

Übergehen »unwahrscheinlicher« Beweisanträge ohne Ablehnungsgrund

– Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 03.11.2010, 1 StR 497/10* –

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Jörg Habetha, Freiburg i.Br.

A. Einleitung

Ein *Beweisantrag*¹ erfordert das ernsthafte Verlangen, zum Nachweis eines bestimmten Sachverhalts, der den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch betrifft, durch ein bestimmtes Beweismittel Beweis zu erheben.² Dabei ist dem Antragsteller gestattet, einen Sachverhalt zu behaupten, den dieser nur vermutet.³ Diese Grundsätze entsprechen gefestigter Rechtsprechung des *BGH*.⁴ Der zuletzt durch den *1. Strafsenat* zu würdigende Antrag der Verteidigung beinhaltete das Beweisbegehren, durch Vernehmung einer bestimmt bezeichneten Person als Zeugin (Mutter des *S.*) nachzuweisen, dass der *S.* ihr gegenüber anlässlich eines Haftbesuchs eine bestimmte Äußerung getätigt hat.⁵ Damit sind die Voraussetzungen eines Beweisantrags erfüllt. Gleichwohl überrascht die Entscheidung des *Senats* wenig, das Beweisbegehren besitzt dennoch nicht die qualitas eines Beweisantrags, nimmt man die Rechtsprechung des *BGH* zum Beweisantrag »ins Blaue hinein bzw. aufs Geratewohl« sowie zur »Konnexität« zwischen Beweismittel und Beweistatsache mit in den Blick. Der *BGH* installiert im Rahmen dieser Fallgruppen zusätzliche Begründungserfordernisse. Die Folge ist eine Restriktion des Beweisantragsrechts. Der *1. Strafsenat* führt mit seiner jüngsten Leitsatzentscheidung eben diese Tradition fort und verschärft die *formellen* Anforderungen an die Darlegung von »Konnexität«. Eine Auseinandersetzung mit der zuletzt vom *3. Strafsenat* erwogenen Aufgabe der Spruchpraxis zu Beweisanträgen »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« vermeidet der *1. Strafsenat* hierdurch. Die Vereinbarkeit der Entscheidung mit den rechtlichen Grundlagen des Beweisantragsrechts bedarf einer kritischen Prüfung.

B. Restriktionen der Rechtsprechung

Das Beweisantragsrecht begründet einen Anspruch des Antragstellers auf Durchführung der beantragten Beweiserhebung, sofern ein Ablehnungsgrund nicht vorliegt; spiegelbildlich eine entsprechende Rechtspflicht des erkennenden Gerichts.⁷ Die gesetzlichen Ablehnungsgründe (§§ 244 Abs. 3 bis 5, 245 Abs. 2 StPO) sind systematisch gesehen eine Ausnahme von der richterlichen Beweiserhebungspflicht⁸ und *enumerativ* ausgestaltet.⁹ Der *BGH* bewirkt eine zusätzliche Beschränkung des Beweisantragsrechts jenseits der Ablehnungsgründe durch die Restriktion des *Beweisantragsbegriffs*, so dass betroffene Beweisbegehren (nur) am Maßstab des § 244 Abs. 2 StPO zu messen sind. Der Amtsermittlungsgrundsatz erlaubt dem Tatrichter, einem Beweisbegehren nicht zu folgen, sofern eine prognostische (Vorab-)Beurteilung von Validität und Qualität des Beweismittels am Maßstab des bisherigen Beweisergebnisses sowie anhand der Aktenlage (Beweisantizipation) ergibt, dass ein für die Entscheidung erhebliches Beweisergebnis voraussichtlich nicht zu erwarten ist.¹⁰ Die Rechtsprechung unterscheidet *zwei* Fallgruppen, die sie der Einordnung eines Beweisbegehrens als Beweisantrag entgegenhält: (1) Beweisanträge »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« sowie (2) fehlende »Konnexität« zwischen Beweismittel und -tatsache.

Beide Konstellationen sind Gegenstand der aktuellen Entscheidung des *1. Strafsenats*. Allerdings stützt der *Senat* – anders als die Vorinstanz – die Zurückweisung des Beweisbegehrens nicht auf die erst- sondern auf die letztgenannte Fallgruppe. Gleichwohl habe das *LG* »den Antrag im Ergebnis zutreffend *nicht* als Beweisantrag angesehen«. ¹¹

I. Beweisanträge »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl«

Zunächst sei – wie gezeigt auch nach Ansicht des *BGH* – unschädlich, wenn der Nachweis eines Sachverhalts begehrt wird, dessen sich der Antragsteller nicht sicher ist (oder nicht sicher sein kann), den er nur für möglich hält oder vermutet.¹² Andererseits handele es sich nur um einen (nicht ernstlich gemeinten) *Scheinbeweisantrag*, wenn der Antragsteller eine aus der Luft gegriffenen Tatsache »ins Blaue hinein« bzw. »aufs Geratewohl« ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt (ohne begründete Vermutung) behauptet.¹³ Ein solches Beweisbegehren, dem nur eine »Pseudobehauptung« zu Grund liege,¹⁴ sei nicht als Beweisantrag zu behandeln.¹⁵ Ob »ausreichende Anhaltspunkte« für die Ver-

* StV 2011, 207 (in diesem Heft).

1 Die StPO setzt das Beweisantragsrecht verschiedenen Orts voraus (vgl. §§ 163a Abs. 2, 166 und 219 StPO), eine Legaldefinition enthält die StPO dagegen nicht.

2 *Alsberg/Nüsel/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl. 1983, S. 34 f.; *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisantragsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn.77; *Meyer-Gofner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 244 Rn. 18; KK-StPO/*Fischer*, 6. Aufl. 2008, § 244 Rn. 67; LR-StPO/*Becker*, 26. Aufl. 2010, § 244 Rn. 95; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 138; HK-GS-StPO/*König*, 2008, § 244 Rn. 23; *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 58 (59); *Jahn* StV 2009, 663; *Habetha/Trüg* GA 2009, 406 (409); *Hartmut Schneider* FS Eisenberg, 2009, S. 609 (611).

3 LR/*Becker* (Fn. 2), § 244 Rn. 103; KK-StPO/*Fischer* (Fn. 2), § 244 Rn. 73; *Meyer-Gofner* (Fn. 2), § 244 Rn. 20; HK-GS-StPO/*König* (Fn. 2), § 244 StPO Rn. 33; *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 58 (59); *Habetha/Trüg* GA 2009, 406 (415).

4 Zum Beweisantragsbegriff etwa bereits BGHSt 1, 29 (31); 6, 128 (129); 30, 131 (142) = StV 1981, 500; zur Zulässigkeit, einen nur vermuteten Sachverhalt zu behaupten, BGHSt 21, 118 (125); BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 2; BGH StV 1993, 3; NJW 1988, 1859 (1860) = StV 1988, 185; StV 2008, 287.

5 BGH, Beschl. v. 3.11.2010, 1 StR 497/10, Tz. 3.

6 BGH (Fn. 5), Leitsatz.

7 BGHSt 21, 118 (124); BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 8; BGH NSStZ 1989, 334 (335) = StV 1989, 287; StV 1997, 567; *Fezer* FS Meyer-Gofner, 2001, S. 629 (634); *Habetha/Trüg* GA 2009, 406 (410) m. w. N.

8 *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 91; *Trüg* StraFo 2010, 139 (140).

9 *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 58 (59); *Meyer-Gofner* (Fn. 2), § 244 Rn. 46; LR/*Becker* (Fn. 2), § 244 Rn. 95 m. w. N.

10 BGHSt 36, 159 (165) = StV 1989, 281; 40, 60 (62) = StV 1994, 229; HK-GS-StPO/*König* (Fn. 2), § 244 Rn. 18, 20; LR/*Becker* (Fn. 2), § 244 Rn. 49, 58; KK-StPO/*Fischer* (Fn. 2), § 244 Rn. 129 m. w. N.

11 BGH (Fn. 5), Tz. 6 (*Hervorh. nicht i. Orig.*).

12 Bereits oben Fn. 4; vgl. auch *Habetha/Trüg* GA 2009, 406 (415) m.w.N.

13 BGH StV 1993, 621 (622); NJW 1997, 2762 (2764) = StV 1997, 567; StV 2003, 428; StV 2006, 458; NSStZ 2008, 52 (53) = StV 2007, 563; vgl. auch *Meyer-Gofner* (Fn. 2), § 244 Rn. 20; HK-GS-StPO/*König* (Fn. 2), § 244 Rn. 33.

14 Formulierung aus BGH (Fn. 5), Tz. 8.

15 Mit der Folge, dass die Ablehnung des Beweisantrags – entgegen § 244 Abs. 6 StPO – keines Gerichtsbeschlusses bedarf.

mutung vorliegen, sei aus Sicht eines »verständigen Antragstellers« auf der Grundlage der von ihm selbst nicht in Frage gestellten Tatsachen zu beurteilen.¹⁶ Der 3. Strafsenat hat sich abweichend hiervon bereits mehrfach dafür ausgesprochen, die Rechtsprechung zu Beweisanträgen »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« aus systematischen Gründen zu überdenken und aufzugeben.¹⁷

II. Konnexität im engeren und weiteren Sinn

Das Erfordernis der *Konnexität*¹⁸ wird systematisch aus dem Gedanken *struktureller Korrespondenz* zwischen Beweisbegehren und einzelnen Ablehnungsgründen (insbesondere § 244 Abs. 3 S. 2 StPO) abgeleitet.¹⁹ Diese müssten auf den Antrag sinnvoll anwendbar sein.²⁰ Der fälschlicher Weise inhaltliche Homogenität suggerierende Terminus »Konnexität« erfasst allerdings zwei verschiedene, voneinander abzugrenzende Fallgruppen: Konnexität im *engeren* und im *weiteren* Sinn.²¹ Der rechtliche Gehalt beider Konstellationen weicht erheblich voneinander ab. Konnexität im *engeren* (ursprünglichen) Sinn betrifft allein die Frage des erforderlichen Konkretisierungsgrades der Beweisbehauptung.²² Der Beweisantrag muss, wie eingangs skizziert, neben dem Beweismittel ebenfalls eine bestimmte Beweistatsache konkret bezeichnen, die *unmittelbar* durch das benannte Beweismittel nachgewiesen werden soll. Etwa kann ein Zeuge allein über den Gegenstand seiner Wahrnehmungen vernommen werden.²³ Nur sofern die Beweistatsache durch den Antragsteller in ausreichendem Maß konkretisiert dargelegt ist, können die Ablehnungsgründe, etwa der Offenkundigkeit, der Bedeutungslosigkeit bzw. der Wahrunterstellung (vgl. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO), Anwendung finden.²⁴ Konnexität im *engeren Sinn* bleibt damit *deskriptives*, rechtlich unselbständiges Merkmal des Beweisantragsbegriffs.

Erst im Anschluss ordnete der BGH dem Konnexitätskriterium einen über den erforderlichen Konkretisierungsgrad der Beweisbehauptung hinausgehenden Inhalt zu.²⁵ Konnexität im *weiteren Sinn* erfordere, so der BGH, eine Begründung durch den Antragsteller, *weshalb* durch das benannte Beweismittel der behauptete Beweis geführt werden könne.²⁶ Zur Begründung wird angeführt, die Anwendbarkeit des Ablehnungsgrundes der *völligen Ungeeignetheit* (§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 4 StPO) erfordere im Einzelfall Ausführungen des Antragstellers hierzu (Postulat struktureller Korrespondenz zwischen Beweisbegehren und speziell diesem Ablehnungsgrund).²⁷ Andernfalls könne die Frage, ob die Nutzlosigkeit einer Beweiserhebung von vornherein feststeht, weil nach sicherer Lebenserfahrung mit dem vom Antragsteller benannten Beweismittel die behauptete Beweistatsache nicht bestätigt werden kann und die Erhebung des Beweises daher lediglich auf eine Förmlichkeit (und objektiv auf eine Prozessverschleppung) hinauslaufen würde,²⁸ nicht beurteilt werden. Deshalb sei nach Auffassung des BGH erforderlich mitzuteilen, aus welchem Grund etwa ein Zeuge eine bestimmte Wahrnehmung treffen konnte. Konnexität im *weiteren Sinn* beinhaltet damit ein durch die Rechtsprechung kreierte, zusätzliches (drittes) Merkmal des Beweisantrags mit rechtlich selbständiger Bedeutung.²⁹ Bereits der 5. Strafsenat hat die inhaltlichen Anforderungen an die Darlegung der Konnexität zuletzt erheblich erweitert, indem der Senat eine Darstellung der Eignung des Begehrens auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses

gefordert hat.³⁰ Hieran knüpft die Entscheidung des 1. Strafsenats an³¹ und setzt die Entwicklung fort, die Konnexitätsanforderungen auszuweiten. Ansatzpunkt der zusätzlichen Restriktion des Beweisantragsrechts bilden *Formalia* bei der Darlegung derjenigen Tatsachen, welche die Konnexität im weiteren Sinn begründen sollen. Diese seien, so der 1. Strafsenat, »bestimmt zu behaupten.«³² Im Gegensatz hierzu hat der 3. Strafsenat zuletzt offen gelassen, ob an der Rechtsprechung des BGH zur Konnexität im *weiteren Sinn* generell festzuhalten sei.³³

III. Systematik der Fallgruppen

Die Fallgruppen des Beweisantrags »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« und fehlender »Konnexität im weiteren Sinn« sind inhaltlich nicht trennscharf abgrenzbar. Der Gehalt der Begründungserfordernisse überschneidet sich bei Lichte besehen sogar weitgehend.³⁴ Einen Beleg hierfür liefert auch die Entscheidung des 1. Strafsenats, wonach beide Konstellationen ohne weiteres kumulativ vorliegen können.³⁵ Einen wesentlichen Unterschied begründet allerdings der Umstand, dass *das Gericht* die Voraussetzungen des Beweisantrags »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« darzulegen hat, während im Rahmen der Konnexität im *weiteren Sinn* die Darlegungslast allein *den Antragsteller* trifft und bereits das formelle Fehlen der Begründung dem Richter gestatten soll,

16 Meyer-Goßner (Fn. 2), § 244 Rn. 20; BGH StV 2008, 287; jew. m. w. N.; ebenso BGH (Fn. 5), Tz. 7.

17 BGH StV 2008, 9 (10); BGH, Beschl. v. 20.7.2010, 3 StR 218/10, Tz. 7.

18 Der Begriff ist im Zusammenhang des Beweisantragsrechts geprägt durch Widmaier NSStZ 1993, 602.

19 BGHSt 37, 162 (164) = StV 1991, 2; Widmaier NSStZ 1993, 602; im Einzelnen Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (612 f.) m. w. N.

20 BGHSt 37, 162 (164) = StV 1991, 2; 39, 251 (253 f.) = StV 1993, 454; 40, 3 (6) = StV 1994, 169; Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (612).

21 Zu dieser Differenzierung Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (611 f., 618 f.); Habetha/Trüg GA 2009, 406 (418 f.).

22 LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 113; Fezer FS Meyer-Goßner (Fn. 7), S. 629 (635); Habetha/Trüg GA 2009, 406 (419); Rose NSStZ 1998, 633 (634); Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (613); Ventzke StV 2009, 655 (658).

23 BGHSt 39, 251 = StV 1993, 454; 40, 3 (6) = StV 1994, 169; 43, 321 (329) = StV 1998, 195; BGH NSStZ 2007, 112 (113) = StV 2007, 16; KK-StPO/Fischer (Fn. 2), § 244 Rn. 75; Absberg/Nüsel/Meyer (Fn. 2), S. 190 m. w. N.

24 Widmaier NSStZ 1993, 602 (603); Eisenberg (Fn. 2), Rn. 143; Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (612 f.) m. w. N.; krit. hierzu Hamml/Hassemer/Pauly (Fn. 2), Rn. 104.

25 BGHSt 43, 321 (329 f.) = StV 1998, 195 versteht Konnexität erstmals als zusätzliches, rechtlich selbständiges Merkmal des Beweisantrags, hierzu LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 113; Habetha/Trüg GA 2009, 406 (419).

26 BGHSt 43, 321 (329 f.) = StV 1998, 195; BGH StV 1998, 61; NSStZ 2000, 437 (438); NSStZ 2006, 585 (586) = StV 2006, 285; LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 113; Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (619); ebenso BGH, (Fn. 5), Tz. 12.

27 Widmaier NSStZ 1993, 602 (603); Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (619 f.) m.w.N. Krit. hierzu Beulke/Witzigmann StV 2009, 58 (61).

28 Zur Definition des Ablehnungsgrundes völliger Ungeeignetheit des Beweismittels vgl. LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 230 m.w.N.

29 Fezer FS Meyer-Goßner (Fn. 7), S. 629 (636); Habetha/Trüg GA 2009, 406 (419); ebenfalls krit. hierzu BGH StV 2009, 62.

30 BGHSt 52, 284 = StV 2009, 57; jeweils abl. hierzu: Meyer-Goßner (Fn. 2), § 244 Rn. 21 »überzogen«; Eisenberg (Fn. 2), Rn. 146 »Überspannung der Anforderungen«; LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 113; Habetha/Trüg GA 2009, 406 (420 f.); Ventzke StV 2009, 655 (658 f.); Jahn StV 2009, 663 (664 f.); Trüg StraFo 2010, 139 (143).

31 BGH (Fn. 5), Tz. 13.

32 BGH (Fn. 5), Leitsatz und Tz. 13.

33 BGH StV 2009, 62.

34 So zutreffend LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 113: »Es geht dem BGH um einen neuen Ansatz für die Behandlung der Fälle, die er bisher unter den Stichworten der ‚aus der Luft gegriffenen Beweisbehauptung‘, des Beweisantrags ‚aufs Geratewohl‘ oder ‚ins Blaue hinein‘ behandelt hat.«

35 Vgl. BGH (Fn. 5), Tz. 6.

das Beweisbegehren nicht als Beweisantrag zu berücksichtigen.³⁶ Die Restriktion des Beweisantragsbegriffs durch die skizzierten Begründungserfordernisse ist auch im *Schrifttum* auf Kritik gestoßen.³⁷ Dagegen lässt der *1. Strafsenat* Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Spruchpraxis mit der strafprozessualen Dogmatik und Bedeutung des Beweisantragsrechts ersichtlich nicht aufkommen und vermeidet die Auseinandersetzung mit den gegenläufigen Tendenzen der Rechtsprechung des *3. Strafsenats*. Zur Beurteilung dieser Judikatur des *BGH* sowie der jüngsten Erweiterung durch den *1. Strafsenat* ist der Zweck, den der Gesetzgeber mit dem Beweisantragsrecht insbesondere der Verteidigung verbindet, von zentraler Bedeutung.

C. Bedeutung des Beweisantragsrechts der Verteidigung

Das Beweisantragsrecht besitzt adversatorischen Charakter. Es ergänzt den Strafprozess in seiner reformiert inquisitorischen Grundausrichtung um ein Verhandlungselement.³⁸ Das Beweisantragsrecht besitzt Verfassungsrang. Es folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör³⁹ sowie dem Rechtsstaatsprinzip⁴⁰. Das Recht des Angeklagten auf »materielle Beweisteilhabe« verhindert zugleich den Verlust seines Status als Verfahrenssubjekt.⁴¹ In der Praxis ist das Beweisantragsrecht insbesondere ein *Recht der Verteidigung*.⁴² Ursache ist die spezifische Struktur des Strafverfahrens. Die Staatsanwaltschaft (»Herrin des Ermittlungsverfahrens«) hat durch den Vermerk des Abschlusses der Ermittlungen (§ 169a StPO) bereits dokumentiert, dass aus ihrer Sicht die »Erforschung des Sachverhalts« (i. S. v. § 160 Abs. 1 StPO) abgeschlossen ist,⁴³ und ihre Position mit Erhebung der öffentlichen Klage begründet. Das Beweisantragsrecht von Angeklagtem und Verteidigung *kompensiert* die erheblichen Teilhabedefizite in diesem, das weitere Verfahren nicht selten (vor-)entscheidenden Verfahrensabschnitt (Kompensationsfunktion)⁴⁴ und konstituiert hierzu ein Mitwirkungsrecht besonderer Qualität.⁴⁵ Die Struktur des Strafprozesses begründet gleichzeitig systemimmanent eine *Voreingenommenheit* des erkennenden Gerichts.⁴⁶ Dessen Vorstellung von dem zu beurteilenden Sachverhalt ist – häufig nur schwer reversibel – durch die Strafakten geprägt, deren Inhalt wiederum im Wesentlichen das Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft widerspiegelt. Zudem dokumentiert auch der Eröffnungsbeschluss (§ 203 StPO) die (formal freilich vorläufige) Auffassung des erkennenden Gerichts, dass es auf dieser Grundlage eine Verurteilung für wahrscheinlich hält, wahrscheinlicher als einen Freispruch.⁴⁷

Der Gesetzgeber begegnet eben diesen *strukturellen Defiziten* des Strafprozesses bundesdeutscher Provenienz durch die Inkorporierung eines durchgreifenden Beweisantragsrechts, das es der Verteidigung ermöglicht – notfalls *gegen den Willen* des erkennenden Gerichts – Inhalt und Umfang der Beweisaufnahme *effektiv* zu beeinflussen und mitzugestalten. Kurz: Der Gesetzgeber zwingt den Tatrichter zu Beweiserhebungen, die dieser – möglicherweise nicht unbeeinflusst durch bisherige Erkenntnisse (Akteninhalt, Beweisaufnahme etc.) – selbst für obsolet erachtet.⁴⁸ Hierzu nimmt das Gesetz dem Tatrichter (anders als im Rahmen der Amtermittlungspflicht, § 244 Abs. 2 StPO) die – durch richterliche Subjektivität geprägte – prognostische Beurteilung des zu erwartenden Beweisergebnisses aus der Hand (Verbot der Beweisantizipation)⁴⁹ und regelt die Gründe, die allein die

Ablehnung eines Beweisantrags rechtfertigen, selbst abschließend. So gesehen verobjektiviert der Gesetzgeber die sonst dem Tatrichter obliegende Erforderlichkeitsbeurteilung von Beweisbegehren der Verteidigung am Maßstab der Ablehnungsgründe, um den strukturellen Defiziten entgegenzuwirken. Die wesentliche Bedeutung des Beweisantragsrechts erschöpft sich also nicht darin, dem Tatrichter durch Unterbreitung neuer Umstände von der Erforderlichkeit einer zusätzlichen (im bisherigen Beweisprogramm nicht vorgesehenen) Beweiserhebung zu überzeugen, d. h. ihm diese Notwendigkeit plausibel zu machen (sog. Anstoßfunktion).⁵⁰ Vielmehr zwingt das Beweisantragsrecht den Tatrichter hierzu (unabhängig von seiner Einschätzung) von Rechts wegen. Allein das Vorliegen eines Beweisantrags ist so gesehen ausreichende Legitimation der Beweiserhebung, soweit nicht ein gesetzlicher Ablehnungsgrund eingreift.⁵¹ Das Verbot der Beweisantizipation, als unverrückbare gesetzliche Vorgabe und für das gesamte Beweisantragsrecht konstitutive Prinzip,⁵² kompensiert die auch in praxi nicht zu unterschätzenden strukturellen Defizite des Strafprozesses, die jedenfalls die Gefahr einer strukturellen Voreingenommenheit des Tatrichters sowie der Vertreter der Staatsanwaltschaft begründen. Dieser strukturelle Ausgleich sichert und befördert das Verfahrensziel des Strafverfahrens, *materielle Wahrheit* zu erforschen.⁵³ Insbesondere der letztgenannte Gesichtspunkt sollte ob der häufig nicht unerheblichen Belastungen, die Gerichten durch Entgegennahme, Prüfung und Verbescheidung von Beweisanträgen, erst Recht durch daraufhin veranlasste Beweiserhebungen entste-

36 *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (421); *Trüg* StraFo 2010, 139 (144).

37 LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 113 f.; KK-StPO/Herdegen, 5. Aufl. 2003, § 244 Rn. 48a; Fezer FS Meyer-Goßner (Fn. 7), S. 629 (636); Hamm/Hassemer/Pauly (Fn. 2), Rn. 120 f., 127; F. Herzog StV 1994, 166; *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (415 f.); *Ventzke* StV 2009, 655 (656 f.); *Trüg* StraFo 2010, 139 (142 f.); *Jahn* StV 2009, 663 (664) m.w.N.

38 *Hamm/Hassemer/Pauly* (Fn. 2), Rn. 2; *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (407).

39 BVerfGE 46, 315 (319); 50, 32; 65, 305; *Schneider* FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609.

40 BVerfGE 57, 250 (275, 279 f.); BVerfG NJW 2007, 204 (205); *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 58.

41 BVerfG NJW 2007, 204 (205); F. Herzog StV 1994, 166 (167); *Schneider* FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609.

42 Hierzu *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (410); *Trüg* StraFo 2010, 139 (141).

43 Vgl. hierzu LR-StPO/Erb, 12. Aufl. 2008, § 169a Rn. 1.

44 *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 139a, 174a; *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, 2003, S. 208 f.; *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (411).

45 *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (410) m. w. N.

46 *Perron* JZ 1994, 823 (830); *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 174a; *Ventzke* StV 2009, 655 (656); *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (411) m. w. N.

47 Zu den Anforderungen an den hinreichenden Tatverdacht vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 203 Rn. 2 m.w.N.

48 BGHSt 21, 118 (124); BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 8; BGH StV 1997, 567; Fezer FS Meyer-Goßner (Fn. 7), S. 629 (634); *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (410) m. w. N.; *Ventzke* StV 2009, 655 (656): »nötigender Charakter«; *Trüg* StraFo 2010, 139 (140); ähnlich KK-StPO/Fischer (Fn. 2), § 244 Rn. 84.

49 Hierzu *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 2002, S. 28; *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 244 Rn. 46; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 198; LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 183 f.; *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (411 f.).

50 *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (409 f.); *Trüg* StraFo 2010, 139 (140).

51 Fezer FS Meyer-Goßner (Fn. 7), S. 629 (634).

52 *Schneider* FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609.

53 *Herdegen* NSStZ 2000, 1 (7); *Hamm/Hassemer/Pauly* (Fn. 2), Rn. 33 f.; *Trüg* (Fn. 44), S. 207, 216 f.; *Habethal/Trüg* GA 2009, 406 (411); *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 139a.

hen,⁵⁴ nicht aus dem Blick geraten, denn: »Nichts ist gefährlicher für das richtige Urteil als das Vorurteil.«⁵⁵ Es liegt in der Natur des Beweisantragsrechts, dem Verfahren eine – auch und gerade für das erkennende Gericht – überraschende Wende zu geben.⁵⁶

D. Kritik der Rechtsprechung – BGH, Beschl. v. 3.11.2010, 1 StR 497/10, StV 2011, 207 (in diesem Heft)

Der 1. Strafsenat hat aktuell die Revision eines Angeklagten verworfen, so dass dessen Verurteilung wegen schwerer räuberischer Erpressung nach eintägiger Hauptverhandlung auf Grundlage der Angaben des Zeugen S. sowie eines sichergestellten Briefs aus dessen Feder (gerichtet an seine Mutter) rechtskräftig wurde.⁵⁷ Der Verfahrensrüge lag ein Hilfsbeweisantrag der Verteidigung auf Vernehmung der Mutter des S. zugrunde, zum Beweis der Tatsache, dass der S. dieser »nach Abfassen des Briefs geschildert hat, dass er dem Angeklagten die Sachen freiwillig gegeben hat als Gegenleistung für Tabak und von anderen abgezockt wurde«. Die weitere Antragsbegründung sowie die protokollierten Mitteilungen des Verteidigers auf Nachfrage des Gerichts ergaben, dass die Verteidigung *nur vermutet*, dass ein Gespräch zwischen S. und dessen Mutter anlässlich eines Haftbesuchs, dazu mit diesem Inhalt, stattgefunden hat.⁵⁸

I. Zum Beweisantrag »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl«

Der Beschluss des 1. Strafsenats fügt sich in eine Reihe jüngerer Entscheidungen des BGH, welche die Rechtsprechung zum Beweisantrag »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« zwar formal nicht aufgeben, jedoch häufig – wie auch vorliegend – abweichend von der Vorinstanz von deren Anwendung absehen, was jedenfalls eine gewisse Skepsis gegenüber dieser Spruchpraxis mittlerweile kaum mehr zu kaschieren vermag.⁵⁹ Der aktuellen Entscheidung des 1. Strafsenats kann wohl die vorsichtige Tendenz entnommen werden, dass der Senat dem Vorstoß des 3. Strafsenats jedenfalls nicht vorbehaltlos folgen möchte. Zu Recht hat der 3. Strafsenat darauf aufmerksam gemacht, dass die Rechtsprechung zum Beweisantrag »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« systematisch mit dem Ablehnungsgrund der *Verschleppungsabsicht* (§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 6 StPO) unvereinbar ist. Dieser setzt subjektiv *positive Kenntnis* des Antragstellers von der Unrichtigkeit der Beweisbehauptung voraus.⁶⁰ Es erscheint daher nicht stimmig, so der 3. Strafsenat, »dem Beweisbegehren schon dann den Charakter eines Beweisantrags abzusprechen, 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 argumentativ nicht belegt werden kann, dass er die Unrichtigkeit seiner Beweisbehauptung kennt.«⁶¹ Einerseits ein hohes Maß an Gewissheit zu fordern, das Beweisbegehren werde die behauptete Beweistatsache nicht ergeben, um den Anwendungsbereich eines Ablehnungsgrundes zu eröffnen (der sachlich das Vorliegen eines Beweisantrags voraussetzt), andererseits schon bei deutlich geringeren Zweifeln die Qualität eines Beweisbegehrens als Beweisantrag zu negieren, ist in der Tat systematisch unvereinbar.⁶² Hinzu kommt, dass die Abgrenzung zwischen (noch) zulässiger Vermutung und unzulässigem Beweisbegehren »ins Blaue hinein/aufs Gerate-

wohl«, weder praktikabel noch verlässlich (anhand objektiver Kriterien) überprüfbar ist.⁶³ Abgrenzungskriterien hierzu hat die Rechtsprechung dementsprechend nicht entwickeln können. Dieser Umstand begründet ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit.⁶⁴

Darüber hinaus – und dies ist von besonderem Gewicht – ist die Spruchpraxis mit dem *Verbot der Beweisantizipation* nicht vereinbar, da sie dem Tatrichter bei genauer Betrachtung die Möglichkeit einer Vorabbeurteilung der zu erwartenden Validität des Beweismittels (anhand der Aktenlage bzw. des bisherigen Ergebnisses der Beweisaufnahme) ermöglichen soll. Die Rechtsprechung bewirkt auf diese Weise, dass Beweisbegehren – jenseits der gesetzlichen Ablehnungsgründe – bereits aus dem Anwendungsbereich des Beweisantragsrechts ausgeschlossen werden, sofern nach Auffassung des Gerichts ein Erfolg der Beweiserhebung in erheblichem Maß unwahrscheinlich erscheint.⁶⁵ Eben diese umfassende prognostische Vorabprüfung ist dem Tatrichter untersagt (Verbot der Beweisantizipation). Der Gesetzgeber hat vielmehr die Gründe, die allein Gerichte zur Zurückweisung von Beweisanträgen berechtigen, auch in diesem Zusammenhang durch die Ablehnungsgründe der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels sowie der Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 4 und 6 StPO) selbst abschließend bestimmt. Diese Grenze ist für Gerichte bindend. Die Rechtsprechung zum »Beweisantrag ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« ist aus diesen Gründen mit der Dogmatik des Beweisantragsrecht unvereinbar, deren endgültige Aufgabe daher unverzichtbar.

II. Zum Konnexitätserfordernis

Der 1. Strafsenat hat die Verfahrensrüge mit der von der Vorinstanz abweichenden Begründung zurückgewiesen, es fehle an der erforderlichen Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache. Im Einzelnen setzt der Senat dem Beweisbegehren insoweit zwei »Plausibilitätslücken« entgegen. *Erstens* habe der Antragsteller nicht (hinreichend) plausibel gemacht, aus welchem Grund der S. eine Äußerung wie behauptet getätigt haben sollte, da »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

54 Überdies wurden in der Vergangenheit singuläre Fälle (offensichtlich) dysfunktionaler Ausübung des Beweisantragsrechts, namentlich in zahlenmäßig extensiver Form, moniert. Krit. zum Gedanken eines allgemeinen Missbrauchsvorbehalts Hassemer FS Meyer-Goßner (Fn. 7), S. 127 (139); Pfister StV 2009, 550; Habetha/Trüg GA 2009, 406 (412 f.); Trüg StraFo 2010, 139 (141 f.) m.w.N.

55 Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, S. 95.

56 Vgl. BGH NJW 1997, 2762 (2763) = StV 1997, 567.

57 Hierzu BGH (Fn. 5), Tz. 2.

58 BGH (Fn. 5), Tz. 3.

59 Erwa BGH StV 2002, 233; StV 2003, 428; StV 2006, 458; NSz 2008, 52 (53) = StV 2007, 563; vgl. auch Habetha/Trüg GA 2009, 406 (415) m. w. N.

60 BGHSt 21, 118 (121); BGH NSz 1989, 36 (37) = StV 1989, 380; KK-StPO/Fischer (Fn. 2), § 244 Rn. 179; LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 270 m. w. N.

61 BGH StV 2008, 9 (10). Insoweit ebenfalls krit. KK-StPO/Fischer (Fn. 2), § 244 Rn. 72.

62 Habetha/Trüg GA 2009, 406 (416).

63 Ebenfalls kritisch BGHR StPO § 244 Abs. 3 Beweisantrag 2.

64 Beleg sind die Entscheidungen des BGH, in denen die Anwendbarkeit dieser Fallgruppe – im Unterschied zur Vorinstanz – verneint wird, vgl. oben Fn. 59. Ebenso kritisch Ventzke StV 2009, 655 (657).

65 Ausführlich zum Verstoß gegen das Verbot der Beweisantizipation Habetha/Trüg GA 2009, 406 (417); Trüg StraFo 2010, 139 (142); zust. Jahn StV 2009, 663 (664).

hat.⁶⁶ Zweitens »muss dem Tatgericht *plausibel gemacht werden*, dass der benannte Zeuge in der Lage gewesen ist, die Beweistatsache wahrzunehmen.«⁶⁷ Der Antragsteller habe vorliegend jedoch die »Wahrnehmungssituation« nicht bestimmt genug bezeichnet, da dem Beweisbegehren »lediglich die Vermutung zugrunde liegt, es habe ein – im Übrigen vor allem *zeitlich nicht näher spezifiziertes* – Gespräch mit dem behaupteten Inhalt gegeben.«⁶⁸ Der Antragsteller habe es unterlassen die Konnexität begründenden Tatsachen »bestimmt zu behaupten.«⁶⁹ Es fehlen aus Sicht des *Senats* im Ergebnis also Darlegungen dazu, (1) warum der *S.* eine vom Inhalt des Briefes abweichende Äußerung getätigt haben sollte sowie, (2) aufgrund welcher Umstände die Mutter des *S.* in der Lage war, diese Äußerung wahrzunehmen (generelle Wahrnehmungsmöglichkeit). Im Ergebnis hält der *1. Strafsenat* an den Begründungsvoraussetzungen der Konnexität *im weiteren Sinn* fest und verschärft insbesondere die *formellen* Begründungserfordernisse.

1. Verstoß gegen das Verbot der Beweisantizipation

Die vom *Senat* geforderten Darlegungen zur Frage, weshalb der *S.* seiner Mutter gegenüber eine abweichende Darstellung der verfahrensrelevanten Umstände geliefert haben könnte, werden selbst durch eine extensive Heranziehung des Postulats *struktureller Korrespondenz* zwischen Beweistatsache und Ablehnungsgründen nicht gerechtfertigt. Der hier allein relevante Ablehnungsgrund *völliger Ungeeignetheit* des Beweismittels (§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 4 StPO) erfordert, dass das Gelingen der Beweiserhebung a priori und *ohne* jede Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis nach sicherer Lebenserfahrung ausgeschlossen ist.⁷⁰ Ein Rückgriff auf das bisherige Beweisergebnis – mag es auch noch so gesichert erscheinen – ist *nicht* erlaubt, denn damit würde nicht die Ungeeignetheit des Beweismittels sondern die wahrscheinliche Widerlegung der Beweisbehauptung zum Ablehnungsgrund erhoben.⁷¹ Allein die Annahme, der Zeuge werde die Beweisbehauptung nicht bestätigen, genügt nicht, da es sich um eine *unzulässige Beweisantizipation* handelt.⁷² Hieraus folgt, dass (die vom *1. Strafsenat* jedoch vermissten) Darlegungen hierzu, auch unter der Prämisse *struktureller Korrespondenz* nicht zum Begründungserfordernis des Beweisantrags mutieren können, da sie für die Prüfung des Ablehnungsgrundes ersichtlich obsolet sind. Die »Konnexitätsbegründungspflicht« (als vermeintlich dritte Tatbestandsvoraussetzung des Beweisantrages) kann nicht weiter gehen, als der Prüfungsumfang im Rahmen der Ablehnungsgründe. Erwägungen, die im Rahmen der Ablehnungsgründe eine unzulässige Beweisantizipation darstellen, können nicht zugleich ein konstitutives Element des Beweisantrags darstellen. Die vom *1. Strafsenat* monierte fehlende Plausibilität, weshalb der *S.* gegenüber seiner Mutter abweichende schriftliche und mündliche Äußerungen getätigt haben könnte, ist für die Beurteilung der Beweisantragsqualität selbst unter extensiver Heranziehung des Gedankens *struktureller Korrespondenz* ohne Belang. Die Entscheidung des *1. Strafsenats* überdehnt – wie zuvor der *5. Strafsenat* – die Konnexitätsanforderungen erheblich.

Diese Erwägungen des *Senats* illustrieren allerdings, dass auch der *1. Strafsenat* – im Anschluss an den *5. Strafsenat* – zur Beurteilung der Plausibilität des Beweisbegehrens im Rahmen der Konnexitätsprüfung einen mit der Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) weitgehend *kongruenten* Maßstab anlegt.⁷³ Infolge dessen entsteht ein richterrechtli-

cher Meta-Ablehnungsgrund von generalklauselartiger Weite, der die Gefahr einer Judikatur nach richterlichem Gutdünken in sich birgt.⁷⁴ Dabei würdigt der *Senat* nicht, dass das Beweisantragsrecht der Verteidigung – wie gezeigt – gerade dann die Rechtspflicht des Tatrichters begründet, dem Beweisbegehren zu folgen, wenn dieser die Beweiserhebung (von Amts wegen) nicht für erforderlich hält. Der *1. Strafsenat* scheint sich dieses Umstands kaum bewusst zu sein, da er zur Begründung ausdrücklich auf eine »vergleichbare Konstellation« Bezug nimmt, die eine *Aufklärungsrüge* (Maßstab § 244 Abs. 2 StPO) betrifft.⁷⁵ Zudem tritt das Bestreben des *1. Strafsenats* deutlich zu Tage, die vormalis unter der Überschrift des Beweisantrags »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« behandelten Konstellationen nunmehr unter dem Etikett fehlender »Konnexität« (überdies verbunden mit ergänzenden formalen Anforderungen) dem Beweisantragsrecht zu entziehen.⁷⁶ Beide Fallgruppen beinhalten jeweils in der letzten Ausprägung durch den *BGH* bei Lichte besehen die identischen, dem Amtermittlungsgrundsatz weitgehend angenäherten Begründungserfordernisse. Über den bereits vom *3. Strafsenat* (für die Fallgruppe des Beweisantrags »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl«) herausgearbeiteten systematischen Widerspruch zum Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht, die das *subjektive* Merkmal der Kenntnis des Antragstellers von der Unrichtigkeit seines Beweisbegehrens betrifft, besteht auch mit Blick auf den Ablehnungsgrund der *völligen Ungeeignetheit* ein vergleichbarer *objektiver* Gegensatz. Es ist ebenso wenig stimmig, im Rahmen dieses Ablehnungsgrundes (der das Vorliegen eines Beweisantrags voraussetzt) objektiv ein hohes Maß an Sicherheit (sichere Lebenserfahrung) zu verlangen, die Beweiserhebung könne die Beweistatsache nicht erbringen, dagegen dem Beweisbegehren bereits bei deutlich geringeren Zweifeln (fehlende Konnexität im weiteren Sinn) die Qualität eines Beweisantrags abzusprechen.

2. Restriktive Handhabung des Konnexitätskriteriums?

Zuletzt hat H. *Schneider* eine *restriktive* Handhabung der Konnexität *im weiteren Sinn* (»mit Augenmaß«) vorgeschlagen. Danach sei (nur) die Darlegung der Aussagekompetenz i. S. e. Grundplausibilität des Beweisantrags notwendig, was allein erfordere mitzuteilen, weshalb etwa ein Zeuge *generell* die Möglichkeit hatte, die behauptete Wahrnehmung zu machen. Dies sei erforderlich, um »ganz und gar unsinnige« Beweiserhebungen auf Grundlage »gänzlich unfasslicher« Beweisanträge zu vermeiden, zumal wenn sich der Antrag-

66 BGH (Fn. 5), Tz. 13 (*Hervorh. nicht i. Orig.*); anknüpfend an BGHSt 52, 284 (287) = StV 2009, 57.

67 BGH (Fn. 5), Tz. 13 (*Hervorh. nicht i. Orig.*).

68 BGH (Fn. 5), Tz. 14 (*Hervorh. nicht i. Orig.*).

69 BGH (Fn. 5), Leitsatz und Tz. 13.

70 BGH StV 2002, 352; Meyer-Goßner (Fn. 2), § 244 Rn. 58; KK-StPO/Fischer (Fn. 2), § 244 Rn. 149; HK-GS-StPO/König (Fn. 2), § 244 Rn. 54; Eisenberg (Fn. 2), Rn. 215; LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 230 f. m. w. N.

71 So treffend LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 232.

72 BGH NSStZ 1999, 362 (363) = StV 1999, 303; NSStZ-RR 1997, 302 (303); Eisenberg (Fn. 2), Rn. 215; HK-GS-StPO/König (Fn. 2), § 244 Rn. 55; LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 234.

73 Fezer FS Meyer-Goßner (Fn. 7), S. 629 (637): »Maßstabsidentität«. Bereits zu BGHSt 52, 284 = StV 2009, 57 Habethal/Trüg GA 2009, 406 (420); ähnl. Schneider FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (629): »erkennbar Züge einer Aufklärungsrüge«. Vgl. auch BGH NSStZ 1998, 97 (98) = StV 1998, 61.

74 KK-StPO/Herdegen (Fn. 37), § 244 Rn. 48a; krit. KK-StPO/Fischer (Fn. 2), § 244 Rn. 82, vgl. *Jahn* StV 2009, 663 (664): »Einschätzungsprärogative«.

75 BGH (Fn. 5), Tz. 14 (unter Hinweis auf BGH NSStZ 2007, 165).

76 Vgl. auch LR/Becker (Fn. 2), § 244 Rn. 114.

steller gegenüber »sich jedermann aufdrängenden Fragen nach der Plausibilität« verschließe, was wiederum nicht nur rechtfertige, Gerichte von der Beweiserhebung sondern auch von der »nicht minder belastenden freibeweislichen Ermittlung« freizustellen.⁷⁷ Beispiele für derartig schwer greifbare Beweisbegehren im Kontext des Zeugenbeweises benennt *Schneider* allerdings nicht. Unabhängig von der Berechtigung des Konnexitätskriteriums in dieser – in der Tendenz zu begrüßenden – restriktiven Handhabung, hat die Verteidigung diesen Anforderungen vorliegend genüge getan, da die Begründung des Antrags auf die Möglichkeit eines Haftbesuchs der Mutter des S. explizit hinweist, womit die generelle Wahrnehmungsmöglichkeit der Zeugin plausibel dargelegt ist.⁷⁸ Der *Strafkammer* hätte es im Übrigen obliegen, was in concreto zudem ohne nennenswerten Aufwand möglich und veranlasst gewesen wäre, im Freibeweisverfahren zu prüfen, ob nach Abfassung des Briefes ein Haftbesuch der Mutter stattgefunden hat oder nicht. Wäre letzteres nicht der Fall gewesen, hätte die Kammer den Beweisantrag wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels qua Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) zurückweisen können. Diesen prozessordnungskonformen Weg zu beschreiten, hat die *Kammer* unterlassen. Jedenfalls widerlegt (spätestens) die hieran anknüpfende Entscheidung des *1. Strafsenats* die These *Schneiders*, die *Strafsenate* würden vom Antragsteller keineswegs detaillierte Darlegungen zu den Umständen der Wahrnehmung eines Zeugen verlangen.⁷⁹

Der innere Zusammenhang zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel ergibt sich richtigerweise auch beim Zeugenbeweis – nur hier spielt Konnexität *im weiteren Sinn* eine Rolle – aus der Gegenüberstellung und Verbindung beider Elemente. Sofern die Beweisbehauptung i.S.d. Konnexität *im engeren Sinn* ausreichend konkretisiert ist, sind sämtliche Ablehnungsgründe sinnvoll anwendbar (strukturelle Korrespondenz).⁸⁰ Beschreibt der Antragsteller die Beweisbehauptung als Wahrnehmung des Zeugen ist stets dargelegt, weshalb der Zeuge diese bekunden kann: weil es sich um einen Gegenstand seiner Wahrnehmung handelt.⁸¹ Hierauf ist auch der Ablehnungsgrund »völliger Ungeeignetheit« sinnvoll anwendbar: Dieser liegt nicht vor, wenn die behauptete Beweistatsache dem Zeugenbeweis zugänglich ist. Auch im Falle des Zeugenbeweises ist also nur die Wahrnehmung des Zeugen ausreichend zu konkretisieren.⁸² Mit Blick auf den Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels besteht eine *Obliegenheit* des Antragstellers, Tatsachen vorzutragen, welche die Geeignetheit darüber hinaus belegen *nur dann*, wenn bestimmte Umstände des Einzelfalls für eine Ungeeignetheit i.S.d. § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 4 StPO sprechen. Diese Obliegenheit besteht auch in diesen Fällen nur vor dem Hintergrund, die Anwendung des Ablehnungsgrundes völliger Ungeeignetheit des Beweismittels durch Beschluss zu vermeiden. Das Postulat struktureller Korrespondenz erfordert keine Ausführungen, die »präventiv« begründen, warum die Ablehnungsgründe nicht vorliegen. Eine derartige Informationspflicht besteht nicht. Die *Darlegungslast* für das Vorliegen der Ablehnungsgründe trägt nach der gesetzlichen Konstruktion (§ 244 Abs. 6 StPO) das Gericht. Sie kann auch durch das Postulat struktureller Korrespondenz nicht dem Antragsteller überbürdet werden.⁸³ Erst Recht führt das Fehlen derartiger Ausführungen nicht zur Negation der Qualität eines Beweisbegehrens als Beweisantrag. Ob ein Zeuge die behauptete Wahrnehmung tatsächlich gemacht hat und bekunden

kann, ist Frage der auf den Beweisantrag hin durchzuführenden Beweisaufnahme.

3. Ergänzende Formalia?

Die vom *1. Strafsenat* überdies neu eingeführten, bei der Konnexitätsdarlegung zu beachtenden (weiteren) *Formalia*, die Konnexität begründenden Umstände »bestimmt zu behaupten«,⁸⁴ sind mit dem Beweisantragsrecht unvereinbar und verlassen den Bereich zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung. Sie finden im Gesetz keine Grundlage. Der *Senat* beachtet nicht, dass im Unterschied zum Erfordernis einer konkretisierten Beweisbehauptung sowie der Bezeichnung eines bestimmten Beweismittels, eine bestimmte Behauptung der Konnexität *im weiteren Sinn* belegenden Umstände auch im Rahmen des Postulats struktureller Korrespondenz unter keinem Gesichtspunkt erforderlich ist. Zudem ist diese zusätzliche formelle Restriktion mit der Rechtsprechung schlechthin unvereinbar, die dem Antragsteller zu Recht frei stellt auch Beweistatsachen zu behaupten, denen er sich nicht sicher ist oder sein kann, die also allein auf einer Vermutung beruhen. Diese gefestigte und zutreffende Rechtsprechung ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass es dem Antragsteller – wie vorliegend – häufig objektiv nicht möglich ist, nähere Angaben zur Beweisbehauptung, vorliegend zu Zeitpunkt und Inhalt des Haftbesuchs der Mutter des S., auszuführen.⁸⁵ Die vom *1. Strafsenat* zusätzlich kreierte Formalia zur Darlegung der Konnexität gefährden das Verfahrensziel der Erforschung materieller Wahrheit, da diese Rechtsprechung dem Gericht gestattet, Beweisanträge contra legem allein aus *formellen* Gründen unbeachtet zu lassen.

E. Schlussbetrachtung

Der *1. Strafsenat* hat das Beweisbegehren der Verteidigung zu Unrecht nicht als Beweisantrag behandelt und die Revision verworfen. Die Entscheidung des *1. Strafsenats* sowie die Rechtsprechung des *BGH*, das Beweisantragsrecht der Verteidigung durch Begründungserfordernisse unabhängig von den gesetzlichen Ablehnungsgründen zu beschränken, ist anhand von Dogmatik und Telos des Beweisantragsrechts kritisch zu würdigen. Das auch vorliegend greifbare Bestreben des *Senats*, den Tatrichter vor nach Sach- und Aktenlage wahrscheinlich erfolglosen Beweiserhebungen zu schützen, verstellt den Blick auf die gewichtige Funktion des Beweisantragsrechts. Dieses dient dazu, Schwächen des Strafprozesses, namentlich die strukturelle Voreingenommenheit des Tatrichters sowie Teilhabedefizite, zu kompensieren. Das Beweisantragsrecht flankiert auf diese Weise das Verfahrensziel, materielle Wahrheit zu erforschen. Deshalb

77 Siehe ausführlich *Schneider* FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (626). Mit einem ähnlichen restriktiven Ansatz KK-StPO/*Fischer* (Fn. 2), § 244 Rn. 83: »Beschränkung auf letztlich evidente Fälle«, in der Tendenz wohl auch *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 146.

78 *BGH* (Fn. 5), Tz. 3.

79 So aber *Schneider* FS Eisenberg (Fn. 2), S. 609 (627).

80 LR/*Becker* (Fn. 2), § 244 Rn. 114.

81 Treffend LR/*Becker* (Fn. 2), § 244 Rn. 113.

82 Hierzu i.E. LR/*Becker* (Fn. 2), § 244 Rn. 96 f.

83 KK-StPO/*Herdagen*, 5. Aufl. 2003, § 244 Rn. 48a; *Habetha/Trüg* GA 2009, 406 (420); *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 58 (561); *Jahn* StV 2009, 663 (664); *Trüg* StraFo 2010, 139 (143); *Hamm/Hassemer/Pauly* (Fn. 2), Rn. 127 m.w.N.

84 *BGH* (Fn. 5), Formulierung im Leitsatz.

85 Vgl. hierzu *Hamm/Hassemer/Pauly* (Fn. 2), Rn. 120 f.; *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 58 (59).

gilt das Verbot der Beweisantizipation. Die Tendenz der Rechtsprechung, nach den vom 3. *Strafsenat* gegenüber der Spruchpraxis zum Beweisantrag »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« zu Recht erhobenen Bedenken, die Fallgruppe der Konnexität *im weiteren Sinn* zunehmend fruchtbar zu machen und zu verschärfen, wird durch die Entscheidung des 1. *Strafsenats* fortgesetzt. Beide Fallgruppen beinhalten letztendlich eine weitgehend identische, mit dem Beweisantragsrecht und dem Verbot der Beweisantizipation unvereinbare Rechtsprechung. Der 3. *Strafsenat* hat die systematische Unvereinbarkeit der Rechtsprechung zum Beweisantrag »ins Blaue hinein/aufs Geratewohl« und dem Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht bereits herausgearbeitet. Ein entsprechender objektiver Widerspruch besteht – wie gezeigt – zwischen Konnexität im weiteren Sinn und dem Ableh-

nungsgrund völliger Ungeeignetheit des Beweismittels. Das Postulat struktureller Korrespondenz erfordert keine über die Behauptung hinausgehende konkretisierten Beweisbehauptung hinausgehende Mitteilungen des Antragstellers. Nur im Kontext der Ablehnungsgründe besteht eine Obliegenheit der Verteidigung, eine ergänzende Begründung anzuführen; allerdings nur in Fällen, in denen dem Gericht Anhaltspunkte vorliegen, die auf einen gesetzlichen Ablehnungsgrund hindeuten. Der Beweisantragsbegriff beinhaltet eine solche Obliegenheit nicht. Entgegen der Ansicht des 1. *Strafsenats* ist auch unerheblich, in welcher Weise Darlegungen der Verteidigung hierzu erfolgen. Ansatzpunkt für die Beschränkung der Rechtspflicht der Gerichte, auf einen Beweisantrag der Verteidigung hin Beweise zu erheben, bilden die abschließenden gesetzlichen Ablehnungsgründe in den Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung.

Untreue – neue Vermögensbetreuungspflichten durch Compliance-Regeln

Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt a. M.

Der von den Veranstaltern¹ mir vorgegebene Titel vermittelt den Eindruck, als stünde bereits fest, dass Compliance-Regeln »neue« Rechtspflichten begründen, deren vorsätzliche Verletzung in die Strafbarkeit nach § 266 StGB führen kann. Ob das tatsächlich so ist, soll im Folgenden behandelt werden. Beginnen will ich mit einigen Gedanken über Compliance; denn wenn Compliance der Anknüpfungspunkt für strafrechtliche Verantwortlichkeit sein soll, muss zuvor geklärt sein, was man darunter zu verstehen hat.

A. Compliance

Was ist Compliance? Ein Modebegriff? Eine englische Bezeichnung für die platte deutsche Rechtsregel, dass man Gesetze einzuhalten hat? Die Pflicht der Leitung von Wirtschaftsunternehmen, dafür zu sorgen, dass im Betrieb, im Verhältnis zwischen den eigenen Mitarbeitern, im Umgang mit Lieferanten, Kunden, dem Finanzamt, der Konkurrenz keine Gesetzesverstöße, sprich keine Straftaten vorkommen? All dies kommt irgendwie vor in der schier unerschöpflichen Flut von Publikationen² zum Sammelthema Compliance. Es scheint so, als stünden wir erst am Anfang der Diskussion, die auch keineswegs etwa auf die strafjuristische Fachwelt beschränkt ist. Es ist davon die Rede, dass »nachgerade ein Wettbewerb der Rechtsgebiete – in der Wissenschaft wie in der Praxis – um die Vereinnahmung »der Compliance« entbrannt« ist³. In der Medizin gilt ein Patient als »compliant«, wenn er sich an die Anweisungen des Arztes hält und die verordneten Medikamente schluckt. Niemand käme dort auf den Gedanken, ein gut eingespieltes Arzt-Patientenverhältnis besage auch schon etwas darüber, ob der Arzt auch die richtige Arznei verschrieben hat. Ebenso kann Compliance im Wirtschaftsunternehmen sich nur auf organisatorische Vorkehrungen beziehen, damit die für alle natürlichen und juristischen Personen geltenden Regeln und Gesetze eingehalten werden.⁴ Auch und gerade eine gute Compliance fügt aber diesen Regeln und Gesetzen keine neuen hinzu. Wenn sie es schafft, Betrug, Untreue, Korruption, Kartellverstöße, Steuerhinterziehung, Mobbing und Diskriminierung von Mitarbeitern oder Vergiftung von Le-

bensmitteln oder Umweltmedien zu verhindern, braucht sie nicht auch noch mit dem Anspruch daherzukommen, selbst weitere Ge- und Verbote aufzustellen.

Compliance ist aber nicht nur keine Produzentin von neuen Rechtsregeln, sie ist auch selbst nicht an normative Vorgaben gebunden.⁵ Das Wertpapierhandelsgesetz beispielsweise erwähnt zwar den Begriff bereits seit 1994 und verlangt in seinem § 33, dass in den Wertpapierdienstleistungsunternehmen eine »Compliance-Funktion« eingerichtet wird, die Überwachungsaufgaben wahrnimmt;⁶ dabei besteht freilich Einigkeit darüber, dass dieser Forderung dann nicht nachgegeben werden muss, wenn Compliance auch ohne dies funktioniert.⁷ Der Begriff Compliance wird auch im Corporate Governance Kodex genannt, dem Regelwerk für gute Unternehmensführung. Danach hat der Vorstand den Auf-

1 Der Vortrag wurde gehalten auf dem *Strafverteidiger-»Symposium Wirtschaftsstrafrecht«*, Institut for Law and Finance der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. M., am 05.11.2010.

2 Vgl. nur *Berndt StV* 2009, 689; *Kretschmer JR* 2009, 474; *Stoffers NJW* 2009, 3176; *Rübenstahl NZG* 2009, 1341; *Wybitul BB* 2009, 2590; *Spring GA* 2010, 222; *Meier-Greive CCZ* 2010, 216; *Thomas CCZ* 2009, 209; *Riebele CCZ* 2010, 1; *Nave BB* 2009, 2059.

3 *Rotsch ZIS* 2010, 614.

4 Vgl. hierzu im Einzelnen Hauschka (Hrsg.)/*Hauschka*, *Corporate Compliance*, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2007, S. 9 f.; Hauschka (Hrsg.)/*Birkle* (Fn. 4), S. 129 f.

5 Die gesetzlichen Beauftragten, z.B. Immissionsschutzbeauftragte (§§ 53 f. BImSchG), Abfallbeauftragte (§§ 54 f. KrW/AbfG), Strahlenschutzbeauftragte (§§ 31 f. StrahlenschutzVO), mit deren Hilfe der Staat öffentliche Überwachungspflichten in Form einer konkret normierten Eigenkontrolle unmittelbar den Unternehmen auferlegt, sollen hier ausgeblendet werden. Die Flut solcher Beauftragten beklagte *Heimann* bereits in *NJW* 1996, 904.

6 Seit dem 01.11.2007 konkretisiert in § 12 der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung: »(3) Die nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 3 des Wertpapierhandelsgesetzes einzurichtende Compliance-Funktion muss 1. die Angemessenheit und Wirksamkeit der Grundsätze und Vorkehrungen im Sinne der Absätze 1 und 2 sowie die zur Behebung von Defiziten getroffenen Maßnahmen überwachen und regelmäßig bewerten und 2. die Mitarbeiter im Hinblick auf die Einhaltung der in Absatz 1 genannten Bestimmungen beraten und unterstützen.«

7 *Assmann/Schneider-Koller*, *Kommentar zum WpHG*, 5. Aufl. 2009, S. 1426.