

liche Bedeutung der (auch fehlerhaften¹⁴⁰²) Anordnung erscheint gering: Auf einer fehlerhaften Anwendung des Gesetzes wird das Urteil sehr selten beruhen können, weil die Schriftform gegenüber der Mündlichkeit kaum zu einer diesbezüglichen Rechtsverkürzung führen dürfte. Für den Verteidiger ist wichtig, einen Beschluss (§§ 238 II, 338 Nr. 8) über die Anordnung herbeizuführen.

gg) Verletzung der Aufklärungspflicht.

Lit.: *Bauer*, Die alternative Rüge gemäß §§ 244 II, 261 StPO, NStZ 2000, 72; *Eisenberg*, Beweisrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1 ff., 6 ff.; *Hebenstreit*, Gedanken zur Alternativrüge, FS Widmaier, 2008, 267; *Herdegen*, Strafrechtliche Aufklärungspflicht und Beweiswürdigung, NJW 2003, 3513; *Hofmann*, Schätzung und Aufklärungspflicht bei der tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellung, StraFo 2003, 70; *ders.*, Videoaufzeichnungen und revisionsgerichtliche Kontrolle, NStZ 2002, 569; *Krause*, Schätzung und Aufklärungspflicht bei der tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellung, StraFo 2002, 249; *Maul*, Die gerichtliche Aufklärungspflicht in der Sicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FS Peters, 1984, S. 47; *Müller, Heinz-Rudolf*, Zur Aufklärungspflicht bei Wahrunterstellung, GS K. H. Meyer, 1990, S. 285; *Schlotbauer/Weider*, Verteidigung im Revisionsverfahren, Rn. 969 ff., 1033 ff.; *Widmaier*, Wahrheitsfindung zwischen Aufklärungspflicht und Beweisverboten, Schriftenreihe ARGE Strafrecht des DAV, Bd. 6, 1989, S. 29; *Ziegert*, Die prozessuale Wahlfeststellung, StV 1996, 279; vgl. auch das vor Rn. 242 angeführte Schrifttum.

Die **Aufklärungspflicht** des Gerichts (§ 244 II) ist die Grundlage zahlreicher Revisionsangriffe. Das ist verständlich. Diese Pflicht ist eine der wichtigsten Grundlagen des Strafprozesses.¹⁴⁰³ 326

Sie nötigt das Gericht, ohne Beweisanträge der Beteiligten¹⁴⁰⁴ von Amts wegen die Beweisaufnahme auf alle zur Erforschung der Wahrheit bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken,¹⁴⁰⁵ soweit nicht Schätzklauseln eingreifen.¹⁴⁰⁶ Die Revisionsgerichte haben hier eine wichtige Kontrollfunktion. Die Aufklärungspflicht setzt ein, wenn die Umstände unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage einschließlich der Akten dazu drängen oder es nahelegen, von einem bestimmten Beweismittel Gebrauch zu machen.¹⁴⁰⁷ Je weniger gesichert ein Beweisergebnis erscheint, je gewichtiger die Unsicherheitsfaktoren und je mehr Widersprüche bei der Beweiserhebung zutage getreten sind, desto größer ist der Anlass für das Gericht, trotz der erlangten Überzeugung weitere erkennbare Beweismittel zu nutzen. In besonderem Maße gilt dies dann, wenn Aussage gegen Aussage steht und objektive Beweisanzeichen fehlen.¹⁴⁰⁸ Wenn auch nur die entfernte Möglichkeit einer Änderung der durch die abgelaufene Beweisaufnahme begründeten Vorstellung über den zu beurteilenden Sachverhalt in Betracht kommt, müssen weitere Beweismittel benutzt und ausgeschöpft werden.¹⁴⁰⁹ Das wird aus der Sicht des Revisionsgerichts anhand aller sachdienlichen Prozessumstände nachgeprüft.¹⁴¹⁰ Das gilt hier aber auch gegen den Angeklagten. Das Gericht darf ihn nicht nach dem Grundsatz in dubio pro reo freisprechen oder eine Tatsache zu seinen Gunsten als wahr unterstellen (Rn. 355 ff.) solange eine Aufklärung möglich ist.¹⁴¹¹ Auch im Falle einer Verfahrensabsprache (mit Geständnis) (Rn. 394 ff.) darf dem Urteil kein Sachverhalt zugrunde gelegt werden, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter vollständiger Ausschöpfung des

¹⁴⁰² Dazu KK-Diemer § 257 a Rn. 5 ff.

¹⁴⁰³ BVerfGE 33, 367, 383; BGH NStZ 1984, 36, 37 f.

¹⁴⁰⁴ Vgl. dazu neuerdings BGH NStZ 2011, 371 f.

¹⁴⁰⁵ Vgl. *Alsberg/Nüse/Meyer* S. 19 ff. und *Maul*, FS Peters, S. 47 ff.

¹⁴⁰⁶ *Meyer-Gößner* § 244 Rn. 14 ff.; vgl. auch *Hofmann* StraFo 2003, 70; *Krause* StraFo 2002, 249.

¹⁴⁰⁷ BGH bei *Miebach* NStZ 1988, 447; BGHSt 23, 176, 187; vgl. BGH StV 2002, 350; KK-Fischer § 244 Rn. 60.

¹⁴⁰⁸ BGH NStZ-RR 2003, 314.

¹⁴⁰⁹ BGH bei *Miebach* NStZ 1988, 447 m. N.

¹⁴¹⁰ BGH NStZ 1985, 324; 1083, 34.

¹⁴¹¹ BGHSt 13, 326; RGSSt 47, 417, 424.

Beweismaterials beruht.¹⁴¹² Noch weniger darf von einer Beweisaufnahme zum Nachteil des Angeklagten Abstand genommen werden, nur weil sie beschwerlich, langwierig oder aussichtsschwach ist. Dazu gehört – ungeachtet der Fassung des § 244 V – auch die Ladung ausländischer Zeugen oder deren Vernehmung im Ausland,¹⁴¹³ wenn ihre Anschrift bekannt oder zu ermitteln ist (Rn. 349 f.). Ist die Verlesung von Urkunden nach § 249 ff. zulässig (Rn. 301 ff.), so kann trotzdem die Aufklärungspflicht die Vernehmung des Ausstellers oder von Verhörpersonen gebieten.¹⁴¹⁴ Ob die Prozessbeteiligten einschließlich der Staatsanwaltschaft die Beweisaufnahme als erschöpft ansehen wollen oder der Angeklagte sogar einem Entlastungsbeweis widerspricht, ist irrelevant.¹⁴¹⁵ Auch Wahlfeststellungen dürfen nicht sein, solange Aufklärung möglich ist. Andererseits braucht das Gericht keinen Beweis zu erheben, von dem es sich nichts verspricht;¹⁴¹⁶ ebenso braucht es bei schweigendem Angeklagten nicht allen denkbaren, jedoch ganz unwahrscheinlichen Fallvarianten nachzugehen.¹⁴¹⁷ Insoweit ist das Verbot der Beweisantizipation eingeschränkt (Rn. 339). Bei der Blutalkoholfeststellung dürfen denkbare Fehler nicht als möglich unterstellt werden, ehe die Möglichkeit der Aufklärung erschöpft ist.¹⁴¹⁸ Eine Verletzung der Aufklärungspflicht kann dagegen regelmäßig nicht mit der Behauptung begründet werden, der Tatrichter habe ein Beweismittel nicht „ausgeschöpft“, insbesondere bestimmte Fragen und Vorhalte an einen Zeugen¹⁴¹⁹ oder die erneute Vernehmung eines bereits entlassenen Zeugen¹⁴²⁰ unterlassen, auch wenn die Urteilsgründe dazu schweigen.¹⁴²¹ Erhebliche Widersprüche zwischen den Aussagen eines Zeugen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung können aber die Notwendigkeit entsprechender **Vorhalte** oder Verlesungen nach § 253 I begründen; hier kann auch ausnahmsweise die Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht wegen Nichtausschöpfung eines Beweismittels gerechtfertigt sein;¹⁴²² dasselbe gilt, wenn sich den Urteilsgründen entnehmen lässt, dass ein Zeuge zu einer wesentlichen Frage nicht vernommen worden ist¹⁴²³ oder Widersprüche zwischen dem in der Hauptverhandlung erstatteten Sachverständigengutachten und dem vorläufigen Gutachten bestehen¹⁴²⁴ (vgl. i. E. Rn. 362 ff.).

Die Aufklärungspflicht berührt sich mit dem Grundsatz der freien **Beweiswürdigung** (§ 261) dies soll aber nicht bedeuten, dass bei Widersprüchen zwischen Akten und Urteilsinhalt eine „**Alternativrüge**“ der Verletzung des § 244 II oder des § 261 erhoben werden kann¹⁴²⁵ und das Revisionsgericht auf der Grundlage der alternativen Rüge oder „**prozessualen Wahlfeststellung**“¹⁴²⁶ (Rn. 259) die Verletzung einer der beiden Normen feststellen kann.¹⁴²⁷ Wenn das Gericht ohne Vorbehalt überzeugt ist, liegen ihm weitere Beweiserhebungen fern, wenn sie nicht beantragt werden. So sind besondere Ermittlungen

¹⁴¹² BGH NStZ 2009, 467.

¹⁴¹³ Vgl. BGH NStZ 2006, 713; 2004, 99; KK-Fischer § 244 Rn. 36.

¹⁴¹⁴ BGHSt 9, 230, 300; GA 1955, 178.

¹⁴¹⁵ Vgl. insgesamt Meyer-Goßner § 244 Rn. 12 m. N.

¹⁴¹⁶ Aus der umfangreichen Rspr. vgl. BGHSt 14, 339, 342; RGSt 54, 181; 56, 134; KK-Fischer § 244 Rn. 33 m. N.

¹⁴¹⁷ BGHSt 25, 365, 367.

¹⁴¹⁸ BGH VRS 6, 48.

¹⁴¹⁹ BGH NStZ 2000, 156 f.; BGHSt 4, 125, 126; 17, 351 f.; KK-Fischer § 244 Rn. 40 (auch zu den Ausnahmen).

¹⁴²⁰ Alsberg/Nüse/Meyer S. 96 m. N.

¹⁴²¹ BGH NJW 1992, 2840.

¹⁴²² BGH StV 1991, 337; BGHSt 17, 351.

¹⁴²³ BGH bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1985, 13 f.

¹⁴²⁴ BGH NStZ 1991, 448.

¹⁴²⁵ BGH NStZ 2007, 115; 1992, 506; offen gelassen in BGH bei Kusch NStZ-RR 1998, 263; zur Alternativrüge i. Ü. Hebenstreit, FS Widmaier S. 267 ff..

¹⁴²⁶ Dazu i. e. Ziegert StV 1996, 279; Bauer NStZ 2000, 72.

¹⁴²⁷ BGHSt 43, 212, 216; StV 1988, 138; 1989, 423.

über die Glaubwürdigkeit der Zeugen im Allgemeinen nicht geboten, jedoch darf in der Berufungsinstanz (Rn. 481 ff.) die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, dessen frühere Aussage nach § 325 verlesen worden ist, nicht ohne nochmalige Vernehmung anders beurteilt werden als in der Vorinstanz.¹⁴²⁸ Überhaupt kann die Aufklärungspflicht die erneute Vernehmung der Zeugen in der Berufung gebieten, obwohl die Staatsanwaltschaft, Verteidiger und Angeklagter mit der Verlesung nach § 325 einverstanden sind (Rn. 486). Schließlich ist auch die (wiederholte¹⁴²⁹) Anhörung von Sachverständigen oder weiteren Sachverständigen¹⁴³⁰ ein Teilproblem der Aufklärungspflicht. Die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle sind sehr zahlreich und hier i. e. nicht abzuhandeln; die umfangreiche Rechtsprechung ist in der Kommentarliteratur aufgearbeitet.¹⁴³¹ Auf die jeweils bestehende Aufklärungspflicht ist an vielen Stellen dieser Schrift hingewiesen.

Die Aufklärungspflicht ermöglicht in der **Revision** eine weitgehende Nachprüfung des Urteils in seinen tatsächlichen Grundlagen. Dem Revisionsgericht steht dabei der gesamte Akteninhalt offen, anhand dessen es untersuchen kann, ob der Tatrichter in der Hauptverhandlung auch alle erheblichen Beweismittel herangeschafft hat.¹⁴³² Die Aufklärungsrüge soll zwar kein Mittel sein, Fehler und Versäumnisse der Verteidigung mit der Revision „auszubügeln“; andererseits geht die richterliche Aufklärungspflicht weiter als die des Verteidigers, der mit seinen Aufklärungsbemühungen bei Erreichen des „non liquet“ einhalten kann. Auch soll der Angeklagte Rechtsfehler seines Verteidigers nicht entgelten. Fehlende Sachaufklärung kann im Ausnahmefall auch ein sachlich-rechtlicher Mangel sein, wenn dem Revisionsgericht nach den Urteilsgründen eine ausreichende Grundlage für die Nachprüfung fehlt (Rn. 427). Die **Begründung** der Aufklärungsrüge wirft besondere Probleme auf, die an anderer Stelle behandelt werden (Rn. 506 ff.).

hh) Fehlerhafte Behandlung von Beweisanträgen.

Lit.: *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl., 1983; *Basdorf*, Änderungen des Beweisantragsrechts und Revision, StV 1995, 310; *ders.*, Formelle und informelle Präklusion im Strafverfahren – Mitwirkungspflichten und gesteigerte Verantwortung des Verteidigers, StV 1997, 488; *ders.*, Beweisantragsrecht – Disziplinierung der Verteidigung durch erhöhte Anforderungen?, StraFo 2010, 139; *ders.*, Elemente des Beweisantrags – Konnexität und anderes, FS Widmaier, 2008, 51; *Jörg-Peter Becker*, Die Rechtsprechung des BGH zum Beweisantragsrecht, NStZ 2007, 513; *Beck'sches Formularbuch* für den Strafverteidiger, 5. Aufl., 2010, 526 ff. (*Michalke*); *Burgard/Fresemann*, Der Beweisantrag bezüglich einer vom Zeugen zu bekundenden Negativtatsache, wistra 2000, 88; *Burhoff*, Handbuch, 6. Aufl., Rdnr. 255 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl., Rn. 138 ff.; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995; *Gollwitzer*, Einschränkungen des Beweisantragsrechts durch Umdeutung von Beweisanträgen in Beweisanregungen, StV 1990, 420; *Günther*, Der Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen im Lichte des Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK, FS Widmaier, 2008, 253; *Habetha*, Übergehen „unwahrscheinlicher“ Beweisanträge ohne Ablehnungsgrund, StV 2011, 239; *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl., 2010, Rn. 614 ff.; *ders.*, Beweis als Rechtsbegriff und seine revisionsrechtliche Kontrolle, FS Fezer, 2008, 393; *ders.*, Fristenregelung für Beweisanträge?, FS Hassemer, 2010, 1017; *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisantragsrecht, 2. Aufl. 2007; *Herdegen*, Aufklärungspflicht – Beweisantragsrecht – Beweisantrag – Beweisermittlungsantrag, GS K. H. Meyer, 1990, S. 187; *ders.*, Zum Begriff der Beweisbehauptung, StV 1990, 518; *ders.*, Da liegt der Hase im Pfeffer – Bemerkungen zur Reform des Beweisantragsrechts, NJW 1996, 26; *ders.*, Das Beweisantragsrecht, NStZ 1998, 444; 1999, 176; 2000, 1; *Jahn*, Konnexitätsdoktrin und „Fristenlösungsmodell“ – Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Fremdkontrolle im Beweisantragsrecht, StV 2009, 663; *ders.*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Beweisantragsrechts der Verteidigung im deutschen Strafprozess, FS Hassemer, 2010, 1029; *Johnigk*, Der Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen (§ 244 V 2 StPO), FS

¹⁴²⁸ BGH NJW 1951, 283; BayObLG StV 1992, 152; OLG Zweibrücken StV 1992, 153; KK-Paul § 325 Rn. 11.

¹⁴²⁹ OLG Zweibrücken StV 2000, 126.

¹⁴³⁰ BGH NStZ 1991, 383; 1991, 80; vgl. auch BGH StV 2007, 19.

¹⁴³¹ Vgl. *Meyer-Gößner* § 244 Rn. 10 ff.; KK-Fischer § 244 Rn. 27 ff.; LR-Becker § 244 Rn. 68 f.

¹⁴³² LR-Becker § 244 Rn. 361 ff., 380 m. N.

Rieß, 2002, 197; *Kempf*, Der (zu) späte Beweis Antrag, StraFo 2010, 316; *Krekeler*, Einschränkungen des Beweis antragsrechts durch Umdeutung von Beweis anträgen in Beweis anregungen, Schriftenreihe DAV, Bd. 7 (1991), S. 137; *Meyer-Gofßner*, Fehlerhaft beschiedene Beweis anträge, Erfolgchancen von Aufklärungsrügen – Aufklärungspflicht des Gerichts, Aufklärungsbereitschaft der Verteidigung, Schriftenreihe DAV, Bd. 3 (1986), 122.; *Meyer-Gofßner/ Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 28. Aufl., 2008, Rn. 347 f.; *Michalke*, Noch einmal: „Hilfsbeweis Antrag – Eventualbeweis Antrag – bedingter Beweis Antrag“, StV 1990, 184; *Mosbacher*, Zur Bescheidung auf Beweis erhebung gerichteter Anträge, NStZ-Sonderheft f. Miebach, 2009, 2 o; *Heinz-Rudolf Müller*, Zur Aufklärungspflicht bei Wahrunterstellung, GS K. H. Meyer, 1990, S. 285; *Niemöller*, Bedingte Beweis anträge im Strafverfahren, JZ 1992, 884; *ders.*, Negativbehauptungen als Gegenstand strafprozessualer Beweis anträge, StV 2003, 687; *Pauly*, Beweis anträge auf Vernehmung von Richtern, FS ARGE Strafrecht, 2009, 731; *Scheffler*, Der Hilfsbeweis Antrag und seine Bescheidung in der Hauptverhandlung, NStZ 1989, 158; *ders.*, Beweis anträge kurz vor oder während der Verkündung des Strafurteils, MDR 1993, 3; *Schlothauer*, Hilfsbeweis Antrag – Eventualbeweis Antrag – Bedingter Beweis Antrag, StV 1988, 542; *Schlothauer/Weider*, Verteidigung im Revisionsverfahren, 2008, 1290 ff.; *Hartmut Schneider*, Zum Kriterium der Konnexität im strafprozessualen Beweis antragsrecht, FS Eisenberg, 2008, 609; *Schrader*, Der Hilfsbeweis Antrag – Ein Dilemma, NStZ 1991, 224; *Schweckendieck*, Die Ablehnung eines Beweis antrages wegen Verschleppungsabsicht – eine zu wenig genutzte Möglichkeit?, NStZ 1991, 109; *ders.*, Bedeutungslosigkeit und Wahrunterstellung – ein Gegensatz?, NStZ 1997, 257; *Strate*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Beweis antragsrechts, Schriftenreihe DAV, Bd. 9 (1992), S. 80; *Trück*, Die Rechtsprechung des BGH zur Ablehnung von Beweis anträgen auf Vernehmung eines Sachverständigen, NStZ 2007, 377; *Widmaier*, Der Hilfsbeweis Antrag mit „Bescheidungsklausel“, FS Salger, 1995, 421; *ders.*, Quo vadis, Revision?, StraFo 2010, 310, 314 ff.

Vgl. insbesondere auch die lfd. Publikationen der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht von *Cierniak/Zimmermann* in NStZ-RR 2009, 533; 2010, 65, 101, 193 sowie zum Beweis antragsrecht *Cierniak/Poblit* NStZ 2009, 553 u. 2011, 261.

- 327 – **Beweisantragsrecht.** Das **Beweisantragsrecht** ist ein weites Feld für verfahrensrechtliche Revisionen. Es handelt sich um eine für Richter, Staatsanwälte und Verteidiger offenbar gleichermaßen schwierige Materie. Man sollte sich mit keiner Revision aus dem Gebiet des Beweis antragsrechts befassen, ohne sich zuvor sowohl mit den Grundlagen dieses „Kernbereichs“ der Hauptverhandlung als auch mit dem aktuellen Stand der sehr umfangreichen und differenzierten Rechtsprechung zu befassen. Hier können nur vergleichsweise punktuelle Hinweise mit weiterführenden Anmerkungen erwartet werden.

Beweisanträge (§ 244 III bis VI, § 245 II) kommen in Betracht, soweit das Gericht nicht von Amts wegen im Rahmen seiner Aufklärungspflicht die Beweise erhebt (§ 244 II) (Rn. 314), wozu auch die Benutzung der präsenten Beweismittel (§ 245 I) (Rn. 370 ff.) gehört.

In der Praxis ersucht der Vorsitzende regelmäßig um **schriftliche Formulierung** des Beweis antrages. Darauf besteht aber (außerhalb des § 257 a)¹⁴³³ kein Anspruch. Andererseits hat der Antragsteller kein Recht auf Diktat des Wortlauts in das Protokoll,¹⁴³⁴ wenn auch der Antrag nach § 273 I protokolliert werden muss. Die schriftliche Formulierung, die zweckmäßigerweise stets erfolgen sollte, ist vom Antragsteller inhaltlich vorzutragen, wenn das Gericht nicht darauf verzichtet.¹⁴³⁵ Die **absolute Beweiskraft** des Protokolls (§ 274) erfasst nur den Beweis Antrag als solchen, nicht eine etwa gegebene Begründung.¹⁴³⁶

Beweis anträge können grundsätzlich zu jedem **Zeitpunkt** der Hauptverhandlung gestellt und dürfen nicht wegen Verspätung abgelehnt werden (§ 246). Dies gilt allerdings nicht in Fällen, in denen das Tatgericht aufgrund von ihm angenommenen **Missbrauchs** des Beweis antragsrechts eine Frist für die Stellung weiterer Beweis anträge gesetzt hat und diese abgelaufen ist.¹⁴³⁷ (Vgl. dazu i. E. Rn. 411 ff.)

¹⁴³³ Vgl. dazu *KK-Fischer* § 244 Rn. 86.

¹⁴³⁴ *Meyer-Gofßner* § 244 Rn. 32; *KK-Fischer* § 244 Rn. 86.

¹⁴³⁵ BGH NJW 1953, 35; *KK-Fischer* § 244 Rn. 78; *Alsberg/Nüse/Meyer* S. 383.

¹⁴³⁶ BGH NStZ 2000, 437.

¹⁴³⁷ BGHSt 52, 355; BGH NJW 2005, 2466; ausführliche Darstellung bei *Meyer-Gofßner* § 244 Rn. 69 b m. zahlr. N.

Manchmal wird ein Beweisantrag dem Gericht in das **Beratungszimmer** nachgeschickt. Seine Nichtbescheidung begründet nur dann die Revision, wenn nach Wiedereintritt des Gerichts der Antrag mündlich gestellt wird.¹⁴³⁸ Ein Beweisantrag kann auch noch während der **Urteilsverkündung** gestellt werden, jedoch muss das Gericht ihn dann nicht mehr entgegennehmen.¹⁴³⁹ Geschieht dies dennoch, muss er nach den allgemeinen Regeln behandelt werden.¹⁴⁴⁰

Missverständnisse, Unklarheiten und sachliche **Mängel** bei Beweisanträgen sind ggf. 328 aufzuklären.¹⁴⁴¹ So ist das Gericht verpflichtet, den Verteidiger darauf hinzuweisen, dass der gestellte Beweisantrag auf einem Missverständnis, z. B. über die angenommene Divergenz zwischen Zeugenaussagen beruht.¹⁴⁴² In der Regel ist hier allerdings die Eigenverantwortung des Verteidigers vorrangig.¹⁴⁴³ Umgekehrt darf auch der Verteidiger nicht schwächen, wenn er aus der Beschlussbegründung erkennt, dass das Gericht seinen Beweisantrag missverstanden hat – sonst bringt er die einschlägige Revisionsrüge in Gefahr (Rn. 405).¹⁴⁴⁴ Hier wie auch sonst ist der Rechts-Dialog zwischen allen Prozessbeteiligten das zweckmäßige und rechtsstaatlich gebotene Mittel, Verfahrensfehler des Gerichts und Benachteiligung der Verteidigung zu vermeiden.

Begriffswesentlich für den Beweisantrag ist die **Behauptung** einer bestimmten **Beweis-** 329 **tatsache** (des **Beweiszieles**) und des **Beweismittels**. Wird nur die Prüfung beantragt, **ob** eine bestimmte Tatsache gegeben sei, so handelt es sich nicht um einen Beweisantrag,¹⁴⁴⁵ sondern um eine bloße **Beweisanregung**, die allenfalls eine Aufklärungspflicht des Gerichts auslösen kann (Rn. 326 ff.). Das Erfordernis der **Bestimmtheit** darf indessen nicht überspannt werden. Der Sinn des Beweisantrages ist ggf. durch **Auslegung** – auch aus dem Akteninhalt – zu ermitteln.¹⁴⁴⁶ Bei eingekleideten Beweisbehauptungen ist es erforderlich, den Tatsachenkern herauszuschälen.¹⁴⁴⁷ Auch geistige Anlagen oder Eigenschaften eines Menschen und innere Tatsachen sind der Beweiserhebung zugänglich. **Gegenstand** des Beweisantrags, z. B. auf Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen, können indes nur solche (positiven und negativen) Umstände und Geschehnisse sein, die mit dem benannten Beweismittel unmittelbar bewiesen werden sollen,¹⁴⁴⁸ d. h. die Behauptung, dass der Zeuge die Tatsachen aus eigener Wahrnehmung bekunden kann und ggf. aus welchen Gründen.¹⁴⁴⁹ Davon zu unterscheiden ist das vom Antragsteller verfolgte und tunlichst vorzutragende **Beweisziel**, zu dem der Tatrichter aber auch durch Schlüsse aus der Beweistatsache gelangen soll, z. B. dahin, dass ein Ereignis *nicht* stattgefunden hat.¹⁴⁵⁰ Im Beweis-

¹⁴³⁸ BGH StV 1992, 218; KK-Fischer § 246 Rn. 2; vgl. auch BGH NStZ 1992, 346.

¹⁴³⁹ KK-Fischer § 246 Rn. 2.

¹⁴⁴⁰ BGH StV 1985, 398.

¹⁴⁴¹ BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 30; BGH bei *Kusch* NStZ 1993, 228; dazu *Basdorf* StV 1995, 310, 319; BGH NStZ-RR 2003, 148 (2) (Hilfsbeweisantrag); BGH StV 2011, 207, 209 (fehlende Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel); eingehend LR-*Becker* § 244 Rn. 115, 123; KK-Fischer § 244 Rn. 78.

¹⁴⁴² BGH NStZ-RR 2003, 147; NStZ 1994, 483; LR-*Becker* § 244 Rn. 115.

¹⁴⁴³ BGH NStZ-RR 2003, 148 (2); BGHSt 13, 337, 343; *Basdorf* StV 1997, 488 f.

¹⁴⁴⁴ BGHR § 244 IV Beweisantrag 3, Entsch. 2; BGH NStZ 1994, 483; *Basdorf* StV 1995, 310, 319; 1997, 488, 492; vgl. auch *Dabs* NStZ 2007, 241.

¹⁴⁴⁵ *Alsberg/Nüse/Meyer* S. 46; *Meyer-Goßner* § 244 Rn. 17 ff.; zur auch insoweit erforderlichen Auslegung vgl. KG StV 1983, 95.

¹⁴⁴⁶ BGH StV 1996, 248; BGHSt 37, 162, 164 ff. = BGH JR 1991, 470 m. Anm. *Gollwitzer*.

¹⁴⁴⁷ BGH NJW 1968, 1293; BGH B. v. 18. 11. 1993 – 1 StR 315/93 – unv. („Garantierklärung“ u. „bankübliche Absicherung“).

¹⁴⁴⁸ BGH NStZ 1993, 550 m. Anm. *Widmaier* 602; BGH StV 2000, 180.

¹⁴⁴⁹ BGH NStZ 2000, 427.

¹⁴⁵⁰ Dazu i. E. BGH NStZ 1993, 550 m. N., aber auch BGH NStZ 1995, 356; *Meyer-Goßner* § 244 Rn. 21 m. N.; *Niemöller* StV 2003, 687.

antrag muss auch zur **Konnexität** zwischen Beweismittel und Beweisziel dezidiert vorgetragen werden – falls sie nicht evident ist (Rn. 334).¹⁴⁵¹

- 330 An die **Bezeichnung des Beweismittels** dürfen keine übertriebenen Forderungen gestellt werden. So sind zwar Namen und ladungsfähige Anschrift eines Zeugen grundsätzlich erforderlich.¹⁴⁵² Es kann aber die Angabe von Tatsachen genügen, die zur Feststellung des Namens und des Aufenthalts führen können,¹⁴⁵³ z. B. des Weges, auf dem die Person des Zeugen konkret und zuverlässig festgestellt werden kann.¹⁴⁵⁴ Urkunden müssen als Beweismittel konkret bezeichnet sein; es reicht nicht, dass eine umfangreiche „Akte“ beigezogen werden soll, sondern das zu verwertende Dokument muss genau bezeichnet werden,¹⁴⁵⁵ was in der Praxis für die Verteidigung oft nicht möglich ist. Die Rechtsprechung zur Konkretisierung ist streng,¹⁴⁵⁶ aber es kommt auf die Besonderheiten des einzelnen Falles an, ggf. führt der Weg über den *Beweisermittlungsantrag* (Rn. 332) und die *Aufklärungspflicht* (Rn. 326 ff.).¹⁴⁵⁷
- 331 Die **Beweisanregung** ist kein Beweisantrag.¹⁴⁵⁸ Sie braucht deshalb nicht nach den Regeln der §§ 244 III bis VI, 245 II 2 beschieden zu werden.¹⁴⁵⁹ Daraus wird in der Praxis gelegentlich irrtümlich ihre Verwerfung als unzulässig abgeleitet. Das kann die Revision begründen, weil das Gericht damit gegen seine Aufklärungspflicht (§ 244 II) (Rn. 326) verstoßen haben kann. Auch sonst führt die Beweisanregung jedenfalls zu einer **Intensivierung der Aufklärungspflicht**.¹⁴⁶⁰ Daneben kann u. U. ein Verfahrensfehler darin liegen, dass der Vorsitzende eine gebotene Erörterung der Anregung mit dem Antragsteller unterlassen hat, die einen richtigen Beweisantrag freigelegt haben könnte¹⁴⁶¹ (Rn. 327, 337).
- 332 **Beweisermittlungsanträge** (Ausforschungsanträge) sind keine echten Beweisanträge, weil eine Beweiserhebung darüber verlangt wird, ob, warum, wann, wie oder wo ein tatsächlicher Umstand eingetreten ist¹⁴⁶² und es somit an der Angabe einer bestimmten Beweistatsache, des Beweismittels oder der Konnexität fehlt.¹⁴⁶³ Vielmehr soll der Antrag das Material für einen richtigen Beweisantrag erst aufdecken. Für die Revision ist auch hier von Interesse, dass der Beweisermittlungsantrag nicht als unzulässig abge- tan werden darf. Daraus würde sich nämlich ergeben, dass das Gericht den Antrag fälschlich als unbeachtlich angesehen hat. Zwar bedarf es keiner Prüfung und Entscheidung nach den Regeln des § 244 III bis VI.¹⁴⁶⁴ Gleichwohl hat im Rahmen der Fürsorge- und Aufklärungspflicht der Vorsitzende dem Antragsteller zu eröffnen,¹⁴⁶⁵ ob

¹⁴⁵¹ BGH NStZ 2009, 649; BGHSt 40, 3, 7.

¹⁴⁵² Dazu ausführlich BGH NStZ 2011, 169 m. Anm. *Ventzke* NStZ 2011, 301; 2006, 585; 2000, 437 m. w. N.; NJW 2008, 3446; *Meyer-Göfner* § 244 Rn. 21; *KK-Fischer* § 244 Rn. 82 f.; krit. LR-*Becker* § 244 Rn. 113 f.; *Hamm/Hassemmer/Pauly* Beweisantragsrecht Rn. 125 ff.; *Basdorf*, FS *Widmaier*, S. 51, 53 ff.; *Widmaier* StraFo 2010, 310, 314 ff.

¹⁴⁵³ BGH StV 2010, 556; NStZ 2010, 403; NStZ 1994, 247 m. Anm. *Widmaier* = JR 1994, 288 m. Anm. *Woblers*; OLG Köln NStZ-RR 2007, 150; *Meyer-Göfner* § 244 Rn. 21 m. N.

¹⁴⁵⁴ BGH StV 1989, 379.

¹⁴⁵⁵ BGH NStZ-RR 1998, 276.

¹⁴⁵⁶ BGH NStZ-RR 1998, 276; *KK-Fischer* § 244 Rn. 79 ff. m. N.

¹⁴⁵⁷ BGH JR 1954, 352; LR-*Becker* § 244 Rn. 104.

¹⁴⁵⁸ Zur Abgrenzung BGH NStZ 1989, 334 m. N.; NStZ 1992, 397; *KK-Fischer* § 244 Rn. 103.

¹⁴⁵⁹ In diesem Sinne *KK-Fischer* § 244 Rn. 103; ebenso LR-*Becker* § 244 Rn. 168.

¹⁴⁶⁰ *KK-Fischer* § 244 Rn. 103.

¹⁴⁶¹ I. E. *KK-Fischer* § 244 Rn. 77.

¹⁴⁶² *Meyer-Göfner* § 244 Rn. 25.

¹⁴⁶³ Zur Abgrenzung BGHSt 30, 131, 142; BGH StV 1983, 185; StV 2000, 180; BGH GA 1981, 228; *Alsberg/Nüse/Meyer* S. 40 ff., 75 ff.; *Schwenn* StV 1981, 631; *Meyer-Göfner* § 244 Rn. 25; *KK-Fischer* § 244 Rn. 100 ff.

¹⁴⁶⁴ BGHSt 6, 128; JR 1951, 509; *KK-Fischer* § 244 Rn. 101.

¹⁴⁶⁵ *KK-Fischer* § 244 Rn. 102; *Alsberg/Nüse/Meyer* S. 90.

oder warum nicht dem Beweisbegehren stattgegeben werden kann. Dieser kann nach § 238 II das Gericht anrufen,¹⁴⁶⁶ das seine Aufklärungspflicht (§ 244 II) zu beachten hat.¹⁴⁶⁷

Beweisanträge, die auf die Feststellung einer „**Negativtatsache**“ gerichtet sind, d. h. 333 darauf, ein bestimmtes **Ereignis** habe nicht stattgefunden, sind in der Regel als Beweis Anregungen zu behandeln;¹⁴⁶⁸ bei einfach gelagerten Sachverhalten, z. B. eine bestimmte Tatsache (z. B. örtliche Beleuchtung) existiere nicht, kann aber auch ein echter Beweis antrag vorliegen.¹⁴⁶⁹

Eine **Kontroverse** hat sich über die Abgrenzungsfrage entwickelt, ob förmlich einwandfreie Beweisanträge mit bestimmten Beweisbehauptungen und Angabe des Beweismittels deshalb als Beweisermittlungsanträge behandelt (d. h. nicht nur gem. § 244 III bis VI abgelehnt) werden dürfen, weil sie nach Überzeugung des Tatrichters nur auf Vermutungen des Antragstellers beruhen, die durch keine tatsächliche Grundlage gestützt sind, insbesondere keinerlei Verknüpfung des Beweisthemas mit dem genannten Beweismittel nach Aktenlage und bisherigem Beweisergebnis erkennbar ist. Der BGH hat dazu klargestellt, dass den Prozessbeteiligten nicht verwehrt ist, auch solche Tatsachen zum Gegenstand eines (echten) Beweisantrages zu machen, deren sie nicht sicher sind, die sie nur vermuten oder für möglich halten.¹⁴⁷⁰ Die Grenze zum Beweisermittlungsantrag soll aber dann überschritten sein, wenn es sich bei der Beweisbehauptung aus der Sicht eines „verständigen Antragstellers“ um eine haltlose Vermutung handelt, die „**aufs Geratewohl**“¹⁴⁷¹ oder „**ins Blaue hinein**“ geäußert wird,¹⁴⁷² nach bisheriger Beweisaufnahme¹⁴⁷³ jeder Anhalt dafür fehlt, dass das Beweismittel überhaupt etwas zur Klärung der Beweisbehauptung beitragen kann,¹⁴⁷⁴ wobei es auch auf die vom Antragsteller selbst nicht in Frage gestellten Tatsachen ankommen soll.¹⁴⁷⁵ Das Verbot der Beweisantizipation sei ebenso zu beachten wie die Funktion des Beweisantrages, den Tatrichter über das von ihm selbst für erforderlich gehaltene Maß hinaus zu weiteren Beweiserhebungen zu veranlassen.¹⁴⁷⁶ Revisionsrechtlich kommt es zunächst darauf an, ob das **Tatgericht** seiner **Darlegungspflicht** im Hinblick auf die tatsächlichen Umstände, die seine Beurteilung des Beweisantrages stützen, nachgekommen ist.¹⁴⁷⁷ Das Revisionsgericht prüft die Richtigkeit der Begründung anhand der „Gesamtumstände“,¹⁴⁷⁸ des „Urteilsinhalts“,¹⁴⁷⁹ des „Konkretisierungsgrades der Beweisbehauptung“,¹⁴⁸⁰ der „Plausibilität“,¹⁴⁸¹ der Reaktion des

¹⁴⁶⁶ KK-*Fischer* § 244 Rn. 101; LR-*Becker* § 244 Rn. 165; a. A. *Alsberg/Nüse/Meyer* S. 90.

¹⁴⁶⁷ BGH NStZ-RR 2004, 370.

¹⁴⁶⁸ BGHSt 39, 251, 254 m. N.; abl. Anm. *Hamm* StV 1993, 455; zust. *Widmaier* NStZ 1993, 602; zum Ganzen *Burgard/Fresemann* wistra 2000, 88.

¹⁴⁶⁹ BGH StV 2005, 115; NJW 2003, 2761; NStZ 1999, 362; BGHSt 39, 251; zum Ganzen *Niemöller* StV 2003, 687.

¹⁴⁷⁰ BGH StraFo 2006, 331; StV 2003, 369; NStZ 1993, 143 f.; BGHSt 21, 118, 125.

¹⁴⁷¹ BGH StV 1993, 3; OLG Köln NStZ-RR 1997, 309, 310 m. N.; *Krause* Münchener Anwalts-handbuch Strafverteidigung, § 7 Rn. 166.

¹⁴⁷² BGH NStZ 2011, 169 (auch zur Konnexität), 1994, 592; 1992, 397; vgl. i. E. KK-*Fischer* § 244 Rn. 71 ff.

¹⁴⁷³ BGH StV 2002, 233.

¹⁴⁷⁴ BGH NStZ 2002, 383; NJW 1999, 2683 f.; NStZ 2008, 474; 2011, 169.

¹⁴⁷⁵ BGH NStZ 2003, 497; 1989, 334.

¹⁴⁷⁶ Vgl. BGH NStZ 1989, 334; 1992, 397 mit Anm. *Peters* NStZ 1993, 293; StV 1993, 232; 1993, 199; BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 2, 5; Analyse der Rechtsprechung bei *Gollwitzer* StV 1990, 420; *Meyer-Goßner* § 244 Rn. 20.

¹⁴⁷⁷ *Herdegen* geht von einer Beweispflicht aus – StV 1990, 519.

¹⁴⁷⁸ BGH NStZ 1992, 398; vgl. auch BGH NStZ 1993, 199.

¹⁴⁷⁹ BGH NStZ 1989, 335.

¹⁴⁸⁰ BGH NStZ 1992, 398.

¹⁴⁸¹ BGH StV 1993, 233; BGHR § 244 VI Beweisantrag 5.

Antragstellers auf tatrichterliche Erläuterungsbitte¹⁴⁸² und sonst feststellbarer Kriterien nach. Für die Frage, ob für einen verständigen Antragsteller Hinweise für die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung vorhanden waren, soll auch der entsprechende Vortrag der Revision indizielle Bedeutung haben.¹⁴⁸³ Im Übrigen beurteilt das Revisionsgericht die tatrichterliche Wertung in vollem Umfange „aus seiner Sicht der Dinge“,¹⁴⁸⁴ wobei es indes den – im Gegensatz zum Tatrichter – als solchen bewerteten Beweisantrag als „völlig ungeeignetes Beweismittel“ bewerten und deshalb den Zusammenhang eines etwaigen Rechtsfehlers mit dem Urteil zum Nachteil des Angeklagten verneinen kann.¹⁴⁸⁵ Im Übrigen wird bei einem tatrichterlichen Bewertungsfehler und dementsprechend unterlassener bzw. fehlerhafter Entscheidung die Revision wegen Verletzung des § 244 III, VI (Rn. 342) begründet sein.

- 335 Der **Hilfsbeweisantrag**¹⁴⁸⁶ (**Eventualbeweisantrag**) wird für den Fall gestellt, dass das Gericht über einen verfahrensabschließenden Hauptantrag nicht zu einem vom Antragsteller vorgegebenen Ergebnis gelangt (z. B. Freispruch, Einstellung, bestimmtes Strafmaß, Bewährung, Nebenfolge). Er spielt in der Praxis auch der Revisionsgerichte keine geringe Rolle. Das ist seiner Lästigkeit zuzuschreiben. Ein zur Verurteilung neigendes Gericht lässt sich nur ungern aufhalten und widmet daher dem Antrag möglicherweise nicht die gebührende Beachtung, umso mehr als es verständlicherweise eine Aussetzung des Verfahrens vermeiden möchte. Dabei unterlaufen leicht **Fehler**. Das ist namentlich der Fall, wenn in üblicher Weise der Eventualantrag erst im Plädoyer gestellt wird. Dann kann auch die Zeit für eine gründliche Prüfung des Antrages knapp werden. Es passiert auch, dass bei längerer Prozessdauer ein Eventualantrag „untergeht“ oder dass übersehen wird, den Antrag später im Urteil zu bescheiden. Das wird regelmäßig zur Aufhebung des Urteils nötigen,¹⁴⁸⁷ wenn man nicht eine Verletzung von *Obliegenheiten* der Verteidigung annehmen will. Ein Hinweis an das Gericht (Rn. 405) wird in der Regel aber auch im eigenen Interesse des Verteidigers angezeigt sein. Auch wenn das Gericht erfolglos versucht hat, dem Hilfsbeweisantrag nachzugehen, braucht die **Entscheidung** erst im Urteil zu erfolgen.¹⁴⁸⁸ Die Ablehnung des Eventualbeweisantrages wegen Verschleppungsabsicht (§ 244 III) darf nicht bis zur Urteilsbegründung aufgeschoben werden, sondern muss vorher durch besonderen Beschluss erfolgen, damit der Antragsteller die Begründung des Gerichts noch widerlegen kann.¹⁴⁸⁹ Ein Hilfsbeweisantrag, der sich gegen den Schuldspruch richtet, aber vom Strafausspruch abhängig gemacht wird, ist unzulässig.¹⁴⁹⁰
- 336 Kontrovers wird auch die Frage beurteilt, ob auf Antrag das Gericht im **Schlussvortrag** gestellte **Hilfsbeweisanträge**¹⁴⁹¹ noch vor der Urteilsverkündung bescheiden muss, wenn der Antragsteller dies verlangt („**Bescheidungsklausel**“), widrigenfalls die Revision auf Verstoß gegen § 244 VI i. V. m. mit § 338 Nr. 8 gestützt werden kann.¹⁴⁹² Einerseits ist das

¹⁴⁸² BGHSt 37, 162, 167.

¹⁴⁸³ BGH NSTZ 1992, 398.

¹⁴⁸⁴ Herdegen StV 1990, 520.

¹⁴⁸⁵ BGH NSTZ 1989, 335.

¹⁴⁸⁶ Meyer-Gößner § 244 Rn. 22 a; KK-Fischer § 244 Rn. 89; Alsberg/Nüse/Meyer S. 57 ff.; Hamm/Hassemer/Pauly Beweisantragsrecht Rn. 59 ff.

¹⁴⁸⁷ BGHR § 244 VI Hilfsbeweisantrag 5; BGH StV 1990, 533; Ausnahmefall BGH NSTZ-RR 2006, 382.

¹⁴⁸⁸ BGHSt 32, 10.

¹⁴⁸⁹ BGH NSTZ-RR 1998, 14; BGHSt 22, 124; Meyer-Gößner § 244 Rn. 44 a m. zahlr. N.; KK-Herdegen § 244 Rn. 90.

¹⁴⁹⁰ BGH NSTZ 1995, 202.

¹⁴⁹¹ Anders bei in der Beweisaufnahme gestellten Hilfsbeweisanträgen, BGH NSTZ 1989, 191; vgl. auch Hamm/Hassemer/Pauly Beweisantragsrecht Rn. 69 ff.

¹⁴⁹² Darstellung der Streitfrage bei KK-Fischer § 244 Rn. 94; LR-Becker § 244 Rn. 160f.; Hamm/Hassemer/Pauly Beweisantragsrecht Rn. 71 ff.; Widmaier, FS Salger, S. 421 ff.