

gen wird.⁹ Erst wenn ein solcher Vorschlag Gegenstand von Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung oder nach § 257c Abs. 3 StPO einer Mitteilung in der Hauptverhandlung war, ist ein Orientierungspunkt gesetzt, von dem sich ein Rechtsfolgensausspruch nach kontradiktorischer Verhandlung nur nach Maßgabe nicht zur Geltung gekommener Strafmilderungsgründe bzw. hinzutretener neuer Strafschwerungsgründe abheben darf.¹⁰ Zu einem solchen Vorschlag war es aber in dem vom *1. Strafsenat* entschiedenen Sachverhalt nicht gekommen, so dass insoweit das Urteil nicht auf der Verletzung der Mitteilungspflicht beruhte.

III. Ohne Not äußert sich der *1. Strafsenat* zur Zulässigkeit der Mitteilung einer Alternativstrafe für den Fall einer Verurteilung nach einer nicht zustande gekommenen bzw. gescheiterten Verständigung. Denn in dem entschiedenen Fall hatte die Vorsitzende eine solche Alternativstrafe überhaupt nicht in Aussicht gestellt. Den der Sache nach nicht gebotenen Ausführungen ist zu widersprechen. Der *1. Strafsenat* konzidiert, dass es im Zusammenhang mit der Nennung einer Strafunter- und einer Strafobergrenze als Teil eines gerichtlichen Verständigungsangebots »meist auch nicht zweckmäßig« sei, die zu erwartende Strafe für den Fall einer Verurteilung ohne ein Geständnis mitzuteilen. Zu Recht weist er darauf hin, dass der Angeklagte dadurch einem »in-akzeptablen Druck« ausgesetzt werde, wenn die ohne Absprache in Aussicht gestellte Sanktion »das vertretbare Maß« überschreite. Vor den Schwierigkeiten der dann erforderlichen Abgrenzung des »noch vertretbaren« von einem nicht mehr vertretbaren Maß kapituliert der *Senat* letztlich, wenn er auf die Maßgeblichkeit der »Verhältnisse des Einzelfalls« abstellt. Dass auch dies eine Leerformel ist, räumt der *Senat* indirekt ein, wenn er zutreffender Weise anmerkt, dass sich am Ende einer langen Hauptverhandlung mit umfangreicher Beweisaufnahme der aus den Akten gewonnene Eindruck von Tat und Täter entscheidend zum Vor- oder Nachteil des Angeklagten im Verhältnis zum Zeitpunkt eines Verständigungsangebots verändern könne.

Angesichts dieses für die Entscheidung völlig überflüssigen Argumentationsaufwands zu den Grenzen einer »Sanktions-schere« verwundert es, warum sich der *1. Strafsenat* nicht damit auseinandergesetzt hat, ob es anlässlich von Erörterungen über die Möglichkeit einer Verständigung bzw. im Rahmen eines Verständigungsangebots überhaupt noch zulässig ist, eine Alternativstrafe für den Fall einer Verurteilung ohne Verständigung zu nennen. Es gibt gute Gründe, dies zu verneinen: § 257c Abs. 3 StPO gibt dem Gericht nämlich lediglich die Befugnis zur Bekanntgabe des möglichen Inhalts einer *Verständigung*. Als ein Aspekt kann das Gericht dabei auch eine Strafober- und untergrenze angeben. Die Befugnis zur Nennung einer Alternativstrafe beinhaltet § 257c Abs. 3 StPO nicht. Deshalb berechtigt diese Vorschrift das Gericht nicht zu der Angabe einer Vergleichsstrafe für den Fall des Nichtzustandekommens der Vereinbarung.¹¹ Vor diesem Hintergrund kann die Nennung einer Alternativstrafe nicht nur die Besorgnis der Befangenheit aus der Sicht des Angeklagten begründen; es handelt sich bei dem Versuch, den Angeklagten dadurch zur Zustimmung zu dem Verständigungsangebot des Gerichts zu bewegen, auch um eine Drohung mit einer nach § 257c StPO unzulässigen Maßnahme (§ 136a StPO).¹² Indem der *Senat* die überhaupt nicht zur Entscheidung anstehende Problematik

der Sanktionsschere im Zusammenhang mit einer Verständigung lediglich anreißt und in keiner Weise erschöpfend diskutiert, hat er dem Rechtsgespräch, dem obiter dicta dienen sollen,¹³ keinen Dienst erwiesen und die Zweifel bestärkt, die grundsätzlich an der Zulässigkeit solcher obiter dicta geäußert werden.¹⁴

RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen.

Konnexität zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung

StPO § 244 Abs. 3

Bedarf es der Darlegung der Konnexität, so hat der Antragsteller die Tatsachen, die diese begründen sollen, bestimmt zu behaupten. (amtl. Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 03.11.2010 – 1 StR 497/10 (LG Mosbach)*

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit Körperverletzung zu einer fünfjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 02.09.2010 dargelegten Gründen keinen Erfolg (§ 349 Abs. 2 StPO). Der ergänzenden Erörterung bedarf allein die neben der ausgeführten Sachrüge erhobene Verfahrensrüge, das *LG* habe § 244 Abs. 3 StPO verletzt.

[2] **1.** Dieses hat auf Grund der eintägigen Hauptverhandlung festgestellt, der inhaftierte Angeklagte habe den Mitinsassen S. durch mehrere Schläge gegen die Brust und durch die Drohung, ihm anderenfalls mit einer Billardkugel auf den Kopf zu schlagen, dazu gebracht, ihm einen Teil der von diesem gekauften Lebensmittel auszuhändigen, ohne dass der Angeklagte hierauf einen Anspruch gehabt hätte. Seine diesbezügliche Überzeugung hat es insbesondere auf die Angaben des als Zeugen gehörten S. sowie auf den Inhalt eines von diesem an seine Eltern gerichteten, im Rahmen der Postkontrolle sichergestellten Briefes gestützt, in dem er die Tat schildert.

[3] **2.** Der Verfahrensrüge liegt folgendes Geschehen zu Grunde: Im Rahmen seines Plädoyers stellte der Verteidiger »für den Fall, dass das Gericht den Angeklagten wegen ... schwerer räuberischer Erpressung verurteilen möchte«, den Antrag, S. s Mutter als Zeugin zu hören zum Beweis der Tatsache, dass dieser ihr gegenüber »nach Abfassen des Briefes geschildert hat, dass er dem Angeklagten die Sachen freiwillig gegeben hat als Gegenleistung für Tabak und von andere(n) abgezockt wurde«. In der Antragsbegründung heißt es, es sei »davon auszugehen, dass der Zeuge« S. »von seiner Mutter bei dem nächsten Besuch nach dem Brief auf die Vorgänge angesprochen wurde und diese wie« – nach den Feststellungen des *LG* zunächst durch den Angeklagten eingeschüchtert – »in der Hauptverhandlung geschildert«, d.h. sinngemäß angegeben hat, er hätte dem Angeklagten die Lebensmittel auch ohne Auseinandersetzung, also freiwillig gegeben. Die dem Verteidiger seitens der *StrK* daraufhin gestellte Frage, ob ihm »nähere Informationen vorliegen, dass ein derartiges Gespräch zwischen dem Geschädigten

9 Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil B § 257c Rn. 24.

10 Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil C Rn. 97.

11 SK-StPO/Velten, Stand: 64 Lfg./Okt. 2009, § 257c Rn. 21; siehe auch Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil B § 257c Rn. 47.

12 KMR-StPO/v. Heinschel-Heinegg, Stand: 11/2009, § 257c Rn. 39; SK-StPO/Velten (Fn.11), § 257c Rn. 21, 26.

13 Rob. Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht, in: Gesammelte Schriften, 1985, S. 79 f., insbes. S. 97 f.; aus neuerer Zeit Rieß FS Fezer, 2008, S. 455 (469).

14 Zum obiter dictum in Entscheidungen der BGH-Strafsenate: Fezer FS Küpper, 2007, S. 45 (49): »Der Senat neigt der Auffassung zu (...).«

und seiner Mutter stattgefunden hat«, wurde von diesem verneint. Diesbezüglich wurde – von der Revision nicht vorgetragen – im Hauptverhandlungsprotokoll folgendes protokolliert: »Auf Frage erklärte der Verteidiger, er wisse nicht, ob und was der Zeuge S. mit seiner Mutter gesprochen habe. Sein Hilfsbeweis antrag beruhe insoweit allein auf einer Vermutung«. Das *LG* hat in seinem Urteil ausgeführt, »die Beweistatsache« sei »demnach aufs Geratewohl behauptet, sodass nur ein Beweisermittlungsantrag vorliegt, dem nachzukommen die Aufklärungspflicht nicht geboten hat«.

[4] **3.** Der Verfahrensrüge bleibt der Erfolg versagt.

[5] **a)** Der *Senat* hat bereits erhebliche Bedenken, ob die Rüge den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügt. Denn nach dieser Bestimmung sind die Verfahrenstatsachen so vollständig und aus sich heraus verständlich anzugeben, dass das Revisionsgericht allein anhand der Revisionsbegründung in die Lage versetzt wird, darüber – unter der Voraussetzung der Erweisbarkeit – endgültig zu entscheiden (*BGH*, Urteil v. 30.04.1999 – 3 StR 215/98, NStZ 1999, 396, 399 mwN [= StV 1999, 604]). Hierzu hätte vorliegend die – wie dargelegt unterbliebene – Mitteilung gehört, dass das zwischen der *StrK* und dem Verteidiger geführte Gespräch über dessen mögliche Erkenntnisse hinsichtlich der behaupteten Angaben des Zeugen S. seiner Mutter gegenüber einen – wie sich dem Hauptverhandlungsprotokoll entnehmen lässt – weitergehenden Inhalt gehabt hat, als ihn die Revision vorgetragen hat. Dieser lässt sich auch den ergänzend heranzuziehenden Urteilsgründen nicht vollständig entnehmen. Die Frage der Zulässigkeit kann jedoch offen bleiben, da die Verfahrensrüge jedenfalls unbegründet ist.

[6] **b)** Denn die Verfahrensweise des *LG* hält rechtlicher Überprüfung stand, weil es den Antrag im Ergebnis zutreffend nicht als Beweisantrag angesehen hat. Der *Senat* lässt allerdings offen, ob das *LG* den Antrag zu Recht als »aufs Geratewohl« gestellt bewertet hat (aa). Denn jedenfalls handelte es sich deshalb lediglich um einen Beweisermittlungsantrag, weil die für einen Beweisantrag notwendige Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel nicht hinreichend bestimmt behauptet worden ist (bb).

[7] **aa)** Allerdings muss einem Beweisbegehren nach bisheriger Rechtsprechung nicht (oder nur nach Maßgabe der Aufklärungspflicht) nachgegangen werden, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne begründete Vermutung für ihre Richtigkeit aufs Geratewohl, d.h. »ins Blaue hinein« aufgestellt wird, sodass es sich in Wahrheit nur um einen nicht ernst gemeinten, zum Schein gestellten Beweisantrag handelt. Ob es sich um einen solchen handelt, ist aus der Sicht eines »verständigen« Antragstellers auf der Grundlage der von ihm selbst nicht in Frage gestellten Tatsachen zu beurteilen (zusammenfassend *BGH*, Beschluss v. 12.03.2008 – 2 StR 549/07, NStZ 2008, 474 mwN [= StV 2008, 287]; s. auch *BGH*, Urteil v. 12.06.1997 – 5 StR 58/97, NJW 1997, 2762, 2764 [= StV 1997, 567]; *BGH*, Beschluss v. 05.03.2003 – 2 StR 405/02, NStZ 2003, 497 [= StV 2003, 428]).

[8] Was den insofern geltenden Maßstab angeht, soll einerseits von einer »ins Blaue hinein« aufgestellten Beweisbehauptung nicht schon dann gesprochen werden können, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache objektiv ungewöhnlich oder unwahrscheinlich erscheint oder andere Möglichkeiten näher gelegen hätten (*BGH*, Beschluss v.

12.03.2008 – 2 StR 549/07, NStZ 2008, 474 [= StV 2008, 287]). Andererseits soll bei Sachverhalten, in denen keine sachlichen Anhaltspunkte dafür bestehen, eine sich aufdrängende Tatsache in Frage zu stellen, auf eine strenge Einhaltung der Anforderungen an einen Beweisantrag zum Zweck der Abgrenzung von sog. Pseudobehauptungen oder von »ins Blaue hinein« bzw. aufs Geratewohl angestellten Vermutungen nicht verzichtet werden können (*BGH*, Urteil v. 14.04.1999 – 3 StR 22/99, NJW 1999, 2683, 2684 [= StV 1999, 432]).

[9] Hieran gemessen hat der *Senat* Zweifel, ob den von der Revision (erstmalig mit ihrer Begründungsschrift) vorgebrachten, nach ihrer Auffassung für die aufgestellte Vermutung »ausreichenden Anhaltspunkte« ein hinreichendes Gewicht zukommt, nämlich der Mitinhaftierte S. sei zum Zeitpunkt des Verfassens des Briefes 19 Jahre alt gewesen, aus diesem ergebe sich ein gutes Verhältnis zu der als Zeugin benannten Mutter, diese wohne ca. 180 Straßenkilometer von der Justizvollzugsanstalt entfernt und es sei schließlich die Regel, dass Gefangene von ihren Eltern besucht würden. Er braucht dies aber – wie ausgeführt – nicht zu entscheiden.

[10] Ebenso braucht er sich nicht zu der vom 3. *Strafsenat* aufgeworfenen Frage zu äußern, ob überhaupt an der Rechtsprechung festzuhalten sei, 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 aufgestellte Behauptung handelt (*BGH*, Beschluss v. 19.09.2007 – 3 StR 354/07, StV 2008, 9; *BGH*, Beschluss v. 20.07.2010 – 3 StR 218/10).

[11] **bb)** Ein Beweisantrag i.S.d. § 244 StPO setzt als erstes Erfordernis die konkrete und bestimmte Behauptung einer Tatsache voraus. Zweitens ist ein bestimmtes Beweismittel zu benennen, mit dem der Nachweis der Tatsache geführt werden soll. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, kann je nach der Fallgestaltung eine dritte hinzutreten, die sog. Konnexität zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung. Darunter ist im Falle des Zeugenbeweises zu verstehen, dass der Antrag erkennen lassen muss, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können soll (*BGH*, Beschluss v. 17.11.2009 – 4 StR 375/09), etwa weil er am Tatort war, in der Nachbarschaft wohnt, eine Akte gelesen hat usw. (*BGH*, Urteil v. 28.11.1997 – 3 StR 114/97, *BGHSt* 43, 321, 329 f. mwN [= StV 1998, 195]).

[12] Dieser Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Beweismittel wird sich in vielen Fällen von selbst verstehen. Es sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen – vergleichbar gerade den in der Rechtsprechung unter den Begriffen der aufs Geratewohl aufgestellten, aus der Luft gegriffenen Behauptung abgehandelten Fällen – zwar konkrete und bestimmte Behauptungen aufgestellt werden, denen eigene Wahrnehmungen eines Zeugen zugrundeliegen sollen, der Antrag jedoch nicht erkennen lässt, weshalb der Zeuge seine Wahrnehmung hat machen können. Verhält es sich so, bedarf es der näheren Darlegung des erforderlichen Zusammenhangs, der Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel (*BGH*, Urteil v. 28.11.1997 – 3 StR 114/97, *BGHSt* 43, 321, 330 [= StV 1998, 195]).

[13] Ebenso wie die Beweistatsache – auch wenn sie ggf. vom Antragsteller lediglich als möglicherweise geschehen erachtet werden darf (*BGH*, Beschluss v. 10.11.1992 – 5 StR 474/92, NStZ 1993, 143 [= StV 1993, 3]; *BGH*, Beschluss v. 05.02.2002 – 3 StR 482/01, NStZ 2002, 383 [= StV 2002, 233]; *BGH*, Urteil v. 15.12.2005 – 3 StR 201/05, NStZ 2006, 585, 586 [= StV 2006, 285]; *BGH*, Beschluss v. 04.04.2006 – 4 StR 30/06, NStZ 2006, 405 [= StV 2006, 458]) – und das Beweismittel bestimmt bezeichnet werden müssen, hat der Antragsteller auch die Tatsachen bestimmt zu behaupten, aus denen sich die Konnexität ergibt. Denn es muss dem Tatgericht plausibel gemacht werden, dass der benannte Zeuge in der Lage gewesen ist, die Beweistatsache wahrzunehmen (*BGH*, Urteil v. 10.06.2008 – 5 StR 38/08, *BGHSt* 52, 284, 287 [= StV 2009, 57]). In der Antragsbegründung ist daher insoweit ein nachvollziehbarer Grund anzugeben (*BGH*, Urteil v. 15.12.2005 – 3 StR 201/05, NStZ 2006, 585, 586 [= StV 2006, 285]), zumal dann, wenn – wie hier – keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, weshalb der Zeuge S. gegenüber seiner Mutter das Gegenteil dessen gesagt haben soll, was er zuvor in seinem ebenfalls an diese gerichteten Brief bekundet hatte (zur vergleichbaren Konstellation bei einer Aufklärungsrüge *BGH*, Beschluss v. 3. 07. 2007 – 1 StR 168/06, NStZ 2007, 165).

[14] Diesem Erfordernis wird der vorliegend gestellte Antrag nicht gerecht. Denn er bezeichnet – worauf schon der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend hingewiesen hat – die Wahrnehmungssituation nicht bestimmt genug. Vielmehr lässt bereits der Antrag in seiner Gesamtheit erkennen, dass ihm lediglich die Vermutung zu Grunde liegt, es habe ein – im Übrigen vor allem zeitlich nicht näher spezifiziertes – Gespräch mit dem behaupteten Inhalt gegeben. Der infolge dessen seitens des Gerichts mit dem Antragsteller aus Gründen der Fairness (vgl. *BGH*, Urteil v. 10.06.2008 – 5 StR 38/08, *BGHSt* 52, 284, 288 [= StV 2009, 57]) und verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. *BVerfG*, Beschluss v. 6. 10. 2009 – 2 BvR 2580/08, NStZ 2010, 155 [= StV 2010, 113]) gesuchte Dialog hat dann dementsprechend eindeutig bestätigt, der »Hilfsbeweis-antrag beruhe ... allein auf einer Vermutung«.

[15] e) Angesichts der gesamten Sach- und Beweislage brauchte sich das *LG* auch nicht zu der in Rede stehenden weiteren Aufklärung gem. § 244 Abs. 2 StPO gedrängt zu sehen.

Anm. d. Red.: Zu dieser Entscheidung siehe den Beitrag von *Habetha* StV 2011, 239 (in diesem Heft).

Anforderungen an Beweisantrag

StPO § 244 Abs.6

Die Beweisbehauptung, »deutlich erhebliche motorische Ausfallerscheinungen« des Angeklagten ergäben sich durch Augenschein eines in der Akte vorhandenen Videos, erfüllt das beweisantragsrechtliche Bestimmtheitsgebot, weil sie eine schlagwortartig verkürzte Bezeichnung weit verbreiteter und bekannter körperlicher Zustände unter Alkoholeinwirkung darstellt.

BGH, Beschl. v. 27.10.2010 – 5 StR 359/10 (LG Bremen)

Aus den Gründen: [2] 1. Der in der Hauptverhandlung geständige Angekl. konsumierte mit zwei Freunden vor der Tat 1,16 l Wodka, woraus das *LG* – ohne auf genaue Trinkangaben des Angekl. abstellen zu können – eine BAK von 1,3 ‰ abgeleitet und eine Anwendung des § 21 StGB verneint hat.

[3] Bei dieser Beweislage hätte das *LG* einen im Schlussvortrag des Verteidigers für den Fall, dass das Gericht nicht von einer erheblichen Beeinflussung durch Alkohol ausgehen sollte, gestellten Antrag nicht übergehen dürfen. Darin hatte er beantragt, die in der Akte vorhandenen Videos in Augenschein zu nehmen, weil sich aus diesen deutlich erhebliche motorische Ausfallerscheinungen des Angekl. ergäben. Dies begründet als Verstoß gegen § 244 Abs. 6 StPO die Revision im dargelegten Umfang.

[4] 2. Die Rüge ist zulässig. Das Beweismittel ist im Antrag genügend genau bezeichnet. Es ist bereits in der Anklageschrift angeführt. Dies machte weitere Präzisierungen zum Zeitpunkt der Antragstellung entbehrlich.

[5] Gleiches gilt hinsichtlich der Beweisbehauptung. Die in der Revisionsbegründung als mehrfaches Stürzen und Abstützen an der Wand präzisierten »Ausfallerscheinungen« erfüllten – zumal angesichts der sofortigen Verfügbarkeit des Beweismittels – zum Zeitpunkt der Antragstellung als schlagwortartig verkürzte Bezeichnung weit verbreiteter und bekannter körperlicher Zustände unter Alkoholeinwirkung noch das beweisantragsrechtliche Bestimmtheitsgebot (vgl. *BGH* NStZ 2008, 52, 53 m.w.N.; vgl. auch *BGH* NStZ 2004, 99, 100; 2006, 585, 586).

[6] 3. Die Rüge ist auch begründet. Zwar ist die Anwendung der §§ 21, 49 Abs. 1 StGB in dem Antrag nicht ausdrücklich als Bedingung formuliert worden. Die Bewertung der Verknüpfung einer erheblichen Beeinflussung durch Alkohol, zu beweisen durch deutlich erhebliche motorische Ausfallerscheinungen, ergibt indes bei kontext- und interessengerechter Betrachtung die Anwendung des gemilderten Strafrahmens als Kern des Begehrens.

[7] Der *Senat* kann nicht ausschließen, dass eine Würdigung alkoholbedingter Ausfallerscheinungen des Angekl. während der Tat zur Annahme einer dem Angekl. günstigeren BAK und einer – noch – mildernden Strafe hätte führen können (vgl. *BGH* NStZ-RR 2006, 271).

»Eingeschränkte Schuldfähigkeit« als Gegenstand eines Beweisantrags

StPO § 244 Abs. 3; StGB § 21

Die erheblich eingeschränkte Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit ist keine bestimmte Beweistatsache, die zum tauglichen Gegenstand eines Beweisantrags gemacht werden kann. 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 zu Gunsten des Angeklagten wirkende Beweisbehauptung widerlegt werden kann.

BGH, Urt. v. 02.09.2010 – 3 StR 273/10 (LG Mönchengladbach)