

# Die Revision im Strafprozess

Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Hans Dahs

und die Beschränkung der Verteidigung als absoluter Revisionsgrund – zugleich Anmerkung zu BGH 3 StR 449/450/83, StV 1983, 167.

Mitwirkungsrechte, insbesondere Fragen, Vorhalte und Anträge bedürfen einer **Informationsgrundlage**, um sachgemäß ausgeübt zu werden.<sup>1512</sup> Diese Grundlage gewinnt der Angeklagte in der Regel aus seiner Anwesenheit in der Verhandlung und besonders der Beweisaufnahme. Bleibt er ihr eigenmächtig fern (§§ 231 Abs. 2, 231a Abs. 1 S. 1 StPO → Rn. 183), so verzichtet er freiwillig auf seine Informations- und Mitwirkungsrechte.<sup>1513</sup> Das ist anders, wenn er gem. § 247 StPO durch richterliche Entscheidung zeitweise von der Hauptverhandlung ausgeschlossen wird. Das damit entstehende Wissensdefizit soll der Vorsitzende durch entsprechende **Unterrichtung** über den Inhalt des versäumten Prozessvorganges nach § 247 S. 4 StPO ausgleichen.<sup>1514</sup> Dabei unterlaufen nicht selten reversible Fehler. Dazu gehört zunächst das Unterlassen der – protokollpflichtigen (§§ 273 Abs. 1, 274 S. 1 StPO) – nachträglichen Information.<sup>1515</sup> Verkannt wird immer wieder die Notwendigkeit, den Angeklagten nach seiner Rückkehr in den Verhandlungssaal **sofort**, dh „vor jeder weiteren Verfahrenshandlung“<sup>1516</sup> zu unterrichten. Das gilt auch, wenn die in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführte Zeugenvernehmung nur unterbrochen wird, in der Zwischenzeit aber andere Beweishandlungen vorgenommen werden.<sup>1517</sup> Der **Zeitpunkt** der Unterrichtung steht nicht im Ermessen des Vorsitzenden. Auf die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen kann auch nicht verzichtet werden. Deshalb bedarf es auch keines Antrages und keiner Anrufung des Gerichts nach § 238 Abs. 2 StPO.<sup>1518</sup> Da Verfahrensmängel in diesem Bereich stets Auswirkungen auf das Fragerecht des Angeklagten gehabt haben können – jedenfalls wenn der Zeuge schon entlassen ist – wird das Urteil regelmäßig auf dem Fehler beruhen.<sup>1519</sup> Allerdings vertritt der BGH die problematische Auffassung, der Angeklagte müsse das Gericht ausdrücklich auffordern, ihm die an den Zeugen gestellten Fragen mitzuteilen und darüber ggf. einen Gerichtsbeschluss herbeiführen (§ 238 Abs. 2 StPO).<sup>1520</sup> Ansonsten muss die Unterrichtung auch die im Rahmen einer Zeugenvernehmung durchgeführten anderen Prozesshandlungen (zB Vorhalte, Anträge usw.) umfassen.<sup>1521</sup> Eine in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführte Augenscheinseinnahme oder Urkundenverlesung muss grundsätzlich wiederholt werden.<sup>1522</sup> Ob dies allerdings auch gilt, wenn es sich um Spuren am Körper des Zeugen handelt, erscheint zweifelhaft, dürfte aber jedenfalls bei dringender Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für die Gesundheit des Zeugen zu verneinen sein.<sup>1523</sup> Gegen die nur durch Gerichtsbeschluss<sup>1524</sup> anzuordnende audiovisuelle Zeugenvernehmung als solche ist nach § 247a S. 2 StPO eine Revisionsrüge nicht zulässig. Gegen eine sonstige Ermessensentscheidung des Vorsitzenden kann ein Gerichtsbeschluss nach § 238 Abs. 2 StPO beantragt werden.<sup>1525</sup>

<sup>1512</sup> BGH StV 1992, 359.

<sup>1513</sup> Vgl. BGH NStZ 2002, 533.

<sup>1514</sup> BGH bei *Kusch* NStZ-RR 1998, 261.

<sup>1515</sup> BGH NStZ-RR 2002, 70; 2005, 259; StV 1999, 637; BGHSt 3, 384.

<sup>1516</sup> BGH NStZ-RR 2000, 292; StV 1998, 263 m. Anm. *Widmaier*; bei *Kusch* NStZ-RR 1998, 261.

<sup>1517</sup> BGH NStZ 2010, 465; NStZ-RR 2005, 259; StV 1999, 636.

<sup>1518</sup> BGH NStZ 1992, 502; 1981, 71.

<sup>1519</sup> BGH StV 1992, 360.

<sup>1520</sup> BGH StV 2000, 654.

<sup>1521</sup> BGH NStZ 1987, 471.

<sup>1522</sup> BGHR § 247 Abwesenheit 4, 5 u. 9.

<sup>1523</sup> ZB in Fällen wie BGHR § 247 Abwesenheit 8; vgl. auch die Erwägungen von *Meyer-Gößner*, FS Pfeiffer, 1988, S. 311 (321 ff.).

<sup>1524</sup> Zu revisiblen Fehlern bei der Anordnung vgl. *Meyer-Gößner/Schmitt* StPO § 247a Rn. 13.

<sup>1525</sup> *Meyer-Gößner/Schmitt* StPO § 247a Rn. 13, 9.

- 321 Eine **Heilung** von Verfahrensfehlern ist nur durch **Wiederholung** des Verfahrensabschnitts nach ordnungsgemäßer Unterrichtung möglich (→ Rn. 402).<sup>1526</sup> Die Frage, ob die inhaltliche Unterrichtung als unzureichend gerügt werden kann, ist im Übrigen streitig.<sup>1527</sup> Sie müsste freibeweislich geklärt werden, was auf eine teilweise Rekonstruktion der Verhandlung hinauslaufen würde, die in der Revisionsinstanz nicht stattfindet.<sup>1528</sup> Gleichwohl sind krasse Fälle denkbar (zB „die Zeugin hat den Anklagevorwurf bestätigt“), die als willkürliche Rechtsverkürzung Berücksichtigung in der Revision beanspruchen können.

Die **Revisionsbegründung** erfordert besondere Sorgfalt. Neben den rügebegründenden Behauptungen über alle Einzelheiten des beanstandeten Prozessvorganges muss jeweils auch der einschlägige Inhalt des Protokolls (oder auch dessen Schweigen) vorgetragen werden.<sup>1529</sup>

- 322 – **Fragerecht**. Das **Fragerecht** von Prozessbeteiligten findet seine Grundlage in §§ 240, 242 StPO mit der Einschränkung aus § 241a StPO. Es ist ein besonders wichtiges Element der Sachaufklärung und ein rechtsstaatlicher Prozessgrundsatz. Seine Ausübung wird durch die Revisionsgerichte überwacht. Es ist vom Vorsitzenden der Staatsanwaltschaft, dem Angeklagten<sup>1530</sup> und dem Verteidiger zu gewähren, steht aber auch anderen Prozessbeteiligten (Privatkläger, Nebenkläger, Nebenbeteiligten ua) zu. Es betrifft Fragen an Angeklagte, Zeugen und Sachverständige. Grundsätzlich entscheidet der Fragesteller selbst über Art, Abfolge und Umfang der Fragen; er kann sich auch bestimmte Fragen für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten. Allerdings soll der Vorsitzende das Recht haben, aus sachlichen Gründen der Verhandlungsleitung (§ 238 Abs. 1 StPO) die Befragung zu unterbrechen.<sup>1531</sup> Dies kann nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden. Im Übrigen kann der Vorsitzende nur „**ungeeignete**“ oder „**nicht zur Sache gehörende Fragen**“ zurückweisen (§ 241 StPO). Dabei reicht die Formulierung nicht aus, die Frage gehöre „nicht zum Beweisthema“. <sup>1532</sup> Eine generelle Entziehung des Fragerechts ist durch § 241 StPO nicht gedeckt,<sup>1533</sup> jedoch soll es zulässig sein, ggf. für bestimmte Abschnitte der Beweisaufnahme weitere Fragen zu untersagen.<sup>1534</sup> Der Vorsitzende untersteht dabei der Kontrolle durch das Gericht (§ 242 StPO), das durch einen Beschluss entscheidet (§ 238 Abs. 2 StPO),<sup>1535</sup> der bei unzulässiger Beschränkung der Verteidigung für den Angeklagten den „**absoluten**“ **Revisionsgrund** des § 338 Nr. 8 StPO darstellt, wenn es sich um einen wesentlichen Punkt handelt (→ Rn. 216 ff.).<sup>1536</sup> Das Gericht entscheidet auch nach Maßgabe des § 238 Abs. 2 StPO, wenn der Vorsitzende sich weigert, an den Mitangeklagten eine vom Angeklagten gewünschte Frage zu stellen, die dieser selbst nicht stellen darf (§ 240 Abs. 2 S. 2 StPO).<sup>1537</sup> Dagegen findet § 238 Abs. 2 StPO im Rahmen des § 241a Abs. 2 S. 2 StPO nur eingeschränkt Anwendung.<sup>1538</sup> Es kann beanstandet werden, dass der Vorsitzende die Prozessbeteiligten – auch die anderen Berufsrichter – bei der Befra-

<sup>1526</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 2005, 259.

<sup>1527</sup> Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 247 Rn. 22 m. N.; jedoch auch BGH NStZ 1987, 471.

<sup>1528</sup> BGHR § 261 Inbegriff der Verhandlung 14 m. N.

<sup>1529</sup> Vgl. BGHR § 247 Abwesenheit 10.

<sup>1530</sup> Dazu *Gollwitzer*, GS K. H. Meyer, 1990, S. 147.

<sup>1531</sup> BGH NStZ 1995, 143.

<sup>1532</sup> BGH StV 2010, 58; NStZ-RR 2009, 316.

<sup>1533</sup> RGSt 38, 58; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 241 Rn. 6; vgl. aber KK-StPO/*Schneider* StPO § 241 Rn. 16 f.

<sup>1534</sup> KK-StPO/*Schneider* StPO § 241 Rn. 15 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 241 Rn. 6 m. N.

<sup>1535</sup> BGH StV 1996, 248; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 243 Rn. 3.

<sup>1536</sup> BGHSt 2, 286; BGH bei *Dallinger* MDR 1975, 726; 1973, 372.

<sup>1537</sup> RGSt 47, 139; 68, 110.

<sup>1538</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 241a Rn. 7.

gung unterbricht oder die Vernehmung wieder an sich zieht.<sup>1539</sup> Der Vorsitzende kann auch nicht verlangen, dass ihm die Frage vorher bekanntgegeben wird, solange das Fragerecht nicht erheblich missbraucht wird.<sup>1540</sup> Andererseits kann er eine Erläuterung der Frage beanspruchen, um ihre Zulässigkeit (§ 241 Abs. 2 StPO) beurteilen zu können. Verstöße des Vorsitzenden korrigiert das Gericht bei Anordnung nach § 238 Abs. 2 StPO, namentlich auch eine unzulässige **Entziehung des Fragerechts**.<sup>1541</sup> Ist eine Beweisperson schon vernommen und entlassen, ist das Fragerecht hinfällig. Es kann nur über den Weg eines **Beweisantrags** wieder ausgeübt werden,<sup>1542</sup> wenn neue Beweistatsachen in Betracht kommen.<sup>1543</sup>

**Ungeeignete Fragen** (§ 241 Abs. 2 StPO) sind solche, die aus rechtlichen Gründen nicht gestellt werden dürfen oder der Wahrheitsermittlung nicht dienen. Das kann aber in der Regel erst aus der Antwort entnommen werden.<sup>1544</sup> Ein „Abschneiden“ der Frage ist in einem solchen Falle unzulässig. Zu den ungeeigneten Fragen gehören die nach § 68a StPO an einen Zeugen gerichteten Fragen<sup>1545</sup> sowie im allgemeinen **Suggestiv-** und **Fangfragen**, die der zu fordernden Fairness des Verfahrens widersprechen. Das Gericht hat hier eine Schutzaufgabe gegenüber den zu vernehmenden Personen zu erfüllen. Solche Fragen sollten aber zu Testzwecken unter Umständen zugelassen werden.<sup>1546</sup>

Schon beantwortete Fragen sind „ungeeignet“, sofern sie nicht Widersprüche klären sollen<sup>1547</sup> oder nur Anknüpfungsfragen<sup>1548</sup> oder sonst ein berechtigtes Interesse darstellen.<sup>1549</sup> Nicht zur Sache gehörende Fragen sind nur solche, die den Prozessstoff überhaupt nicht – weder mittelbar noch unmittelbar – berühren.<sup>1550</sup> Fragen, die für die Entscheidung „ohne Bedeutung“ sind (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO), sind damit noch nicht „ungeeignet“ im Sinne des § 241 Abs. 2.<sup>1551</sup> Ungeeignet sind Fragen, die prozessfremden Zwecken dienen,<sup>1552</sup> so wenn in unsachlicher Weise durch die Befragung eine „Show“ inszeniert oder eine bestimmte Person unnötig bloßgestellt werden soll.<sup>1553</sup> Hypothetische Fragen an einen Zeugen sind im Allgemeinen nicht zulässig, weil sie sich nicht auf Tatsachen beziehen und der Zeuge sie deshalb nicht beantworten kann; sie können aber in Ausnahmefällen zulässig sein.<sup>1554</sup> Ähnliches gilt für Fragen nach Werturteilen; sie können manchmal für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Befragten aufschlussreiche Antworten produzieren. Die in allen Fällen unzulässiger Zurückweisung eingelegte Revision wird immer scheitern müssen, wenn kein **Gerichtsbeschluss** erwirkt worden ist (§§ 242, 238 Abs. 2, 338 Nr. 8 StPO).<sup>1555</sup> Durch diese Säumnis wird der Mangel geheilt (→ Rn. 409). Aus dem Wesen des Fragerechts folgt auch, dass niemand sich über die Unvollständigkeit einer Vernehmung beklagen kann, der sie durch eigene Befragung oder bei Ablehnung durch einen Beweisantrag hätte komplettieren können. Das Beweis-

<sup>1539</sup> Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 240 Rn. 9.

<sup>1540</sup> BGH NStZ 1982, 159; bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1983, 209; RGSt 18, 365 (367).

<sup>1541</sup> Dazu OLG Karlsruhe NJW 1978, 436.

<sup>1542</sup> BGHSt 15, 161.

<sup>1543</sup> BGH GA 1958, 305.

<sup>1544</sup> BayObLG JR 1964, 389 m. zust. Anm. Peters.

<sup>1545</sup> Zu Ausnahmen vgl. zB BGHR § 24 1, II Zurückweisung 2; BGHR § 241 II Zurückweisung 4.

<sup>1546</sup> Dabs, Handbuch, Rn. 526 f.

<sup>1547</sup> RGSt 44, 41.

<sup>1548</sup> Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 241 Rn. 15; Dabs, Handbuch, Rn. 528.

<sup>1549</sup> BGHSt 2, 284 (290).

<sup>1550</sup> BGHSt 2, 284 (287).

<sup>1551</sup> BGH NStZ 1984, 133.

<sup>1552</sup> Peters JR 1964, 390.

<sup>1553</sup> BGHSt 2, 284 (287); RGSt 66, 14.

<sup>1554</sup> KK-StPO/Schneider StPO § 241 Rn. 10.

<sup>1555</sup> BGH NStZ 2005, 222; Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 241 Rn. 23.

antragsrecht verbleibt dem Betroffenen in jedem Falle. Auch kann Raum für eine Aufklärungsrüge entstanden sein (→ Rn. 326).

Der Gerichtsbeschluss, durch den eine Frage zurückgewiesen wird, ist **protokollpflichtig** (§§ 273, 274 StPO) und bedarf der **Begründung**, damit der Angeklagte seine weitere Verteidigung darauf einrichten kann und dem Revisionsgericht die rechtliche Nachprüfung ermöglicht wird.<sup>1556</sup>

**Großzügigkeit** und **Toleranz** in Gestaltung und Ausübung der Fragerechte sind Kennzeichen eines fairen Verfahrens. Loyalität und Geschick des Verteidigers sowie prozessgerechtes ruhiges Verhalten der Frageberechtigten werden unerfreulichen Streit und manche daraus resultierenden Revisionen vermeiden helfen.

- 324 – **Erklärungsrechte.** Den Prozessbeteiligten stehen in der Hauptverhandlung nach Maßgabe der entsprechenden Bestimmungen verschiedene **Erklärungsrechte** zu. Sie können ein wirksames Mittel sein, ihre der Sachaufklärung dienende Mitwirkung am Prozessgeschehen zu sichern. Das Recht besteht für den Angeklagten, seinen Verteidiger sowie für den Staatsanwalt (§ 257 Abs. 1, 2 StPO).

Obwohl das Erklärungsrecht des Angeklagten nach jedem Einzelakt der Beweisaufnahme im Gesetz (§ 257 Abs. 1 StPO) als Soll-Vorschrift ausgestaltet ist, kann nach heute herrschender Meinung seine Verletzung die **Revision** begründen.<sup>1557</sup>

Das gilt jedenfalls dann, wenn eine dem Schutz des Angeklagten dienende Vorschrift versetzt ist, zB das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) oder er sonst in seiner Verteidigung durch einen prozessual gewichtigen Verstoß verletzt ist und ein Gerichtsbeschluss nach § 238 Abs. 2 StPO herbeigeführt oder ihm dazu keine Gelegenheit gegeben worden ist.<sup>1558</sup> Das Gegenargument, alle Erklärungen könnten im Schlussvortrag nachgeholt werden, überzeugt nicht, weil durch eine sofortige Intervention nicht nur die sich während der Beweisaufnahme entwickelnde und fortschreitende Überzeugungsbildung der Richter, sondern nicht selten auch die Zielrichtung der Beweiserhebung beeinflusst werden kann, was durch spätere Beseitigungsanträge oder den Schlussvortrag nicht mehr möglich ist.<sup>1559</sup> Das Tatgericht soll allerdings nicht verpflichtet sein, zB in Erwiderung auf eine Erklärung der Verteidigung nach § 257 Abs. 2 StPO sich etwa zu seinem (anderen) Verständnis von Inhalt und Bedeutung einzelner Beweiserhebungen zu äußern.<sup>1560</sup>

Die **Revisionsrüge** der Verletzung des § 257 StPO wird freilich wegen der Schwierigkeiten des Beweises der abgegebenen Erklärung (die nicht unter § 273 StPO fallen soll<sup>1561</sup>) und des **Kausalnachweises** zwischen Rechtsfehler und Urteil eine verfahrensprägende Kraft nur entfalten können, wenn eine Art „Beweisvermutung“ für das Beruhen streitet, die nur unter besonderen Umständen widerlegt werden kann.<sup>1562</sup> Allerdings erscheint ein überzeugender Unterschied zur Verletzung der Äußerungsrechte in Einlassung, Schlussvortrag und letztem Wort nicht begründbar; auf den Zeitpunkt kann es deshalb angesichts des dynamisch wachsenden Erkenntnisvorganges nicht entscheidend ankommen.

<sup>1556</sup> BGH NStZ-RR 2001, 138; BGHR § 241 II Zurückweisung 3; KK-StPO/Schneider StPO § 241 Rn. 1 m. N.; zum Missbrauch des Fragerechts KK-StPO/Schneider StPO § 241 Rn. 15 m. N.

<sup>1557</sup> Vgl. BGH NStZ 2007, 234; Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 257 Rn. 9; Hobmann StraFO 1999, 157; LR-Stuckenberg § 257, Rn. 37 m. w. N.; Burkhard StV 2004, 397; auch schon Hammerstein, FS Rebmann (1989), S. 233 (236), KK-Diemer StPO § 257 Rdnr. 5.

<sup>1558</sup> Vgl. BGHSt 29, 18, 20; KK/Kuckein StPO § 337 Rn. 13 m. N.

<sup>1559</sup> Meyer-Göfner Schriftenreihe DAV, Bd. 3, 1986, S. 122 ff.

<sup>1560</sup> BGHR § 257 Erklärungsrecht 1.

<sup>1561</sup> BGH StV 1994, 468 m. Anm. Schlothauer (Sacheinlassung im Rahmen von § 257).

<sup>1562</sup> Vgl. zum Widerspruch gegen die Verwertung eines Beweismittels bis zum Zeitpunkt des § 257 und dem notwendigen Revisionsvortrag neben BGHSt 38, 214 auch OLG Schleswig B. v. 24.6.2010 – 1 Ss OWi 88/10, zit. nach juris DR-VerkR 1/2011 m. Anm. Kronberger.

– **Anordnung der Schriftform.** Das Gericht kann den Verfahrensbeteiligten aufgeben, 325  
Anträge und Verfahrensanregungen schriftlich zu stellen (§ 257a StPO).<sup>1563</sup> Die revisionsrechtliche Bedeutung der (auch fehlerhaften<sup>1564</sup>) 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 Abs. 2, 338 Nr. 8 StPO) über die Anordnung herbeizuführen.

**gg) Verletzung der Aufklärungspflicht.**

**Lit:** *Bauer*, Die alternative Rüge gemäß §§ 244 Abs. 2, 261 StPO, NStZ 2000, 72; *Eisenberg*, Beweisrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 1 ff., 6 ff.; *Hebenstreit*, Gedanken zur Alternativrüge, FS Widmaier, 2008, S. 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; *Schlothauer/Weider*, Verteidigung im Revisionsverfahren, 2. Aufl. 2013, S. 864 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 Abs. 2 StPO) ist die Grundlage zahlreicher 326  
Revisionsangriffe. Das ist verständlich. Diese Pflicht ist eine der wichtigsten Grundlagen des Strafprozesses.<sup>1565</sup>

Sie nötigt das Gericht, ohne Beweisanträge der Beteiligten<sup>1566</sup> von Amts wegen die Beweisaufnahme auf alle zur Erforschung der Wahrheit bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken,<sup>1567</sup> soweit nicht Schätzklauseln eingreifen.<sup>1568</sup> 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.<sup>1569</sup> 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 (vorerst) erlangten Überzeugung weitere erkennbare Beweismittel zu nutzen. In besonderem Maße gilt dies dann, wenn Aussage gegen Aussage steht und objektive Beweisanzeichen fehlen.<sup>1570</sup> 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.<sup>1571</sup> Das wird aus der Sicht des Revisionsgerichts anhand aller sachdienlichen Prozessumstände nachgeprüft.<sup>1572</sup> 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

<sup>1563</sup> Zur teleologischen Reduktion der Vorschrift *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 257a Rn. 2f.

<sup>1564</sup> Dazu *KK-StPO/Diemer* StPO § 257a Rn. 5 ff.

<sup>1565</sup> BVerfGE 33, 367 (383); BGH NStZ 1984, 36 (37 f.).

<sup>1566</sup> Vgl. dazu BGH NStZ 2011, 371.

<sup>1567</sup> Vgl. nur *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 244 Rn. 10 ff. m. zahlr. Nachw.; *Maul*, FS Peters, 1984, S. 47.

<sup>1568</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 244 Rn. 14 ff.; vgl. auch *Hofmann* StraFo 2003, 70; *Krause* StraFo 2002, 249.

<sup>1569</sup> BGH bei *Miebach* NStZ 1988, 447; BGHSt 23, 176 (187); vgl. BGH StV 2002, 350; *KK-StPO/Krebl* StPO § 244 Rn. 36 ff.

<sup>1570</sup> BGH NStZ-RR 2003, 314.

<sup>1571</sup> BGH bei *Miebach* NStZ 1988, 447 m. N.

<sup>1572</sup> BGH NStZ 1985, 324; 1983, 34.

unterstellen (→ Rn. 355 ff.) solange eine Aufklärung möglich ist.<sup>1573</sup> 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 Beweismaterials beruht.<sup>1574</sup> 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 Abs. 5 StPO – auch die Ladung ausländischer Zeugen oder deren Vernehmung im Ausland,<sup>1575</sup> wenn ihre Anschrift bekannt oder zu ermitteln ist (→ Rn. 349 f.). Ist die Verlesung von Urkunden nach § 249 ff. StPO zulässig (→ Rn. 301 ff.), so kann trotzdem die Aufklärungspflicht die Vernehmung des Ausstellers oder von Verhörpersonen gebieten.<sup>1576</sup> Ob die Prozessbeteiligten einschließlich der Staatsanwaltschaft die Beweisaufnahme als erschöpft ansehen wollen oder der Angeklagte sogar einem Entlastungsbeweis widerspricht, ist irrelevant.<sup>1577</sup> Auch Wahlfeststellungen dürfen nicht sein, solange Aufklärung möglich ist. Andererseits braucht das Gericht keinen Beweis zu erheben, von dem es sich nichts verspricht;<sup>1578</sup> ebenso braucht es bei schweigendem Angeklagten nicht allen denkbaren, jedoch ganz unwahrscheinlichen Fallvarianten nachzugehen.<sup>1579</sup> Insofern 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.<sup>1580</sup> 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 Zeugen<sup>1581</sup> oder die erneute Vernehmung eines bereits entlassenen Zeugen<sup>1582</sup> unterlassen, auch wenn die Urteilsgründe dazu schweigen.<sup>1583</sup> Erhebliche Widersprüche zwischen den Aussagen eines Zeugen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung können aber die Notwendigkeit entsprechender **Vorhalte** oder Verlesungen nach § 253 Abs. 1 StPO begründen; hier kann auch ausnahmsweise die Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht wegen Nichtausschöpfung eines Beweismittels gerechtfertigt sein;<sup>1584</sup> dasselbe gilt, wenn sich den Urteilsgründen entnehmen lässt, dass ein Zeuge zu einer wesentlichen Frage nicht vernommen worden ist<sup>1585</sup> oder Widersprüche zwischen dem in der Hauptverhandlung erstatteten Sachverständigengutachten und dem vorläufigen Gutachten bestehen<sup>1586</sup> (vgl. i. E. → Rn. 362 ff.).

Die Aufklärungspflicht berührt sich mit dem Grundsatz der freien **Beweiswürdigung** (§ 261 StPO) dies soll aber nicht bedeuten, dass bei Widersprüchen zwischen Akten und Urteilsinhalt eine „**Alternativrüge**“ der Verletzung des § 244 Abs. 2 StPO oder des § 261 StPO erhoben werden kann<sup>1587</sup> und das Revisionsgericht auf der Grundlage der alternati-

<sup>1573</sup> BGHSt 13, 326; RGSt 47, 417 (424).

<sup>1574</sup> BGH NStZ 2009, 467.

<sup>1575</sup> Vgl. BGH NStZ 2006, 713; 2004, 99; KK-StPO/Krehl StPO § 244 Rn. 208 ff.

<sup>1576</sup> BGHSt 9, 230 (300); GA 1955, 178.

<sup>1577</sup> Vgl. Meyer-Götsner/Schmitt StPO § 244 Rn. 12 ff.

<sup>1578</sup> Aus der umfangreichen Rspr. vgl. BGHSt 14, 339 (342); RGSt 54, 181; 56, 134.

<sup>1579</sup> BGHSt 25, 365 (367).

<sup>1580</sup> BGH VRS 6, 48.

<sup>1581</sup> BGH NStZ 2000, 156 f.; BGHSt 4, 125, 126; 17, 351 f.; KK-StPO/Krehl § 244 Rn. 221.

<sup>1582</sup> Alsberg/Nüse/Meyer S. 96 m. N.

<sup>1583</sup> BGH NJW 1992, 2840.

<sup>1584</sup> BGH StV 1991, 337; BGHSt 17, 351.

<sup>1585</sup> BGH bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1985, 13 f.

<sup>1586</sup> BGH NStZ 1991, 448.

<sup>1587</sup> BGH NStZ 2007, 115; 1992, 506; offen gelassen in BGH bei Kusch NStZ-RR 1998, 263; zur Alternativrüge i. Ü. Hebenstreit, FS Widmaier, 2008, S. 267.

ven Rüge oder „**prozessualen Wahlfeststellung**“<sup>1588</sup> (→ Rn. 259) die Verletzung einer der beiden Normen feststellen kann.<sup>1589</sup> Wenn sich das Gericht ohne Vorbehalt überzeugt hat, liegen ihm weitere Beweiserhebungen fern, wenn sie nicht beantragt werden. So sind besondere Ermittlungen 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 StPO verlesen worden ist, nicht ohne nochmalige Vernehmung anders beurteilt werden als in der Vorinstanz.<sup>1590</sup> Überhaupt kann die Aufklärungspflicht die erneute Vernehmung der Zeugen in der Berufung gebieten, obwohl die Staatsanwaltschaft, Verteidiger und Angeklagter mit der Verlesung nach § 325 StPO einverstanden sind (→ Rn. 486). Schließlich ist auch die (wiederholte<sup>1591</sup>) Anhörung von Sachverständigen oder weiteren Sachverständigen<sup>1592</sup> 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.<sup>1593</sup> 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. 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:** *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; *Michalke*, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 5. Aufl., 2010, S. 526 ff.; *Burgard/Fresemann*, Der Beweisantrag bezüglich einer vom Zeugen zu bekundenden Negativtatsache, wistra 2000, 88; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. 2015, 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 „Fristen-

<sup>1588</sup> *Bauer* NStZ 2000, 72.

<sup>1589</sup> BGHSt 43, 212 (216); StV 1988, 138; 1989, 423.

<sup>1590</sup> BGH NJW 1951, 283; BayObLG StV 1992, 152; OLG Zweibrücken StV 1992, 153; KK-StPO/Paul StPO § 325 Rn. 11.

<sup>1591</sup> OLG Zweibrücken StV 2000, 126.

<sup>1592</sup> BGH NStZ 1991, 383; 1991, 80; vgl. auch BGH StV 2007, 19.

<sup>1593</sup> Vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt* StPO § 244 Rn. 10 ff.; KK-StPO/*Krebl* StPO § 244 Rn. 42 ff.

lösungsmodell“ – Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Fremdkontrolle im Beweisantragsrecht, StV 2009, 663; *ders.*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Beweisantragsrechts der Verteidigung im deutschen Strafprozess, FS Hassemer, 2010, S. 1029; *Johnigk*, Der Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen (§ 244 Abs. 5 S. 2 StPO), FS Rieß, 2002, S. 197; *Kempf*, Der (zu) späte Beweisantrag, StraFo 2010, 316; *Krekeler*, Einschränkungen des Beweisantragsrechts durch Umdeutung von Beweisanträgen in Beweisanregungen, Schriftenreihe DAV, Bd. 7, 1991, S. 137; *Meyer-Göfner*, Fehlerhaft beschiedene Beweisanträge, Erfolgchancen von Aufklärungsrügen – Aufklärungspflicht des Gerichts, Aufklärungsbereitschaft der Verteidigung, Schriftenreihe DAV, Bd. 3, 1986, S. 122.; *Meyer-Göfner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl., 2014, → Rn. 347 f.; *Michalke*, Noch einmal: „Hilfsbeweisantrag – Eventualbeweisantrag – bedingter Beweisantrag“, StV 1990, 184; *Mosbacher*, Zur Bescheidung auf Beweiserhebung gerichteter Anträge, NStZ-Sonderheft f. Miebach, 2009, 20; *Heinz-Rudolf Müller*, Zur Aufklärungspflicht bei Wahrunterstellung, GS K. H. Meyer, 1990, S. 285; *Niemöller*, Bedingte Beweisanträge im Strafverfahren, JZ 1992, 884; *ders.*, Negativbehauptungen als Gegenstand strafprozessualer Beweisanträge, StV 2003, 687; *Pauly*, Beweisanträge auf Vernehmung von Richtern, FS ARGE Strafrecht, 2009, 731; *Scheffler*, Der Hilfsbeweisantrag und seine Bescheidung in der Hauptverhandlung, NStZ 1989, 158; *ders.*, Beweisanträge kurz vor oder während der Verkündung des Strafurteils, MDR 1993, 3; *Schlothauer*, Hilfsbeweisantrag – Eventualbeweisantrag – Bedingter Beweisantrag, StV 1988, 542; *Schlothauer/Weider*, Verteidigung im Revisionsverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 1371 ff.; *Hartmut Schneider*, Zum Kriterium der Konnexität im strafprozessualen Beweisantragsrecht, FS Eisenberg, 2008, 609; *Schrader*, Der Hilfsbeweisantrag – Ein Dilemma, NStZ 1991, 224; *Schweckendieck*, Die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht – eine zu wenig genutzte Möglichkeit?, NStZ 1991, 109; *ders.*, Bedeutungslosigkeit und Wahrunterstellung – ein Gegensatz?, NStZ 1997, 257; *Strate*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Beweisantragsrechts, Schriftenreihe DAV, Bd. 9 (1992), S. 80; *Trück*, Die Rechtsprechung des BGH zur Ablehnung von Beweisanträgen auf Vernehmung eines Sachverständigen, NStZ 2007, 377; *Widmaier*, Der Hilfsbeweisantrag mit „Bescheidungsklausel“, FS Salger, 1995, S. 421; *ders.*, Quo vadis, Revision?, StraFo 2010, 310.

Vgl. insbesondere auch die lfd. Publikationen der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht von *Cierniak/Zimmermann* in NStZ-RR 2014, 97, 129, 165 sowie *Müller/Schmidt*, Aus der Rechtsprechung zum Recht der Strafverteidigung 2012, NStZ 2013, 328.

- 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 Beweisantragsrechts 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 Abs. 3 bis Abs. 6, § 245 Abs. 2 StPO) kommen in Betracht, soweit das Gericht nicht von Amts wegen im Rahmen seiner Aufklärungspflicht die Beweise erhebt (§ 244 Abs. 2 StPO) (→ Rn. 314), wozu auch die Benutzung der präsenten Beweismittel (§ 245 Abs. 1 StPO) (→ Rn. 370 ff.) gehört.

In der Praxis ersucht der Vorsitzende regelmäßig um **schriftliche Formulierung** des Beweisantrages. Darauf besteht aber (außerhalb des § 257a StPO)<sup>1594</sup> kein Anspruch. Andererseits hat der Antragsteller kein Recht auf Diktat des Wortlauts in das Protokoll,<sup>1595</sup> wenn auch der Antrag nach § 273 Abs. 1 StPO protokolliert werden muss. Die schriftliche Formulierung, die zweckmäßigerweise (insbesondere im Hinblick auf eine evtl. Revision) stets erfolgen sollte, ist vom Antragsteller inhaltlich vorzutragen, wenn das Gericht nicht darauf verzichtet.<sup>1596</sup> Die **absolute Beweiskraft** des Protokolls (§ 274 StPO) erfasst nur den Beweisantrag als solchen, nicht eine etwa gegebene Begründung.<sup>1597</sup>

<sup>1594</sup> Vgl. dazu KK-StPO/Krehl StPO § 244 Rn. 86.

<sup>1595</sup> *Meyer-Göfner/Schmitt* StPO § 244 Rn. 32; KK-StPO/Krehl StPO § 244 Rn. 86.

<sup>1596</sup> BGH NJW 1953, 35; KK-StPO/Krehl StPO § 244 Rn. 85.

<sup>1597</sup> BGH NStZ 2000, 437.