frist verlas der Verteidiger des Angeklagten A. einen schriftlichen Antrag auf Einholung eines weiteren anthropologisch-morphologischen Sachverständigengutachtens. Zur Begründung ist darin ausgeführt, der in dem Untersuchungsbericht vorgenommene Personenvergleich sei völlig unzureichend, weil die bisherige Sachverständige ausschließlich den Videoausschnitt zum Kernexekutionsgeschehen ausgewertet habe. Tatsächlich sei die dort rechts neben dem Opfer abgebildete Person ('Maskierter VIII') schon zuvor auf dem Video (als 'Maskierter IV') erkennbar gewesen. Sie sei zweifelsfrei anhand des Munitionsgurts, der Brille und eines Rings identifizierbar. Das weitere Videomaterial biete zusätzliche Anknüpfungstatsachen, beispielsweise zu der Größe und einem Augenliddefekt der bereits zuvor auftretenden 'Untersuchungsperson', aufgrund derer eine Identität mit dem Angeklagten auszuschließen sei.

Dieser Antrag ist in den Urteilsgründen unter Heranziehung der Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO abschlägig beschieden. Zur Begründung wird insbesondere angeführt, durch das eingeholte Gutachten sei bereits das Gegenteil des erstrebten Identitätsausschlusses erwiesen. Das Beweisbegehren beruhe demgegenüber auf einem 'Denkfehler'. Im Rahmen der die Feststellungen zur Tatbeteiligung des Angeklagten A. tragenden Beweiswürdigung wird dargelegt, dass nach diesem Gutachten ein Identitätsausschluss nicht begründet werden könne, vielmehr eine Reihe von Ähnlichkeiten zwischen dem Angeklagten und dem Maskierten vorlägen, mit dessen Abbildungen die Sachverständige ihre Vergleichsuntersuchung vorgenommen habe.

b) Der Beschwerdeführer rügt die rechtsfehlerhafte Ablehnung des Beweisantrags ohne Erfolg.

aa) Die Ablehnungsbegründung erweist sich allerdings als rechtlich defizitär, soweit das Kammergericht darauf abgestellt hat, dass das Antragsvorbringen deshalb an einem 'Denkfehler' leide, weil, wenn die Annahme einer Personenidentität des 'Maskierten IV' und des 'Maskierten VIII' zuträfe, beide identische morphologische Merkmale aufwiesen und das begehrte weitere Gutachten somit zu demselben Ergebnis

wie das eingeholte käme. Diese Überlegung geht fehl; denn der Staatsschutzsenat hat nicht hinreichend bedacht, dass sich der Antrag gerade auf andere, von der Sachverständigen bislang nicht begutachtete Teile des Videos bezog und dieses Bildmaterial dem Antrag zufolge weitergehende Anknüpfungstatsachen für eine Begutachtung hätte bieten können. Unterstellt, der 'Maskierte VIII' und der auf vorausgegangenen Sequenzen ersichtliche 'Maskierte IV' wären personenidentisch, wäre es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass auf dem Video - wie die Verteidigung mit ihrem Antrag behauptete - beim 'Maskierten IV' morphologische Merkmale zu erkennen wären, die beim 'Maskierten VIII' nicht sichtbar sind, namentlich aufgrund jeweils unterschiedlicher Bildausschnitte, Blickwinkel, Lichtverhältnisse und Sichthindernisse. Unter diesen Prämissen hätten weitere Anknüpfungstatsachen für eine sachkundige Begutachtung zur Verfügung stehen können, die eine Wahrscheinlichkeitsaussage zu einer Personenverschiedenheit des 'Maskierten VIII' und des Angeklagten A. erlaubt hätten; das genügt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. März 1997 - 4 StR 45/97, NStZ-RR 1997, 304; vom 24. August 2007 - 2 StR 322/07, NStZ 2008, 116).

bb) Der Senat hätte den Beweisantrag jedoch mit anderen Erwägungen rechtsfehlerfrei gemäß § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO als bedeutungslos ablehnen können. Deshalb beruht das Urteil nicht auf dem aufgezeigten rechtlichen Mangel (s. § 337 Abs. 1 StPO).

(1) Ein Austausch der Ablehnungsgründe durch das Revisionsgericht ist in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden zulässig.

(a) Grundsätzlich ist es dem Revisionsgericht verwehrt, bei rechtsfehlerhafter Ablehnungsbegründung im Rahmen der Beruhensprüfung auf einen anderen Ablehnungsgrund abzustellen, mit dem das Tatgericht den Beweisantrag ohne Rechtsfehler hätte zurückweisen können. Hierdurch werden - von Ausnahmefällen abgesehen - die Verteidigungsrechte des Antragstellers verletzt; denn er muss Gelegenheit erhalten, sein Prozessverhalten bei Kenntnis des alternativ gewählten Ablehnungsgrundes an diese Verfahrenssituation anzupassen (s. BGH, Urteil vom 11. Juni 1963 - 1 StR 501/62, BGHSt 19, 24, 26; Beschlüsse vom 4. Juni 1996 - 4 StR 242/96, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 31; vom 12. Januar 2010 - 3 StR 519/09, NStZ-RR 2010, 211, 212; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl., Rn. 326; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 379).

Anders liegt es allerdings bei Hilfsbeweisanträgen. Wird ein solcher im Urteil zu bescheidender Antrag mit rechtsfehlerhafter Begründung zurückgewiesen oder übergangen, ist dies unschädlich, wenn er mit rechtsfehlerfreier Begründung hat abgelehnt werden dürfen und die Ablehnungsgründe vom Revisionsgericht aufgrund des Urteilsinhalts nachgebracht oder ergänzt werden können; denn beim Hilfsbeweisantrag verzichtet der Antragsteller auf weiteres rechtliches Gehör und damit einhergehend auf die Möglichkeit der Anpassung seines Verteidigungsverhaltens an die Gründe des Ablehnungsbeschlusses (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 28. August 1996 - 3 StR 180/96, NJW 1997, 265; vom 26. Oktober 1999 - 1 StR 109/99, NJW 2000, 370, 371; vom 11. Juli 2019 - 1 StR 683/18, juris Rn. 57; Beschluss vom 9. Juni 2020 - 5 StR 167/20, NStZ 2020, 623 Rn. 7, jeweils mwN; ferner Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl., Rn. 326; BeckOK StPO/Bachler, 49. Ed., § 244 Rn. 56; KK-StPO/Krehl, 9. Aufl., § 244 Rn. 236a; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 379; MüKoStPO/Trüg/Habetha, 2. Aufl., § 244 Rn. 411).

(b) Die zu Hilfsbeweisanträgen entwickelten Grundsätze sind auf die vorliegende Fallkonstellation der Bescheidung eines nach Fristablauf gestellten Beweisantrags im Urteil zu übertragen.

Gemäß § 244 Abs. 6 Satz 4 Halbsatz 1 StPO müssen die Ablehnungsgründe im Fall einer nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO gesetzten und verstrichenen Frist grundsätzlich nicht in der Hauptverhandlung bekannt gegeben werden. Vielmehr darf der Antrag erst in den Urteilsgründen beschieden werden. Vor diesem Hintergrund scheidet - identisch zu der Konstellation eines Hilfsbeweisantrages - die Möglichkeit aus, dass die defizitäre Ablehnung das Recht des Antragstellers auf rechtliches Gehör verletzt und seine Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung beeinflusst haben könnte. Angesichts der zulässigen Bescheidung des Beweisbegehrens in den Urteilsgründen verbleibt ihm ohnehin keine Möglichkeit der prozessualen Reaktion in der Hauptverhandlung. Deshalb ist, falls das Revisionsgericht den unzutreffenden Ablehnungsgrund auf eine Verfahrensrüge austauscht oder ergänzt, eine Benachteiligung des Beschwerdeführers ausgeschlossen. Der Umstand, dass der Antragsteller im Fall der Fristsetzung - anders als bei einem Hilfsbeweisantrag - nicht freiwillig auf die Bescheidung nach § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO verzichtet, sondern ein solches Vorgehen der Anordnungskompetenz des Vorsitzenden unterfällt, vermag hieran nichts zu ändern; denn dem Antragsteller bleibt eine die Bescheidungspflicht in der Hauptverhandlung auslösende fristgerechte Antragstellung unbenommen.

(2) Die dem Beweisantrag zugrundeliegende Tatsachenbehauptung erweist sich als bedeutungslos im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO.

Die von dem Verteidiger des Angeklagten A. verlesene Antragsschrift bedarf der Auslegung (zur Auslegungsbedürftigkeit von Beweisersuchen vgl. BGH, Beschluss vom 6. März 2014 - 3 StR 363/13, NStZ 2014, 419; Urteil vom 9. Juli 2015 - 3 StR 516/14, NStZ 2016, 116; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 96, 117). Der Antrag selbst enthält keine explizite Beweisbehauptung. Die Antragsbegründung besteht aus einem mehrseitigen Text, der sich mit den im Verfahren bisher gewonnenen Erkenntnissen, dem Beweisthema und -ziel, der fachlichen Eignung der vorgeschlagenen weiteren Sachverständigen sowie den Gründen für die nicht fristwahrende Antragstellung befasst. Dabei werden einige tatsächliche Umstände als feststehend erachtet, andere als der Begutachtung bedürftig, ohne dass die konkrete Tatsachenbehauptung ohne Weiteres ersichtlich ist, deren sachverständige Prüfung begehrt wird.

Gleichwohl kann der Antragsschrift noch eine Beweisbehauptung entnommen werden. Denn die gebotene Auslegung ergibt hinreichend deutlich, dass die Personenverschiedenheit des als 'Untersuchungsperson' bezeichneten Maskierten und des Angeklagten unter Beweis gestellt werden sollte. Der Antragsbegründung ist eindeutig zu entnehmen, dass mit der - augenscheinlich begrifflich von der Untersuchungsperson (ohne Anführungsstriche) zu unterscheidenden - 'Untersuchungsperson' das auf dem Bildmaterial als 'Maskierter IV' bezeichnete IS-Mitglied gemeint ist. Allerdings geht aus dem Text nicht hervor, dass die Personengleichheit des 'Maskierten IV' und des während des Hinrichtungsgeschehens aus der Betrachtersicht rechts neben dem Tatopfer stehenden Manns (des 'Maskierten VIII') unter Beweis gestellt wird. Eine solche Identität wird lediglich als weiterer notwendiger Zwischenschritt für das Beweisziel beschrieben und dabei - auf der Grundlage von nicht die körperliche Beschaffenheit betreffenden Objekten (Munitionsgurt, Brille, Ring) - als 'zweifelsfrei' zugrunde gelegt. Diese Antragsauslegung stützend hat der Beschwerdeführer in der Revisionsbegründung formuliert: 'Gegenstand der beantragten Begutachtung sollte schließlich nicht der Merkmalsvergleich von Maskiertem IV und Maskiertem VIII sein, die nach dem Antrag ja identisch waren, sondern aufgrund weiteren Untersuchungsmaterials der Nachweis deren Nicht-Identität mit dem Angeklagten A..'

Die danach allein unter Beweis gestellte Tatsache, wonach der Angeklagte und die in einem anderen Videoausschnitt zu sehende, als 'Maskierter IV' bezeichnete Person nicht identisch sind, stellt sich als für die Entscheidung bedeutungslos dar. Denn ohne

die zusätzliche Annahme, dass zwischen der 'Untersuchungsperson' ('Maskierter IV') und der während der Hinrichtung aus der Betrachterperspektive rechts neben dem Tatopfer stehenden Person ('Maskierter VIII') Personengleichheit besteht, ist diese Tatsache für die Schuld- und Straffrage ohne erkennbaren Belang.

c) Den zwei im Zusammenhang mit der Videoauswertung erhobenen Aufklärungsrügen bleibt gleichfalls der Erfolg versagt.

(1) Dadurch, dass das Kammergericht von der Einholung eines weiteren anthropologisch-morphologischen Sachverständigengutachtens absah, verletzte es nicht seine Pflicht zur amtswegigen Aufklärung des Sachverhalts.

Die Ergebnisse der Beweisaufnahme drängten nicht zu einem derartigen Vorgehen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des im Rahmen der Amtsaufklärungspflicht zu beachtenden Vortrags des Beweisantragstellers zu äußeren Übereinstimmungen zwischen den als 'Maskierter IV' und 'Maskierter VIII' bezeichneten Personen. Die aufgezeigten Merkmale betreffen mit dem Tragen eines Munitionsgurts, einer Brille und eines Rings lediglich alltägliche bzw. im damaligen Bürgerkriegsgebiet von IS-Milizionären vielfach verwendete Gegenstände. Für das Kammergericht drängte sich nicht auf, dass anhand dieser Objekte - sofern sie auf dem vorgelegten Bildmaterial überhaupt hinreichend erkennbar sind - eine anthropologisch-morphologische Begutachtung zum Nachweis einer Personengleichheit dieser beiden Maskierten geführt hätte. Soweit sich das Vorbringen des Beweisantragstellers zu der Körpergröße und einem Augenliddefekt verhielt, betraf dies die behauptete Personenverschiedenheit des 'Maskierten IV' und des Angeklagten A.. Dass sich aus diesen morphologischen Merkmalen naheliegend valide Schlüsse auf die Identität der beiden auf den verschiedenen Videoausschnitten abgebildeten Maskierten ziehen ließen, war weder behauptet noch sonst ersichtlich (zum insoweit für die Aufklärungspflicht geltenden Maßstab vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 2005 - 1 StR 91/04, NStZ 2005, 458).

(2) Entgegen dem Revisionsvorbringen des Angeklagten A. verstieß das Kammergericht nicht deshalb gegen die Aufklärungspflicht, weil es die persönliche Anhörung der Sachverständigen des Landeskriminalamts Berlin unterließ. Deren Ausführungen im schriftlichen Untersuchungsbericht waren - wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat - weder missverständlich noch unklar oder widersprüchlich. Daher durfte sich der Staatsschutzsenat mit der Verlesung des schriftlichen Gutachtens begnügen (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 4. April 1951 - 1 StR 54/51, BGHSt 1, 94, 96 ff.; s. auch BGH, Urteil vom 16. März 1993 - 1 StR 829/92, BGHR StPO § 256 Abs. 1 Aufklärungspflicht 1; LR/Stuckenberg, StPO, 27. Aufl., § 256 Rn. 4, 72 mwN).

3. Die von den Angeklagten erhobenen 18 Rügen der rechtsfehlerhaften Ablehnung von auf die Vernehmung von Auslandszeugen gerichteten Beweisanträgen nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO sind aus den vom Generalbundesanwalt dargelegten Gründen ganz überwiegend unzulässig. Insbesondere haben es die Beschwerdeführer bei einer Vielzahl der Beanstandungen versäumt, die in der jeweiligen Ablehnungsentscheidung zitierte Auskunft des Auswärtigen Amtes vorzulegen, welche die Frage der Erfolgsaussichten von Zeugenladungen im Irak im Wege der Rechtshilfe zum Inhalt hatte. Ohne die Vorlage ist dem Senat jedoch die gebotene uneingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfung der jeweiligen Ablehnungsentscheidung nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht verwehrt. Allein die Rügen des Angeklagten A., mit denen er die Ablehnung der Anträge auf Vernehmung der Zeugen Al., Ha. und Alh. moniert, erweisen sich als zulässig. Sie sind jedoch unbegründet:

a) Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein auf die Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteter Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung nach

dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Mit dieser Vorschrift sind die Möglichkeiten zur Ablehnung eines solchen Beweisantrags um den schmalen Bereich erweitert, den die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 Satz 3 StPO nicht zulassen, obwohl die Amtsaufklärungspflicht die Beweiserhebung nicht gebietet. Bei der Prüfung der Aufklärungspflicht hat das Tatgericht namentlich die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses zu würdigen. In diesem Rahmen ist es von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit. Es darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie die zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht bestätigen werde oder ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigt, ist eine Ablehnung des Beweisantrags in aller Regel nicht zu beanstanden. In der Ablehnungsentscheidung müssen die maßgeblichen Erwägungen so umfassend dargelegt werden, dass das Revisionsgericht überprüfen kann, ob die Ablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalls erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht. Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls beurteilt werden. Allgemein gilt der Grundsatz, dass bei einem durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann, insbesondere, wenn er nur zu Beweisthemen benannt ist, die lediglich indiziell relevant sind oder die Sachaufklärung sonst nur am Rand betreffen. Dagegen wird die Vernehmung des Auslandszeugen umso eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel an dem Wert der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen; dies gilt vor allem dann, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18, StV 2018, 780 Rn. 5 ff. mwN; vom 16. Februar 2022 - 4 StR 392/20, NStZ 2022, 634, 635 f.; vom 24. November 2022 - 4 StR 263/22, juris Rn. 15 ff.; zum Ganzen auch KK-StPO/Krehl, 9. Aufl., § 244 Rn. 212 f.; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 352 ff.).

Nimmt das Tatgericht eine antizipatorische Beurteilung vor, müssen die hierzu angestellten Erwägungen tragfähig und nachvollziehbar sein; zwingend brauchen sie hingegen nicht zu sein (s. BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 14 Rn. 14 mwN). Das Revisionsgericht ist darauf beschränkt, die tatrichterliche Ermessensentscheidung auf Rechtsfehler zu überprüfen, und kann daher nicht etwa dessen rechtlich nicht zu beanstandende Ermessensentscheidung durch seine gegebenenfalls abweichende Einschätzung ersetzen (s. BGH, Urteile vom 27. Mai 1998 - 3 StR 31/98, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 8; vom 9. Juni 2005 - 3 StR 269/04, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 12; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 48 [Fn. 328], 359; MüKoStPO/Trüg/Habetha, 2. Aufl., § 244 Rn. 378).

b) Nach den vorstehend dargestellten Maßstäben begegnet die Ablehnung der Anträge auf Einvernahme der drei genannten Zeugen keinen rechtlichen Bedenken. Auch eingedenk des Umstandes, dass vorliegend eine Auslandstat den Verfahrensgegenstand bildet und hierdurch strengere Maßstäbe an die Ablehnung eines solchen Beweisantrages zu stellen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 3 StR

274/09, BGHSt 55, 11 Rn. 37 mwN), halten die Entscheidungen rechtlicher Überprüfung stand.

Das Kammergericht hat in den Urteilsgründen (Zeuge Al.) und im Ablehnungsbeschluss vom 9. Oktober 2020 (Zeugen Ha.und Alh.) jeweils eine Gesamtwürdigung der bedeutsamen Umstände des Einzelfalls vorgenommen. Mit tragfähiger Begründung ist es zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung sicher auszuschließen sei. Es hat dabei die Bedeutung und den Beweiswert der in Aussicht gestellten Zeugenaussage vor dem Hintergrund des (bisherigen) Beweisergebnisses gewürdigt, das es zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung als gesichert beziehungsweise zum Zeitpunkt der Beschlussfassung im Sinne eines durch die vorangegangene Beweisaufnahme zunehmend verfestigten dringenden Tatverdachts bewertet hat. Bezüglich des Zeugen Al., der dem Antrag zufolge zu einer erzwungenen Mitwirkung des Angeklagten R. an dem Hinrichtungsgeschehen bekunden sollte, hat der Staatsschutzsenat im Rahmen einer Beweisantizipation das auf dem Tatvideo ersichtliche Gebaren dieses Angeklagten sowie die Abweichung der angekündigten Zeugenaussage von dessen eigener Einlassung im Ermittlungsverfahren berücksichtigt. Hinsichtlich der Zeugen Ha. und Alh. hat er einen voraussichtlichen Einfluss auf seine Überzeugungsbildung auch deshalb verneint, weil es sich bei beiden überwiegend um Zeugen vom Hörensagen handelte, die sich namentlich zu **Negativtatsachen** äußern sollten.

Der jeweiligen prognostischen Beweislage hat der Staatsschutzsenat das zu erwartende langwierige Rechtshilfeverfahren mit zweifelhaften Erfolgsaussichten gegenübergestellt. Dies hat er insbesondere mit der Auskunft des Auswärtigen Amtes belegt. Im Lichte dessen hat er stets den späten Zeitpunkt der Antragstellung gewürdigt (zur Zulässigkeit dieser Erwägung vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 445/13, BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 14 Rn. 16 mwN; Beschluss vom 28. Juli 2009 - 3 StR 80/09, NStZ 2009, 705).

Die auf diese Gesamtwürdigung gegründete Ermessensausübung des Staatsschutzsenats erweist sich als rechtsfehlerfrei. Insbesondere seine jeweilige vorweggenommene Beweiswürdigung, welche die Beurteilung einschließt, inwieweit das bis dahin gewonnene Beweisergebnis gesichert gewesen ist, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auf eine eigene Einschätzung der Beweislage durch den Senat als Revisionsgericht kommt es insoweit nicht an.

Zu Recht hat das Kammergericht bei seiner Würdigung den offiziellen Rechtshilfeverkehr mit dem Irak in den Blick genommen. Ihm war es nicht gestattet, zur Beschleunigung des Verfahrens die im Verhältnis zu dem ausländischen Staat gebotene Ladung durch eine formlose zu ersetzen (s. Nr. 121 RiVASt; KMR/Neubeck, StPO, 109. EL, § 48 Rn. 11; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 253; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 48 Rn. 39); denn mit dem Irak besteht kein völkerrechtliches Übereinkommen (etwa Art. 5 EU-RhÜbk, Art. 52 SDÜ), dass ein solches Vorgehen zulässt (zur Unzulässigkeit von - auch formlosen - Postzustellungen in den Irak s. den auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz abrufbaren 'Länderabschnitt Irak', Bearbeitungsstand: 23. Dezember 2015; zum 'kleinen Rechtshilfegrenzverkehr' innerhalb der Europäischen Union vgl. demgegenüber BGH, Beschluss vom 25. April 2002 - 3 StR 506/01, NJW 2002, 2403). Auch eine unmittelbare telefonische Kontaktaufnahme zu den Auslandszeugen wäre auf Bedenken gestoßen, weil nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, dass die verantwortlichen irakischen Behörden hiermit einverstanden gewesen wären (vgl. Rose, wistra 1998, 11, 12 f.; Schomburg/Lagodny/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., Vor § 68 IRG Rn. 12A, 59). ..."[418]

418 BGH, Beschluss vom 19.12.2023 - 3 StR 160/22 und Beschluss vom 07.03.2024 - 3 StR 160/22;

Bedenklich ist, dass nach Ansicht des BGH eine Fristsetzung nicht begründet werden muss. Zumindest muss sie nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme erfolgen.[419]

> „ … 3. Die Strafkammer hat durch die Bescheidung der drei nach Fristablauf gestellten Anträge in den Urteilsgründen § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO nicht verletzt.
>
> a) Der Vorsitzende hat die Frist nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO wirksam gesetzt. Hierfür war - entgegen dem Revisionsvorbringen - der konkrete Verdacht einer Verschleppungsabsicht nicht erforderlich. Der Senat schließt sich der Ansicht und Begründung des 3. Strafsenats an (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2023 - 3 StR 160/22, Rn. 18 ff. mwN).
>
> b) Der Beschwerdeführer beanstandet zudem ohne Erfolg, dass der Vorsitzende seine Anordnung nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO nicht begründet hat.
>
> aa) Bei der Fristbestimmung nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO handelt es sich um eine Prozesshandlung des Vorsitzenden in Ausübung seiner Sachleitungsbefugnis (§ 238 Abs. 1 StPO), für die weder Gesetzeswortlaut noch systematische Erwägungen eine Begründung verlangen. Anderes folgt auch nicht aus § 34 StPO, weil die Anordnung nicht mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist. Schließlich ergibt die Entstehungsgeschichte der Norm keine Anhaltspunkte für eine Begründungspflicht. Die Regelungen des § 244 Abs. 6 Sätze 3 bis 5 StPO wurden mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202) - damals als Sätze 2 bis 4 - geschaffen. Der zugrundeliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 18/11277) enthält keine Ausführungen zu einem etwaigen Begründungserfordernis. Im Gegenteil lässt sich dem Reformgesetz die Bestrebung entnehmen, dem Vorsitzenden nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme die Bestimmung einer Frist für die Stellung weiterer Beweisanträge gerade zum Zwecke einer effizienten Verfahrensführung zu ermöglichen. Eine in jedem Fall notwendige Begründung liefe der erstrebten zügigen Verfahrensweise zuwider.
>
> bb) Diese Auslegung korrespondiert mit der Tatsache, dass die Fristbestimmung an keine begründungsbedürftigen prozessualen Voraussetzungen oder Anlässe, etwa Anhaltspunkte für Verfahrensverschleppung, geknüpft ist (vgl. MüKo-StPO/Trüg/ Habetha, 2. Aufl., § 244 Rn. 185j; aA LR/Becker, aaO, § 244 Rn. 359i; Krehl in FS Fischer, 2018, S. 705, 708; Schneider, NStZ 2019, 489, 493). Schließlich sind Ausführungen dazu, dass im Zeitpunkt der Anordnung die von Amts wegen vorgesehenen Beweiserhebungen abgeschlossen sind, ebenfalls nicht veranlasst. Denn die Fristsetzung ist erst ab diesem Verfahrensstand möglich. Mit ihr kommt stets zugleich zum Ausdruck, dass aus Sicht des Vorsitzenden der Amtsaufklärungspflicht genügt worden ist (vgl. Schneider, aaO, 492).
>
> cc) Dies entspricht im Übrigen den für sitzungsleitende Anordnungen allgemein geltenden rechtlichen Maßgaben (§ 238 Abs. 1 StPO). Bei diesen werden Vorsitzenden vielfach Freiräume in der Gestaltung zugebilligt (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 1996 - 4 StR 737/95, BGHSt 42, 73), deren Nutzung im Interesse einer straffen Durchführung der

siehe auch Schork, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.12.2023 - 3 StR 160/22, NJW 2024, 1122; ergänzend dazu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 95b zu § 244; Gräbener, Anforderungen an die Fristbestimmung zur Anbringung von Beweisanträgen, jurisPR-StrafR 7/2024 Anm. 3

419 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 95 zu § 244

Hauptverhandlung grundsätzlich nicht schriftlich zu begründen ist.

dd) Vor diesem Hintergrund ist eine Begründung auch aus Fairnessgründen nicht geboten. Die Verfahrensbeteiligten können mittels des Zwischenrechtsbehelfs gemäß § 238 Abs. 2 StPO jederzeit eine gerichtliche Überprüfung erwirken, die im Falle der Bestätigung der Anordnung zu begründen ist. Anders als etwa bei der Zurückweisung von Fragen nach § 241 StPO (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Mai 1975 - 5 StR 204/75, MDR 1975, 726; vom 6. März 1990 - 5 StR 71/90, BGHR StPO § 241 Abs. 2 Zurückweisung 3; LR/Becker, aaO, § 241 Rn. 22; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 241 Rn. 17; KK-StPO/Schneider, 9. Aufl., § 241 Rn. 14), kann sich insbesondere der verteidigte Angeklagte bei § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO überdies auch ohne Begründung auf die neue Prozesslage einstellen.

ee) Aus denselben Erwägungen muss schließlich auch die Dauer der bestimmten Frist regelmäßig nicht begründet werden (aA Schlothauer, FS Fischer, 2018, S. 819, 826). Dies gilt erst recht, wenn sich diese erkennbar an der Frist des § 217 StPO oder aber, im Ausnahmefall, an der gesetzlichen Höchstdauer einer Unterbrechung nach § 229 Abs. 1 StPO orientiert.

c) Die Beschwerdeführer dringen auch mit der weiteren Beanstandung nicht durch, sie seien bei der Bestimmung der Frist nicht auf die Rechtsfolgen einer nach Fristablauf erfolgten Antragstellung hingewiesen worden. Eine Hinweis- oder gar Belehrungspflicht liegt schon mit Blick auf hierfür fehlende Anhaltspunkte in Wortlaut und Systematik der Vorschrift fern. Sie ist jedenfalls beim verteidigten Angeklagten nicht geboten. Der rechtskundige Verteidiger wird - wie hier - die entsprechende Sachleitungsverfügung des Vorsitzenden kritisch am Gesetzeswortlaut überprüfen und sie gegebenenfalls beanstanden (§ 238 Abs. 2 StPO; vgl. Basdorf, StV 1997, 489, 490; Ventzke, NStZ 2005, 396). Abgesehen davon hat der Vorsitzende den Angeklagten vor Schluss der Beweisaufnahme (§ 258 Abs. 1 Satz 1 StPO) die gerichtliche Entscheidung mitgeteilt, dass die drei nach Fristablauf gestellten Beweisanträge im Urteil beschieden werden würden.

d) Es bedarf keiner Entscheidung, ob die von Amts wegen vorgesehene Beweisaufnahme (vgl. § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO) im Zeitpunkt der Fristbestimmung abgeschlossen war, weil dies nicht beanstandet wurde. Eingedenk der im Übrigen präzise bezeichneten Verfahrensbeanstandungen und des insoweit vollständigen Vortrags der rügebegründenden Tatsachen schließt der Senat aus, dass die Beschwerdeführer auch eine Rüge mit der bezeichneten Angriffsrichtung erheben wollten. Ihm wäre im Übrigen eine dahingehende Prüfung deshalb unmöglich, weil nicht mit der notwendigen Bestimmtheit (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) ausgeführt wird, dass die Beweisaufnahme zum maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich nicht abgeschlossen gewesen wäre. Unabhängig davon könnte der Senat der überwiegenden Ansicht im Schrifttum nicht beitreten, die dafür auch die Bescheidung sämtlicher gestellter Beweisanträge als notwendig ansieht (vgl. BeckOK-StPO/Bachler, 49. Ed., § 244 Rn. 30; LR/Becker, aaO, § 244 Rn. 358g; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO, 9244 Rn. 185i; KK-StPO /Krehl, aaO, § 244 Rn. 87b; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 244 Rn. 95b; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 10; Schneider, aaO, 493).

aa) Bereits der Gesetzeswortlaut gibt Anlass zu einer zumindest differenzierten Sichtweise. Anders als bei § 258 Abs. 1 StPO (vgl. Schlothauer, aaO, S. 823) ist nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO der Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme maßgeblich. Damit ist gesetzlich ein tragfähiger Anhalt dafür gegeben, hierfür allein den durch § 244 Abs. 2 StPO verlangten gerichtlichen Beweis zu verstehen. Verdeutlicht wird dies überdies durch das Partizip 'vorgesehen'; hierdurch wird die Erledigung des durch den Vorsitzenden bereits zu Beginn des Hauptverfahrens (vgl. § 214

Abs. 1 und 2, §§ 221, 222 StPO) geplanten und strukturierten (vgl. BGH, Beschluss vom 21. April 2021 - 3 StR 300/20, BGHSt 66, 96, 99), oder aber in späterer Prozesslage modifizierten Beweisprogramms (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2023 - 3 StR 160/22 Rn. 9; Krehl in FS Fischer, 2018, S. 705, 708; Schlothauer, aaO, S. 824; Schneider, aaO, 491) in Bezug genommen.

bb) Dieses restriktive Begriffsverständnis wird durch das Ergebnis einer gesetzessystematischen Betrachtung bestätigt. Im Anschluss an § 243 StPO regelt § 244 Abs. 1 StPO den weiteren Ablauf der Hauptverhandlung, in der das Gericht - in den Grenzen des § 244 Abs. 2 StPO - mit den zulässigen Beweismitteln des Strengbeweises die tatsächlichen Grundlagen seiner Entscheidung schafft. Hingegen behandelt § 244 Abs. 3 bis 5 StPO, auf welche Art und Weise und in welchem Umfang die Verfahrensbeteiligten auf das gerichtliche Beweisprogramm Einfluss nehmen und einen geltend gemachten Beweiserhebungsanspruch durchsetzen können. Ein Antrag nach § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO kann als Prozesserklärung eines Verfahrensbeteiligten eine Beweiserhebung über das vom Gericht für erforderlich und ausreichend Gehaltene (§ 244 Abs. 2 StPO) hinaus erzwingen. Der noch nicht beschiedene oder abgelehnte Antrag selbst ist allerdings weder in formeller noch in materieller Hinsicht Teil der Beweisaufnahme.

cc) Für dieses Verständnis der Norm sprechen auch ihr Sinn und Zweck. Bei der teleologischen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass die Fristsetzung nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO dem Tatgericht ermöglichen soll, nach Durchführung der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme den Abschluss des Verfahrens zügig herbeizuführen (vgl. BT-Drucks. 18/11277 S. 34; BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2023 - 3 StR 160/22 Rn. 33). Dieser Zweck würde konterkariert, wenn die Verfahrensbeteiligten die Fristbestimmung durch sukzessives Anbringen von Beweisanträgen (vgl. Niemöller, JR 2010, 332; Tully, ZRP 2014, 45, 46) vereiteln könnten (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2023 - 3 StR 160/22 Rn. 27, 33). Dass diese Besorgnis eines verzögerten Verfahrensabschlusses in einer vorangerückten Prozesslage nicht etwa fernliegt, vermag der Senat auch den hier von der Revision mitgeteilten Tatsachen zu entnehmen. In ihrem Beschluss vom 29. Juli 2022 stellte die Strafkammer dar, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers S. auf Nachfrage angegeben habe, „er könnte bereits vorbereitete Beweisanträge stellen, werde dies aber ggf. auch erst später tun“.

e) Das Landgericht ist schließlich auch ohne Rechtsfehler zu der Auffassung gelangt, dass eine fristgerechte Antragstellung nicht gemäß § 244 Abs. 6 Satz 4 Halbsatz 2 StPO unmöglich war.

aa) Stellt ein Verfahrensbeteiligter nach Fristablauf einen Beweisantrag, sind mit diesem die Tatsachen darzulegen und glaubhaft zu machen, welche die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben (§ 244 Abs. 6 Satz 5 StPO).

bb) Dem wird der in den Beweisanträgen enthaltene Tatsachenvortrag nicht gerecht.

(1) Die Beschwerdeführer machen geltend, dass mit den drei verspäteten Beweisanträgen auf den Beschluss vom 4. Oktober 2022 reagiert worden sei, mit dem der - vor Fristablauf gestellte - Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens abgelehnt worden war. Erst die Begründung des Ablehnungsbeschlusses habe sie in die Lage versetzt, Beweisanträge im Hinblick auf die Konkretisierung des Tatzeitraums, des genauen Standortes des Lkw sowie zu den örtlichen Begebenheiten zu stellen.

(2) Der damit allein vorgetragene Hinweis auf die Begründung des Ablehnungsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO) erweist sich zum Beleg der Unmöglichkeit einer

Antragstellung vor Fristablauf als unzureichend.
Es bleibt schon offen, warum die Beschwerdeführer nicht bereits mit dem fristgerecht gestellten Beweisantrag die Anknüpfungstatsachen für das Sachverständigengutachten entweder - als Ergebnis eigener Nachforschungen - mitgeteilt oder aber unter Beweis gestellt haben. Dass die nunmehr vorgebrachten Tatsachen für die begehrte Tatrekonstruktion von Bedeutung sein würden, lag bereits im Zeitpunkt der Antragstellung auf der Hand.

Im Übrigen ist die hiesige Konstellation entgegen dem Revisionsvorbringen auch mit einem Wiedereintritt in die Beweisaufnahme (vgl. BT-Drucks. 18/11277 S. 35; BVerfG, StV 2020, 805; BGH, Beschluss vom 21. April 2021 - 3 StR 300/20, BGHSt 66, 96, 97, 102; BeckOK-StPO/Bachler, aaO, § 244 Rn. 30; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO, 9244 Rn. 185y mwN) nicht vergleichbar. Die Strafkammer hat mit ihrem Ablehnungsbeschluss nach § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO lediglich eine durch Prozesserklärung der Beschwerdeführer erwirkte Entscheidung getroffen. Der durch den fristgerecht gestellten Antrag ausgelösten Begründungspflicht (§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO) hat die Strafkammer entsprochen, nicht aber dadurch die Frist nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO nachträglich teilweise desavouiert. Dem vom Beschwerdeführer im Kern geltend gemachten Anspruch auf die Fortführung des „formalisierten Dialogs“ steht die wirksam gesetzte Frist des Vorsitzenden gerade entgegen (vgl. BGH, Beschluss vom 21. April 2021 - 3 StR 300/20, BGHSt 66, 96, Rn. 16).

(3) Soweit das Revisionsvorbringen überdies auf eine den Beweisanträgen an einem der folgenden Sitzungstage im Rahmen einer unstatthaften Beanstandung (§ 238 Abs. 2 StPO; vgl. aber auch BVerfG, aaO) nachgeschobene Erklärung Bezug nimmt, durfte die Strafkammer deren Inhalt unberücksichtigt lassen, weil diese Tatsachen nicht zugleich mit den Beweisanträgen, sondern verspätet vorgebracht wurden (vgl. § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO). Bereits der Gesetzeswortlaut legt nahe, dass ein Nachschieben von Gründen im Rahmen des § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO nicht zulässig ist (vgl. zu den anderslautenden Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO LR/Stuckenberg, aaO, § 244 Rn. 359r; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 244 Rn. 98; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 12; Schneider, NStZ 2019, aaO, 500).

Ungeachtet dessen war dieses Vorbringen auch in der Sache ungeeignet, die Unmöglichkeit der Fristeinhaltung zu belegen. Zum einen wird damit kein tragfähiger prozessualer Anlass für die Unmöglichkeit einer fristgerechten Antragstellung vorgebracht; insbesondere begründete die vom Landgericht in seinem Ablehnungsbeschluss erwähnte Möglichkeit eines auch im Fall II.2 eingesetzten weiteren Lkw keine Hinweispflicht (vgl. BGH, Beschluss vom 30. August 2022 - 5 StR 153/22 Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 244 Rn. 97; nachstehend 5.). Zum anderen zielen die drei Beweisbegehren nicht auf diesen Umstand ab, sondern auf das Verschaffen weiterer, von der Anzahl eingesetzter Fahrzeuge unabhängiger Beweistatsachen.

f) Durch dieses Ergebnis wird der Anspruch auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren nicht verletzt (vgl. zu etwaigen Bedenken BverfG, StV 2020, 805). Den Verfahrensbeteiligten wird durch die Fristsetzung nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO die Möglichkeit nicht genommen, Beweisanträge zu stellen, über die das Gericht befinden muss. Beschränkt wird allein der Anspruch, etwaige Ablehnungsgründe noch vor Abschluss der Beweisaufnahme zu erfahren. Vor dieser Begrenzung erhalten die Beteiligten angesichts der Fristsetzung Gelegenheit, in der Hauptverhandlung zu bescheidende Beweisanträge zu stellen. Machen sie hiervon nicht Gebrauch, liegt dies in ihrem Verantwortungsbereich. Ergibt sich allerdings aus erneuten Beweiserhebungen oder gerichtlichen Hinweisen nach Fristablauf das Bedürfnis weiterer Beweisanträge, ist gewährleistet, dass darüber wie sonst auch noch während der Hauptverhandlung befunden wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. April 2021 - 3 StR 300/20, BGHSt 66, 96 Rn.

23; vom 30. August 2022 - 5 StR 153/22 Rn. 5). ..."[420]

Die Angelegenheit mit der Rüge, ein faires Verfahren sei nicht gewährleistet, verfängt immer häufiger nicht:

„ … Darüber hinaus rügt die Revision, die Strafkammer habe durch Bescheidung des nach Fristablauf gestellten Antrags erst im Urteil gegen § 244 Abs. 6 Satz 3 und 4 StPO und den Grundsatz des **fairen Verfahrens** verstoßen.

aa) Der Verfahrensbeanstandung liegt das folgende Geschehen zugrunde:
Am 171. Hauptverhandlungstag verfügte der Vorsitzende, dass den Beteiligten eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen von einer Woche gesetzt werde. Auf Beanstandung am nächsten Hauptverhandlungstag - noch vor Fristablauf - wurde die Verfügung des Vorsitzenden von der Strafkammer bestätigt; eine Gegenvorstellung vom **173. Hauptverhandlungstag**, einem Freitag, an dem die Frist ablief, wies die Strafkammer mit Beschluss vom selben Tag zurück. Am darauffolgenden Hauptverhandlungstag stellte einer der Verteidiger den Antrag, einen namentlich und mit Anschrift bezeichneten Zeugen zu laden mit der Begründung, dieser werde bekunden, dass er 'während eines Aufenthalts in einem öffentlichen Raum' ein Gespräch des Geschädigten 'mit einer anderen männlichen Person mitbekommen' habe. In dem Gespräch, das sich 'am vergangenen Wochenende ereignet habe', habe der Geschädigte eingeräumt, dass er die Angeklagten falsch beschuldigt und insbesondere den Sachverhalt übertrieben dargestellt habe. Weiter heißt es in dem Antrag, die Verteidigung habe zunächst die Angaben vor Stellung des Antrages selbst durch Vernehmung des Zeugen verifizieren wollen. 'Nachdem die Kammer aber mit ihrer Beweisaufnahme am Ende [sei, werde] der Antrag unmittelbar gestellt.'

Die Strafkammer wies den Antrag im Urteil als Beweisermittlungsantrag zurück, denn das 'Begehren [lasse] alle für die Stellung eines ernsthaften Beweisbegehrens zu verlangenden Angaben vermissen, die die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen u.a. in örtlicher, zeitlicher, situativer, personeller und relationaler Hinsicht konkretisieren.' Auch nach den Maßstäben der gerichtlichen Aufklärungspflicht sei dem Antrag nicht nachzugehen.

bb) Die Rüge hat keinen Erfolg.

(1) Soweit sie mit der Stoßrichtung erhoben ist, die Strafkammer habe den Antrag nicht erst im Urteil bescheiden dürfen, weil die Verteidigung nach § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO mit dem Antrag die Tatsachen glaubhaft gemacht habe, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht hätten, bestehen bereits Bedenken gegen die Zulässigkeit. Denn in dem zitierten Antrag wird ausgeführt, dass die Verteidigung selbst beabsichtigt habe, den Zeugen zu vernehmen, um seine Angaben zu verifizieren. Im Widerspruch dazu erklärte der Verteidiger im Anschluss an die Antragstellung auf Nachfrage des Vorsitzenden jedoch, er könne keine Angaben zu dem behaupteten Gespräch machen, 'weil er das Gespräch schnell abgebrochen habe, da er mit Zeugen während eines laufenden Verfahrens nicht spreche.' Dieser Widerspruch wird im weiteren Rügevorbringen nicht ausgeräumt.

(2) Jedenfalls ist die Rüge auf der Grundlage des Revisionsvorbringens aber unbegründet, weil das Landgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass entgegen § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag nicht glaubhaft gemacht wurden.
Als Ergebnis der Glaubhaftmachung müssen die entscheidungsrelevanten Tatsa-

420 BGH, Beschluss vom 10.01.2024 - 6 StR 276/23

chen zwar nicht in einer Weise bewiesen sein, dass sie zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Das Gericht muss die relevanten Umstände - insoweit gilt nichts anderes als etwa bei § 45 Abs. 2 StPO - aber zumindest für hinreichend wahrscheinlich ansehen (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, 2. Aufl., § 244 Rn. 185v; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 244 Rn. 98; Schneider, NStZ 2019, 489, 497; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 12), wobei es nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 347; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, aaO Rn. 98a).

Nach diesen Grundsätzen hat die Strafkammer ermessensfehlerfrei eine in diesem Sinne genügende Glaubhaftmachung verneint. Denn der Verteidiger hat letztlich jegliche Form der Glaubhaftmachung unterlassen und lediglich ausgeführt, er habe 'das Gespräch' schnell abgebrochen, da er mit Zeugen während eines laufenden Verfahrens nicht spreche. Damit bleibt schon offen, mit wem der Verteidiger 'das Gespräch' führte und damit, ob er von dem angeblich 'am Wochenende' stattgefundenen Gespräch von dem benannten Zeugen selbst oder von Dritten erfahren haben will. Weitere Fragen des Vorsitzenden dazu blockte der Verteidiger ab, indem er entgegnete, er gebe dazu keine Erklärung ab, weil er 'kein Zeuge' sei. Damit bestand für die Strafkammer keine Möglichkeit zu prüfen, ob das behauptete Gespräch überhaupt an dem Wochenende nach Ablauf der Fristsetzung stattgefunden haben konnte. Deshalb konnte sie nicht die Wahrscheinlichkeit der Umstände einschätzen, die dafür hätten sprechen können, dass die Einhaltung der Frist zur Stellung von Beweisanträgen unmöglich war.

Daran ändert nichts, dass der Vorsitzende der Strafkammer (überobligatorisch) noch am Tag der Antragstellung einen Gerichtswachtmeister zur Wohnung des angebotenen Zeugen entsandte, um einer in Erwägung gezogenen Aufklärungsverpflichtung nach § 244 Abs. 2 StPO zu genügen. Denn es stellte keine ausreichende Glaubhaftmachung für die Unmöglichkeit der Fristwahrung dar, dass in dem Antrag der Zeuge, der das Gespräch gehört haben sollte, mit ladungsfähiger Anschrift benannt worden war. Zur Glaubhaftmachung sind grundsätzlich 'parate' Beweismittel zu verwenden (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO Rn. 185w; Schneider, NStZ 2019, 489, 497). Dies folgt aus Sinn und Zweck der Glaubhaftmachung, die dem Gericht eine sofortige Entscheidung ermöglichen soll, ohne dass weitergehende Untersuchungen über die Hintergründe der Verspätung, die das Verfahren weiter verzögern würden, erforderlich sind (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO Rn. 185v mwN). Dieser Zweck würde konterkariert, wenn der Zeuge, der in der Hauptsache gehört werden soll, auch als Mittel der Glaubhaftmachung herangezogen würde. Hier war der Zeuge zudem über mehrere Stunden nicht an der genannten Anschrift anzutreffen und meldete sich trotz entsprechender Bitten gegenüber seiner dort aufhältigen Ehefrau und Schwester auch bis zum nächsten Hauptverhandlungstag nicht bei Gericht. ...“[421]

Ein weiteres Beispiel aus der Praxis für aufwendige und sehr lange andauernde Hauptverhandlungen:

„ … Darüber hinaus rügt die Revision, die Strafkammer habe durch Bescheidung des nach Fristablauf gestellten Antrags erst im Urteil gegen § 244 Abs. 6 Satz 3 und 4 StPO und den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen.

aa) Der Verfahrensbeanstandung liegt das folgende Geschehen zugrunde: Am **171. Hauptverhandlungstag** verfügte der Vorsitzende, dass den Beteiligten eine Frist zur

421 BGH, Beschluss vom 13.03.2024 - 5 StR 393/23; wenn allerdings in einem Strafverfahren mit 173 Hauperhandlungsterminen nicht längst alle Beweisanträge gestellt worden sind, erzeugt das eine gewisse Nachdenklichkeit.

Stellung von Beweisanträgen von einer Woche gesetzt werde. Auf Beanstandung am nächsten Hauptverhandlungstag - noch vor Fristablauf - wurde die Verfügung des Vorsitzenden von der Strafkammer bestätigt; eine Gegenvorstellung vom 173. Hauptverhandlungstag, einem Freitag, an dem die Frist ablief, wies die Strafkammer mit Beschluss vom selben Tag zurück. Am darauffolgenden Hauptverhandlungstag stellte einer der Verteidiger den Antrag, einen namentlich und mit Anschrift bezeichneten Zeugen zu laden mit der Begründung, dieser werde bekunden, dass er „während eines Aufenthalts in einem öffentlichen Raum“ ein Gespräch des Geschädigten 'mit einer anderen männlichen Person mitbekommen' habe. In dem Gespräch, das sich 'am vergangenen Wochenende ereignet habe', habe der Geschädigte eingeräumt, dass er die Angeklagten falsch beschuldigt und insbesondere den Sachverhalt übertrieben dargestellt habe. Weiter heißt es in dem Antrag, die Verteidigung habe zunächst die Angaben vor Stellung des Antrages selbst durch Vernehmung des Zeugen verifizieren wollen. 'Nachdem die Kammer aber mit ihrer Beweisaufnahme am Ende [sei, werde] der Antrag unmittelbar gestellt.'

Die Strafkammer wies den Antrag im Urteil als Beweisermittlungsantrag zurück, denn das **'Begehren [lasse] alle für die Stellung eines ernsthaften Beweisbegehrens zu verlangenden Angaben vermissen, die die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen u.a. in örtlicher, zeitlicher, situativer, personeller und relationaler Hinsicht konkretisieren.'** Auch nach den Maßstäben der gerichtlichen Aufklärungspflicht sei dem Antrag nicht nachzugehen.

bb) Die Rüge hat keinen Erfolg.

(1) Soweit sie mit der Stoßrichtung erhoben ist, die Strafkammer habe den Antrag nicht erst im Urteil bescheiden dürfen, weil die Verteidigung nach § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO mit dem Antrag die Tatsachen glaubhaft gemacht habe, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht hätten, bestehen bereits Bedenken gegen die Zulässigkeit. Denn in dem zitierten Antrag wird ausgeführt, dass die Verteidigung selbst beabsichtigt habe, den Zeugen zu vernehmen, um seine Angaben zu verifizieren. Im Widerspruch dazu erklärte der Verteidiger im Anschluss an die Antragstellung auf Nachfrage des Vorsitzenden jedoch, er könne keine Angaben zu dem behaupteten Gespräch machen, 'weil er das Gespräch schnell abgebrochen habe, da er mit Zeugen während eines laufenden Verfahrens nicht spreche.' Dieser Widerspruch wird im weiteren Rügevorbringen nicht ausgeräumt.

(2) Jedenfalls ist die Rüge auf der Grundlage des Revisionsvorbringens aber unbegründet, weil das Landgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass entgegen § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag nicht glaubhaft gemacht wurden.

Als Ergebnis der Glaubhaftmachung müssen die entscheidungsrelevanten Tatsachen zwar nicht in einer Weise bewiesen sein, dass sie zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Das Gericht muss die relevanten Umstände - insoweit gilt nichts anderes als etwa bei § 45 Abs. 2 StPO - aber zumindest für hinreichend wahrscheinlich ansehen (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, 2. Aufl., § 244 Rn. 185v; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 244 Rn. 98; Schneider, NStZ 2019, 489, 497; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 12), wobei es nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 347; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, aaO Rn. 98a).

Nach diesen Grundsätzen hat die Strafkammer ermessensfehlerfrei eine in diesem Sinne genügende Glaubhaftmachung verneint. Denn der Verteidiger hat letztlich jegliche Form der Glaubhaftmachung unterlassen und lediglich ausgeführt, er habe

„das Gespräch“ schnell abgebrochen, da er mit Zeugen während eines laufenden Verfahrens nicht spreche. Damit bleibt schon offen, mit wem der Verteidiger „das Gespräch“ führte und damit, ob er von dem angeblich „am Wochenende“ stattgefundenen Gespräch von dem benannten Zeugen selbst oder von Dritten erfahren haben will. Weitere Fragen des Vorsitzenden dazu blockte der Verteidiger ab, indem er entgegnete, er gebe dazu keine Erklärung ab, weil er 'kein Zeuge' sei. Damit bestand für die Strafkammer keine Möglichkeit zu prüfen, ob das behauptete Gespräch überhaupt an dem Wochenende nach Ablauf der Fristsetzung stattgefunden haben konnte. Deshalb konnte sie nicht die Wahrscheinlichkeit der Umstände einschätzen, die dafür hätten sprechen können, dass die Einhaltung der Frist zur Stellung von Beweisanträgen unmöglich war.

Daran ändert nichts, dass der Vorsitzende der Strafkammer (überobligatorisch) noch am Tag der Antragstellung einen Gerichtswachtmeister zur Wohnung des angebotenen Zeugen entsandte, um einer in Erwägung gezogenen Aufklärungsverpflichtung nach § 244 Abs. 2 StPO zu genügen. Denn es stellte keine ausreichende Glaubhaftmachung für die Unmöglichkeit der Fristwahrung dar, dass in dem Antrag der Zeuge, der das Gespräch gehört haben sollte, mit ladungsfähiger Anschrift benannt worden war. Zur Glaubhaftmachung sind grundsätzlich 'parate' Beweismittel zu verwenden (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO Rn. 185w; Schneider, NStZ 2019, 489, 497). Dies folgt aus Sinn und Zweck der Glaubhaftmachung, die dem Gericht eine sofortige Entscheidung ermöglichen soll, ohne dass weitergehende Untersuchungen über die Hintergründe der Verspätung, die das Verfahren weiter verzögern würden, erforderlich sind (MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO Rn. 185v mwN). Dieser Zweck würde konterkariert, wenn der Zeuge, der in der Hauptsache gehört werden soll, auch als Mittel der Glaubhaftmachung herangezogen würde. Hier war der Zeuge zudem über mehrere Stunden nicht an der genannten Anschrift anzutreffen und meldete sich trotz entsprechender Bitten gegenüber seiner dort aufhältigen Ehefrau und Schwester auch bis zum nächsten Hauptverhandlungstag nicht bei Gericht.

(3) Schließlich hat die Strafkammer im Ergebnis zu Recht verneint, dass es sich bei dem Begehren um einen Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO gehandelt hat. Ihm war jedenfalls nicht zu entnehmen, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können sollte.

Dieses durch die Schaffung der Legaldefinition mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2121) in den Gesetzestext von § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO übernommene Erfordernis der sogenannten Konnexität verlangt, dass einem Beweisantrag beispielsweise zu entnehmen sein muss, weshalb ein Zeuge die Beweisbehauptung aus eigener Wahrnehmung bestätigen können soll, sofern sich dies nicht von selbst versteht. Dies soll gewährleisten, dass das Tatgericht die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache oder der Ungeeignetheit des Beweismittels prüfen kann (vgl. BT-Drucks. 19/14747, 34; MüKo-StPO/Trüg/Habetha, aaO Rn. 134; Meyer-Goßner/Schmitt aaO Rn. 21a).

Diese Voraussetzung war hier nicht gegeben. Denn die vagen Angaben in dem Antrag konkretisierten die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen weder in örtlicher ('in einem öffentlichen Raum“), zeitlicher ('am vergangenen Wochenende'), personeller ('mit einer anderen männlichen Person') oder situativer Hinsicht (der Zeuge soll das Gespräch 'mitbekommen' haben; unklar bleibt, ob er dies unmittelbar selbst hörte oder ob ihm darüber mittelbar berichtet wurde). Die Rüge einer Verletzung des § 244 Abs. 6 StPO war mithin auch deshalb unbegründet, weil die Vorschrift auf Beweisermittlungsanträge nicht anwendbar ist (vgl. MüKo-StPO/Trüg/Habetha,

aaO Rn. 173 mwN). ..."[422]

Zu den Begründungserfordernissen der Verfahrensrüge:

" ... Die Revision wendet sich gegen die Zurückweisung eines Hilfsbeweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens im Zusammenhang mit den Pässen des Angeklagten. In den Urteilsgründen hat die Strafkammer diesen Antrag im Ergebnis auch wegen Verschleppungsabsicht zurückgewiesen. Zugrunde liegt, dass die Strafkammer im Laufe der sich über etwa anderthalb Jahre hinziehenden Hauptverhandlung eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen gesetzt hatte. Dies ist grundsätzlich zulässig, auch kann gegebenenfalls ein Hilfsbeweisantrag in den Urteilsgründen wegen Verschleppungsabsicht zurückgewiesen werden (vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 23. September 2008 - 1 StR 484/08). Ist in der genannten Fristsetzung dargelegt, dass bei Antragstellung nach Fristablauf der Antragsteller die Gründe hierfür substantiiert zu erklären hat, kann das Gericht dann, wenn dies unterblieben ist und auch sonst ein nachvollziehbarer Anlass für die verfristete Antragstellung nicht erkennbar ist (und die Aufklärungspflicht nicht zur Beweiserhebung drängt), grundsätzlich davon ausgehen, dass ein solcher Antrag allein zum Zwecke der Verfahrensverzögerung gestellt ist (BGH, aaO). Da die Strafkammer zur Annahme von Verschleppungsabsicht ausdrücklich auf die genannte Fristsetzung Bezug nimmt, und in einer solchen Entscheidung die Annahme von Verschleppungsabsicht bei Antragstellung nach Fristablauf in ihren Grundzügen darzulegen ist, wäre die genannte Entscheidung von der Revision mitzuteilen gewesen. Dies ist nicht geschehen. Gründe die dafür sprächen, dass den in Rede stehenden Anträgen im Blick auf die Aufklärungspflicht nachzugehen gewesen wäre, sind auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. ..."[423]

Zu der Verfahrensrüge im Fall eines angeblich fehlenden Sachgrunds für die Fristsetzung:

" ... Zu der Verfahrensrüge, mit welcher der Beschwerdeführer einen Verstoß gegen § 244 Abs. 6 StPO geltend macht, weil die Voraussetzungen für eine Fristsetzung nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO nicht vorgelegen hätten und die festgesetzte Frist unangemessen kurz bemessen worden sei, ist ergänzend zum Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts anzumerken:

a) Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, es habe an einem für die Fristsetzung erforderlichen Sachgrund gefehlt, ist die Rüge nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässig, weil die Revision den Inhalt des Beweisantrags vom 18. Juni 2018 nicht mitteilt, auf den die Strafkammer in ihrem die Anordnung des Vorsitzenden bestätigenden Beschluss nach § 238 Abs. 2 StPO zur Rechtfertigung der Fristsetzung in tatsächlicher Hinsicht Bezug genommen hat.

b) Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob eine nach Fristsetzung oder Fristablauf durchgeführte Beweiserhebung eine vollständige oder partielle Unwirksamkeit der Fristsetzung nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO zur Folge hat (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 8. Mai 2020 - 2 BvR 1905/19; Becker in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359l; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 87e; SSW-StPO/Sättele, 4. Aufl., § 244 Rn. 129g; Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 99; Börner, JZ 2018, 232, 239; Mosbacher NStZ 2018, 9, 12; vgl. auch BT-Drucks. 18/11277 S. 35). Denn eine erst im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung eingetretene Unwirksamkeit der vom Vorsitzenden angeordneten Frist ist von der Angriffsrichtung der Verfahrensrüge, mit welcher

422 BGH, Beschluss vom 26.03.2024 - 2 StR 211/23
423 BGH, Beschluss vom 12.03.2014 - 1 StR 605/13

das Fehlen der Anordnungsvoraussetzungen und die Angemessenheit der Frist beanstandet wird, nicht umfasst. ..."[424]

Beweisanträge nach Ablauf und Wiedereintritt in die Beweisaufnahme einer gesetzten Frist:

„ … Die Revision ist unbegründet. Sie hat in sachlichrechtlicher Hinsicht, auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens, keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Der geltend gemachte Verfahrensverstoß, mehrere nach einem Fristablauf gestellte Beweisanträge seien entgegen § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO nicht in der Hauptverhandlung beschieden worden, ist ebenfalls nicht gegeben.

1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Nach entsprechenden Hinweisen und einer bereits vorangegangenen Fristbestimmung setzte die Vorsitzende der Strafkammer am 14. Mai 2019 den Verfahrensbeteiligten eine Frist bis zum 21. Mai 2019 "zum Stellen weiterer Beweisanträge (betreffend Beweiserhebungen seit dem 21.02.2019)". Zudem wies sie darauf hin, dass nach Fristablauf gestellte Beweisanträge im Urteil beschieden werden könnten, es sei denn, die Einhaltung der Frist sei nicht möglich gewesen; Letzteres sei mit den weiteren Beweisanträgen glaubhaft zu machen. Da die Frist als zu kurz bemessen beanstandet wurde, bestätigte die Kammer die gesetzte Frist durch Beschluss. Nach Ablauf der Frist stellte der Angeklagte am 17. Juni 2019 mehrere auf weitere Beweisaufnahme gerichtete Anträge. Am 15. Juli 2019 trat die Kammer erneut in die Beweisaufnahme ein und vernahm zwei Zeugen. Im Folgenden beantragte der Angeklagte am 19. August und 3. September 2019 die Erhebung weiterer Beweise. In der Hauptverhandlung am 24. Oktober 2019 wurden noch Zeugen vernommen; sodann wurde die Beweisaufnahme erneut geschlossen. Die Kammer beschied die vom Angeklagten am 17. Juni, 19. August und 3. September 2019 gestellten Anträge nicht durch Beschluss in der Hauptverhandlung, sondern erst im Urteil.

2. Die Rüge hat ungeachtet der vom Generalbundesanwalt vorgebrachten Zulässigkeitsmängel (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 20. Juli 2011 - 3 StR 44/11, NJW 2011, 2821 Rn. 5) zumindest deshalb keinen Erfolg, weil die Vorgehensweise des Landgerichts rechtmäßig war.

Bestimmt der Vorsitzende des Tatgerichts nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen, steht einer Bescheidung von nach deren Ablauf gestellten Beweisanträgen im Urteil nicht grundsätzlich entgegen, dass wieder in die Beweisaufnahme eingetreten worden ist. Dies gilt jedoch ausnahmsweise nicht für solche Beweisanträge, die sich erst aus der Beweisaufnahme nach Wiedereintritt ergeben. Hierzu sind regelmäßig Darlegungen im Antrag erforderlich.

a) Im Grundsatz bedarf die Ablehnung eines Beweisantrages gemäß § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO eines Gerichtsbeschlusses, der vor dem Schluss der Beweisaufnahme bekanntzumachen ist (vgl. BGH, Urteile vom 11. Juni 1963 - 1 StR 501/62, BGHSt 19, 24, 26; vom 2. August 1984 - 4 StR 120/83, juris Rn. 93). Davon abweichend kann infolge der Ergänzung des § 244 Abs. 6 StGB aufgrund des seit dem 24. August 2017 geltenden Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202, 3209) der Vorsitzende nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen; Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden, es sei denn, dass die Stellung des Be-

424 BGH, Beschluss vom 10.06.2020 - 4 StR 503/19

weisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. Die Zulässigkeit, über Beweisanträge nach Fristsetzung dementsprechend im Urteil zu befinden, entfällt entgegen anderer Ansicht (vgl. SSW-StPO/Sättele, 4. Aufl., § 244 Rn. 129g; Krehl in Festschrift Thomas Fischer, 2018, S. 705, 717; Schlothauer, aaO, S. 819, 827; Börner, JZ 2018, 232, 239) nicht insgesamt dadurch, dass nach Ende der Frist noch weitere Beweise erhoben werden (ebenso LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359l; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 14; differenzierend nach dem Zeitpunkt der Antragstellung Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 99; BeckOK StPO/Bachler, 39. Ed., § 244 Rn. 30; offen gelassen von BGH, Beschluss vom 10. Juni 2020 - 4 StR 503/19, juris Rn. 4).

aa) Nach dem Gesetzeswortlaut bleibt eine Bescheidung von Beweisanträgen im Urteil möglich. § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO in der ursprünglichen Fassung und der identische § 244 Abs. 6 Satz 4 StPO in der aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2121, 2122) seit dem 13. Dezember 2019 geltenden Fassung erfordern hierfür lediglich, dass die Anträge nach Fristablauf gestellt wurden und eine vorige Stellung nicht unmöglich war. Diese ausdrücklich normierten Voraussetzungen, insbesondere eine Antragstellung nach Fristablauf, liegen unabhängig davon vor, ob nach Fristablauf noch weitere Beweise erhoben werden. Aus einer anschließenden Beweisaufnahme folgt zudem nicht ohne Weiteres, dass die Stellung von Beweisanträgen vor Fristablauf nicht möglich war. Schließlich ändert sich, bezogen auf den Gesetzeswortlaut, nichts daran, dass bei der Fristsetzung die von Amts wegen in Aussicht genommene Beweisaufnahme abgeschlossen war, zumal das Partizip "vorgesehen" gerade auf die vorangegangene Lage abstellt.

bb) Das danach bereits im Gesetzeswortlaut angelegte Verständnis, wonach die zuvor gesetzte Frist im Falle weiterer Beweisaufnahme nicht insgesamt hinfällig wird, entspricht der Intention des Gesetzgebers. Diesem war die Problematik im Gesetzgebungsverfahren durchaus bewusst. Dabei ist er davon ausgegangen, dass nach erneutem Eintritt in die Beweisaufnahme "das Gericht eine erneute Frist für anschließende Beweisanträge setzen" müsse (BT-Drucks. 18/11277 S. 35; vgl. dazu auch BeckOK StPO/Bachler, 39. Ed., § 244 Rn. 30). Wie bereits aus der unmittelbar zusammenhängenden Erwägung zu entnehmen ist, sind mit "anschließenden" Anträgen indes nicht sämtliche zeitlich nachfolgenden, sondern lediglich solche gemeint, deren Erforderlichkeit sich aus der erneuten Beweisaufnahme ergibt, die mithin kausal - nicht temporal - an die ergänzenden Beweiserkenntnisse anknüpfen. Damit wollte der Gesetzgeber der Fristsetzung gerade nicht jede Wirkung absprechen. Dies hat er im Folgenden ausdrücklich klargestellt und hervorgehoben, dass Sinn und Zweck der Vorschrift eine erneute Fristsetzung nur für solche Beweisanträge erfordere, "die sich aus der Beweisaufnahme nach Wiedereintritt ergeben" (BT-Drucks. 19/14747 S. 33; s. zuvor BT-Drucks. 19/10388 S. 3; BMJV, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 145). Für andere Beweisanträge soll die bereits gesetzte Frist ersichtlich ihre Bedeutung behalten.

cc) Für ein solches Ergebnis spricht der in der Gesetzesbegründung herangezogene Gesetzeszweck (so auch Mosbacher, NStZ 2018, 9, 14). Die Vorschrift soll einerseits mit später Antragstellung einhergehende Verfahrensverzögerungen vermeiden, andererseits das Beweisantragsrecht der Verfahrensbeteiligten nicht beschneiden (vgl. BT-Drucks. 18/11277 S. 34). Diesen unterschiedlichen Belangen kommt eine Auslegung entgegen, die zum einen der vorangegangenen Fristsetzung im Falle einer weiteren Beweisaufnahme nicht jegliche Bedeutung versagt, zum anderen aber den Verfahrensbeteiligten eine Bescheidung ihrer Beweisanträge eröffnet, sofern diese auf der neuen Beweiserkenntnis beruhen.

Entfiele mit dem Wiedereintritt in die Beweisaufnahme von vornherein die Möglichkeit, nach einer zuvor gesetzten Frist gestellte Beweisanträge im Urteil zu bescheiden, hätte dies zur Folge, dass über sämtliche nach Fristablauf angebrachten Anträge in der Hauptverhandlung zu befinden wäre. Insbesondere bei länger andauernden Verfahren, bei denen der Vorsitzende Anlass zur Fristsetzung gesehen hat, kann bereits eine Vielzahl von zur Bescheidung im Urteil vorgesehenen Anträgen angefallen sein. Müssten diese dann gleichwohl durch Beschluss beantwortet werden, wirkte dies der beabsichtigten Verfahrensbeschleunigung entgegen und könnte sich sogar letztlich verfahrensverzögernd auswirken. Zudem eröffnete sich die Möglichkeit, zunächst wieder Beweisanträge jeglichen Inhalts stellen zu können, selbst wenn diese in keinem Zusammenhang zu der neuen Beweiserhebung stünden und bereits vor Fristablauf hätten vorgebracht werden können. Dies führt zu Belastungen der Hauptverhandlung in einem vorangerückten Stadium und kann regelmäßig weitere Verzögerungen des Verfahrensabschlusses nach sich ziehen. Vorliegend umfasst die Bescheidung der Beweisanträge in den Urteilsgründen, von der die Hauptverhandlung entlastet wurde, insgesamt annähernd sechzig Seiten.

Bliebe dagegen der Gesichtspunkt der weiteren Beweisaufnahme für die Bescheidung von Beweisanträgen völlig unbeachtlich, hätten die Verfahrensbeteiligten nicht die Gelegenheit, in Bezug auf die in der Hauptverhandlung neu gewonnenen Erkenntnisse Beweisanträge zu stellen, bei denen sie im Falle der Ablehnung die Gründe hierfür noch in der Hauptverhandlung erfahren.

Diesen gegenläufigen Interessen wird die vom Gesetzgeber intendierte Auslegung gerecht, grundsätzlich von der Wirksamkeit einer ordnungsgemäß gesetzten Frist auszugehen und eine Bescheidung lediglich solcher Beweisanträge, die sich aus der Beweisaufnahme nach Fristablauf ergeben, in der Hauptverhandlung als notwendig anzusehen.

dd) Schließlich fügt sich die aufgezeigte Interpretation in den systematischen Zusammenhang der Vorschrift ein. Eine eher einschränkende Auslegung ist vor dem Hintergrund angelegt, dass Beweisanträge im Regelfall vor Abschluss der Beweisaufnahme zu bescheiden sind und es sich bei § 244 Abs. 6 Satz 3 bis 5 StPO nF (zuvor § 244 Abs. 6 Satz 2 bis 4 StPO) um eine davon abweichende Ausnahmevorschrift handelt. Eine noch restriktivere Handhabung höhlte sie jedoch weitgehend aus, unter anderem deshalb, weil ein Wiedereintritt in die Beweisaufnahme regelmäßig durch einen präsente Beweismittel betreffenden Beweisantrag herbeigeführt werden kann, der nach § 245 Abs. 2 Satz 3 StPO nur unter erhöhten Anforderungen abgelehnt werden darf. Ferner können darüber hinaus unterschiedliche Anlässe für eine weitere, gerade auch punktuelle Beweiserhebung bestehen, ohne dass damit stets eine grundlegende Neubewertung des Verfahrensstandes einherginge (anders dagegen Börner, JZ 2018, 232, 239) oder die "Legitimation" für die Bescheidung im Urteil entfiele (aA Krehl in Festschrift Thomas Fischer, 2018, S. 705, 717).

ee) Es ist zwar nicht zu verkennen, dass im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Frage auftreten können, ob ein Antrag auf hinzugewonnenen Erkenntnissen beruht (vgl. LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359l). Allerdings handelt es sich hierbei um übliche Fragen der Rechtsanwendung auf den konkreten Sachverhalt, wie sie etwa ebenso bei der Beurteilung der Angemessenheit der Frist in Betracht kommen. Angesichts der dargelegten Problemlage und der ausdrücklichen Gesetzesbegründung rechtfertigen etwaige Auslegungszweifel jedenfalls nicht, zur Vereinfachung entweder gegen den Gesetzeswortlaut, die ratio legis und den Willen des Gesetzgebers der gesetzten Frist jegliche Bedeutung abzusprechen oder eine Bescheidung sämtlicher Beweisanträge erst im Urteil zuzulassen. Überdies lässt sich ihnen durch die Verfahrensgestaltung begegnen (s. sogleich zu b).

b) Stellt ein Verfahrensbeteiligter nach Fristablauf einen Beweisantrag, ist in diesem darzulegen, inwieweit sich der Antrag aus der weiteren Beweisaufnahme ergeben hat, wenn der Antragsteller eine Bescheidung vor dem erneuten Schluss der Beweisaufnahme begehrt. Eine solche § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO nF entsprechende Anforderung ermöglicht zum einem dem Tatgericht die Klärung, ob es über den Antrag erst im Urteil entscheiden kann oder nicht, zum anderen bietet sie die Basis für eine revisionsgerichtliche Prüfung.

Kommt es, wie dargelegt, für die Bescheidungspflicht eines nach Fristablauf gestellten Antrags darauf an, ob sich dieser erst aus den neuen Beweiserkenntnissen ergeben hat, kann dies in erster Linie der Antragsteller dartun. Zwar ist das Tatgericht ebenso wie dieser mit dem Inhalt der Beweisaufnahme vertraut, allerdings verfügt es nicht über etwaiges ergänzendes, in den Antrag gegebenenfalls einfließendes Wissen. Dieses und auch die individuelle Einschätzung der Beweislage können für die Beurteilung der Frage von Bedeutung sein, ob der Beweisantrag auf der weiteren Beweisaufnahme beruht. Ein entsprechendes Vorbringen gestattet dem Tatgericht, die Zusammenhänge zu erwägen und sich damit im Falle der Ablehnung auseinanderzusetzen. Hierdurch wird zugleich eine Grundlage geschaffen, auf der das Revisionsgericht im Falle einer Rüge den Verfahrensgang prüfen kann.

Eine derartige Darlegungspflicht des Antragstellers ist dem Gesetz nicht fremd. Vielmehr sieht § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO nF bereits jetzt vor, dass die Tatsachen, welche die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen sind. Wenngleich diese Regelung nicht direkt die hier in Rede stehende Fallgestaltung erfasst, besteht eine gewisse Vergleichbarkeit insoweit, als es jeweils um die Frage geht, inwieweit die ("verspätete") Stellung eines Beweisantrags nach Fristablauf nicht in der Sphäre des Antragstellers begründet ist. Zudem kann es zu Überschneidungen kommen, wenn aus der weiteren Beweisaufnahme sich für den Antragsteller nicht etwa lediglich das Erfordernis ergibt, einen zuvor ihm hypothetisch möglichen Antrag zu stellen, sondern Informationen folgen, die eine Antragstellung überhaupt erstmals gestatten. Im Übrigen sind im Rahmen von Beweisanträgen gewisse Darlegungspflichten auch in anderen Konstellationen angenommen und unter bestimmten Umständen selbst dann verfassungsgerichtlich nicht beanstandet worden, wenn sie mit der Offenlegung etwaiger Verteidigungsstrategien einhergingen (vgl. näher BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 2009 - 2 BvR 2580/08, BVerfGK 16, 253, 261 f.).

c) Dem Gesamtergebnis steht der Anspruch auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren nicht entgegen (vgl. zu etwaigen Bedenken BVerfG, Beschluss vom 8. Mai 2020 - 2 BvR 1905/19, juris Rn. 2).

aa) Die Bestimmung der verfahrensrechtlichen Befugnisse, die dem Beschuldigten nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens im Einzelnen einzuräumen sind, und deren Ausgestaltung obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber und sodann - in den vom Gesetz gezogenen Grenzen - den Gerichten bei der ihnen obliegenden Rechtsauslegung und -anwendung. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht - auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte - ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (insgesamt BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 2009 - 2 BvR 2580/08, BVerfGK 16, 253, 257 f. mwN). Dabei sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und der verfassungsrechtliche Grundsatz des Beschleunigungsgebotes in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfG, aaO, S. 263).

Zudem ist die Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs den einzelnen Verfahrensordnungen überlassen. Der Gesetzgeber kann es im Interesse der Verfahrensbeschleunigung durch Präklusionsvorschriften begrenzen (s. BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 1991 - 1 BvR 604/90, juris Rn. 12; vgl. zur Bedeutung des nationalen Rechts in Bezug auf Art. 6 Abs. 3 MRK etwa EGMR, Urteil vom 23. April 1997 - 21363/93 u.a. - van Mechelen u.a. / Niederlande - ECHR 1997-III, 692 Rn. 50; zur in den Niederlanden maßgeblichen Frist EGMR, aaO, Rn. 31; Art. 263 Abs. 2 der niederländischen Strafprozessordnung). Das Setzen einer Frist zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren ist verfassungsrechtlich dem Grunde nach nicht zu beanstanden und verstößt als solches nicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. März 2010 - 2 BvR 2092/09 u.a., BVerfGK 17, 190, 193).

bb) Daran gemessen ist es nicht geboten, eine Anwendung des § 244 Abs. 6 Satz 4 StPO nF generell auszuschließen, wenn nach Fristablauf erneut in die Beweisaufnahme eingetreten wird. Den Verfahrensbeteiligten wird die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen, über die das Gericht befinden muss, nicht genommen. Beschränkt wird allein der Anspruch, über etwaige Ablehnungsgründe noch vor Abschluss der Beweisaufnahme in Kenntnis gesetzt zu werden. Vor dieser Begrenzung erhalten die Beteiligten angesichts der Fristsetzung Gelegenheit, in der Hauptverhandlung zu bescheidende Beweisanträge zu stellen. Machen sie hiervon nicht Gebrauch, liegt dies in ihrem Verantwortungsbereich. Dass die mit einer Obliegenheitsverletzung einhergehenden Nachteile nicht insgesamt entfallen, wenn nachfolgend noch einzelne Beweise erhoben werden, benachteiligt die Verfahrensbeteiligten nicht maßgeblich im Vergleich zu der Verfahrenslage, die vor Wiedereintritt in die Beweisaufnahme besteht. Ergibt sich aus erneuten Beweiserhebungen das Bedürfnis weiterer Beweisanträge, ist gewährleistet, dass darüber wie sonst auch noch während der Hauptverhandlung befunden wird.

d) Es kann dahinstehen, ob die Revision lediglich beanstandet, dass mit Wiedereintritt in die Beweisaufnahme die Bescheidung jeglicher Beweisanträge im Urteil unzulässig sei, oder darüber hinaus, der Bescheidung im Urteil stehe ein Bezug zwischen den Anträgen und der weiteren Beweisaufnahme entgegen. Denn es ergibt sich bei den erst im Urteil beschiedenen Anträgen vom 17. Juni, 19. August und 3. September 2019 jedenfalls nicht, dass sie auf der nach Fristablauf liegenden Beweisaufnahme gründen, zumal die Anträge am 17. Juni 2019 bereits vor dieser gestellt wurden.

Entsprechendes gilt für die Frage, ob die Stellung der Beweisanträge vor Fristablauf nicht möglich war (§ 244 Abs. 6 Satz 3 StPO aF, § 244 Abs. 6 Satz 4 StPO nF). ..."[425]

Revisionen und ihre Begründung

Das ist ein besonderes Kapitel, welches hier nicht weiter oder gar ausführlich behandelt werden kann.[426]

Abschließende Anmerkungen

Der Verfasser wird immer wieder mit Fällen befasst, in denen die Verfahren in den Tatsacheninstanzen schon abgeschlossen sind. Danach soll es die Revision richten. Vergessen wird, dass nach wie vor trotz unüberwindbarer Bedenken am Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren festgehalten wird.[427]

425 BGH, Beschluss vom 21.04.2021 - 3 StR 300/20

426 Zum Einstieg werden zumindest die Hinweise in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Rz. 100 bis 109 zu § 244 empfohlen. Eine Beschäftigung mit der vertiefenden Literatur zum Revisionsrecht ist dringend angeraten, und das nicht erst, wenn es zu spät ist. Siehe kürzlich BGH, Urteil vom 02.03.2023 - 4 StR 298/22

427 Döhmer, Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren, SVR 2009, 47 ff -

Es wird leider viel zu selten bedacht, dass Revisionen durch die seriöse Ausschöpfung der noch zur Verfügung stehenden strafprozessualen Möglichkeiten vor den Tatgerichten vorzubereiten sind, um Fehlurteile zu verhindern.

Deshalb wirkt es sich in der Regel für Angeklagte nachteilig aus, wenn auf der Ebene der Schuld- und Straffrage nicht u.a. vom Mittel des Beweisantrages Gebrauch gemacht wird. Sorgfältig und frühzeitig vorbereitete Beweisanträge können, wenn die Beweisbehauptungen nicht aufs Geratewohl ins Blaue hinein aufgestellt werden, eine Verurteilung, jedenfalls aber eine überharte Bestrafung verhindern.

Solche wohl formulierten Beweisanträge sind im Verbund mit den Ablehnungsbeschlüssen, Protokollierungsanträgen und den schriftlichen Urteilsgründen[428] geeignet, die Gefahr von Manipulationen am Faktum zu reduzieren und das oftmals eingeübte revisionssichere Dichtschreiben tatrichterlicher Urteile zu erschweren.

http://www.kanzlei-doehmer.de/Rekonstruktion_der_HV.pdf - Hinweise auf diesen Aufsatz fielen der Zensur bei Wikipedia zum Opfer

428 Vielleicht hat ja dieser Spuk bald ein Ende. Das BMJ legte einen Referentenentwurf zur Video- und Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung im Strafverfahren vor. Die Umsetzung soll angeblich durch die Länder schrittweise erfolgen und bis zum 1.1.2030 abgeschlossen sein. Siehe Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz