

Die Herabstufung des Beweisantrags zum Beweisermittlungsantrag

– Eine Betrachtung im Spiegel des Konnexitätserfordernisses –

I. Einleitung

Der Beweisantrag ist ein wichtiges Instrument des Angeklagten und seines Verteidigers, um Einfluss auf die gerichtliche Sachaufklärung zu nehmen und so dem Verfahrensziel der Wahrheitsfindung näher zu kommen. Obwohl im deutschen Strafprozess der Amtsermittlungsgrundsatz gilt und das Gericht verpflichtet ist, von sich aus und gerade ohne Antrag alle erforderlichen Beweise zu erheben, erfüllt das daneben bestehende Beweisantragsrecht vor allem für die Verteidigung eine elementare Funktion. Es soll die verfahrensbedingte Schwäche eines inquisitorischen Strafprozesses kompensieren, in dem die Aufgaben der Tatsachenermittlung und Tatsachenbewertung in der Hand des Gerichts vereinigt sind.¹ Denn die genannte Aufgabenkumulation in Personalunion birgt eine nicht zu unterschätzende, „systemspezifische Fehlurteilsgefahr“.² Diese hat ihre Ursache darin, dass das Gericht seine Meinung über die Beweislage nicht gleichsam punktuell am Schluss der Beweisaufnahme bildet, sondern sie im Fortlauf der Hauptverhandlung in einem länger andauernden Prozess entwickelt. Dies kann dazu führen, dass das Gericht den Sachverhalt für aufgeklärt und weitere Beweiserhebungen für unnötig erachtet. Hier erhält das Beweisantragsrecht seine wichtige Aufgabe: Es soll das Gericht im Grundsatz verpflichten, unabhängig vom bisherigen Beweisergebnis und unabhängig von der prognostischen Einschätzung des Beweiswertes des benannten Beweismittels dem Begehren des Antragstellers nachzukommen, um so einer vorurteilsbedingten Einengung der Beweisaufnahme entgegenzuwirken. Dadurch

¹ Siehe *Tenorth-Sperschneider*, Zur Strukturellen Korrespondenz zwischen den gesetzlichen Ablehnungsgründen nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO und den Anforderungen an einen zulässigen Beweisantrag.

² *Perron*, JZ 1994, 823, 830 mit Fn 72.

wird – wie Hamm/Hassemer/Pauly treffend formulieren – „die Suche nach Wahrheit ... auf mehrere Wahrnehmende verteilt.“³

Der Antragsteller kann aber von vornherein nur dann das Gericht zur Beweiserhebung zwingen, wenn sein Beweisbegehren auch als Beweisantrag behandelt wird. Nur dann besteht ein grundsätzlicher Beweiserhebungsanspruch, von dem das Gericht nur in den engen Grenzen der gesetzlichen Ablehnungsgründe suspendiert ist. Liegt demgegenüber ein bloßer Beweisermittlungsantrag vor, kann das Gericht nach gängiger Rechtspraxis von einer Beweisaufnahme schon dann absehen, wenn nach der verständigen Würdigung des Tatrichters keine „begründeten Zweifel“ an der Richtigkeit des bisherigen Beweisergebnis bestehen, wenn sich also – anders ausgedrückt – eine weitere Beweisaufnahme nicht aufdrängt. Die Aufklärungspflichten aufgrund des Beweisantragsrechts und des Amtsermittlungsgrundsatzes sind damit nicht identisch.⁴

Vor diesem Hintergrund kommt der Abgrenzung von Beweisanträgen und Beweisermittlungsanträgen eine wichtige Bedeutung zu. Dies auch deshalb, weil Tatgerichte bisweilen die Neigung haben, lästig empfundene Beweisbegehren zu bloßen Beweisermittlungsanträgen herabzustufen, um sie ohne größeren Begründungsaufwand abschlägig erledigen zu können. Dies, so wird behauptet, sei auch ein wirksames Mittel, einer missbräuchlichen Verwendung des Beweisantragsrechts zu begegnen.⁵

Die Herabstufung eines förmlichen Beweisbegehrens zum Beweisermittlungsantrag setzt dabei voraus, dass ein Defizit an mindestens einem Element des Beweisantrags besteht. In Gefahr geraden hierbei solche Anträge, die eine strukturelle oder formulierungsbedingte Schwäche aufweisen. Blickt man auf die Elemente des Beweisantrags, so zeigen sich traditionelle und neuere Bestandteile.

³ Beweisantragsrecht (2000), Rn 30.

⁴ A. A. die sog. Identitätslehre: etwa *Wessels*, JuS 1969, 1, 3 f.; *Köhler*, Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung (§ 245 StPO), 1979, 27.

⁵ *Büniger*, NStZ 2006, 305, 308; *Senge*, NStZ 2002, 225, 229.

II. Die Elemente des Beweisantrags

1. Traditionelle Elemente

Unter einem Beweisantrag versteht man das Verlangen eines Prozessbeteiligten, Beweis über eine die Schuld- oder Rechtsfolgefrage betreffende Tatsache durch ein nach der Strafprozessordnung zulässiges Beweismittel zu erheben. Er enthält demnach traditionell zwei Hauptelemente: eine bestimmte Beweisbehauptung und ein bestimmtes Beweismittel. Beide Erfordernisse bieten Angriffsflächen für Defizite.

2. Zusätzliche Elemente nach neuerer Rechtsprechung

Neben diesen beiden klassischen Beweisantragselementen verlangt die Rechtsprechung schon seit geraumer Zeit zusätzliche Voraussetzungen. Zu diesen „Anreicherungen“, wie *Herdegen* die Entwicklung in der Rechtsprechung nennt, gehört seit einer grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1993 vor allem die Konnexität. Mit diesem von *Widmaier* in die Diskussion eingeführten und von der Rechtsprechung rezipierten Begriff ist die Beziehung des Beweismittels zur Beweisbehauptung gemeint, die bei dem praktisch bedeutsamen Zeugenbeweis in der Erklärung des Antragstellers gesehen wird, warum der Zeuge zur Beweisbehauptung überhaupt Angaben machen könne. Dieser Zusammenhang soll sich nach der Rechtsprechung in manchen Fällen von selbst verstehen können, legt aber in der Regel dem Antragsteller eine Darlegungslast auf.

Daneben spielt in der Rechtsprechung auch ein älterer, mit der Konnexitätsfrage aufs Engste verknüpfte Gesichtspunkt eine Rolle. Die Judikatur hat schon früh die Forderung aufgestellt, dass ein Beweisantrag eine Mindestplausibilität dergestalt besitzen müsse, dass die Einschätzung des Antragstellers erkennbar werde, die Beweisbehauptung könne durch das benannte Beweismittel wenigstens bestätigt werden. Anträge, die dem nicht genügen und ersichtlich aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein gestellt sind, werden nicht als Beweisanträge behandelt, sondern allenfalls als Beweismitt-

lungsanträge. Diese ältere Rechtsprechungslinie, die gleichsam schon immer eine Art Grundkonnex verlangt hatte, ist von der Konnexitäts-Rechtsprechung im engeren Sinne überholt worden, wengleich auch neuere Entscheidungen immer wieder auf den Gesichtspunkt der Antragstellung „ins Blaue hinein“ abheben.

Vor allem die neuere Konnexitäts-Rechtsprechung hat den Tatgerichten die Möglichkeit eröffnet, in weiterem Umfang als bisher Beweisbergehren zu Ermittlungsanträgen zu degradieren. Kritiker spreche hier von der Schaffung eines neuen außergesetzlichen Ablehnungsgrundes.⁶ Ihren Ausgangspunkt nahm diese Rechtsprechung in einer Entscheidung, in der es um den Beweis einer sog. negativen Tatsache ging.⁷ Dort wurde zwar der Begriff der „Konnexität“ noch nicht verwendet, die weitere Entwicklung aber entscheidend angestoßen. Noch heute bildet der Beweis von Negativtatsachen einen bedeutsamen Ausschnitt der Konnexitäts-Rechtsprechung. Hier fragt sich, ob es gerade die besondere Eigenart von Anträgen zum Beweis negativer Tatsachen ist, die eine nähere Darlegung des Zusammenhangs von Beweismittel und Beweisbehauptung verlangt. Möglicherweise lassen sich dadurch Rückschlüsse auf ein allgemeines Erfordernis der Konnexität ziehen. Deshalb soll der Blick im Rahmen der Herabstufungsgründe zunächst auf die Problematik der Negativtatsachen gerichtet werden.

⁶ *Herdegen*, in: FS Gössel, 2002, 529.

⁷ BGHSt 39, 251.

III. Herabstufungsgründe im Zusammenhang mit der Konnexität

1. Der Beweis von „Negativtatsachen“ als Wegbereiter der Konnexitäts-Rechtsprechung

Unter das verkürzende Schlagwort „Negativtatsachen“⁸ werden Beweisbehauptungen subsumiert, die eine negativ formulierte Aussage über einen Sachverhalt enthalten. Hierher gehört etwa die in das Wissen des Zeugen gestellte Behauptung, der Angeklagte sei nicht zur fraglichen Zeit am Tatort gewesen, habe das Opfer nicht beleidigt oder nicht geschlagen.⁹ Über die juristische Bewertung von Beweisbegehren mit derartigen Beweisbehauptungen besteht keine Einigkeit.

a) Meinungsstand

Die Rechtsprechung sieht in Beweisbegehren, die auf negative Umstände gerichtet sind, grundsätzlich keine Beweisanträge, sondern bloße Beweisermittlungsanträge oder Beweisanregungen.¹⁰ Sie macht davon jedoch Ausnahmen, deren genaue Voraussetzungen noch nicht abschließend geklärt sind. So soll ein auf eine negative Beweisbehauptung gerichteter Beweisantrag bei „einfach gelagerten Abläufen“ oder dann zulässig sein, wenn es um die Aussage „über ein unmittelbar tatbestandserhebliches Geschehen“ gehe.¹¹ Das Schrifttum ist der Rechtsprechung überwiegend gefolgt. Als Grund für die verweigerte Beweisantragsqualität von Beweisbegehren, die negativ formulierte Beweisbehauptungen enthalten, wird häufig deren fehlende Bestimmtheit genannt.¹² Die neuere Rechtsprechung verneint das Vorliegen eines Beweisantrags

⁸ Dazu *Hamm/Hassemer/Pauly*, *Beweisantragsrecht* (2000), Rn 98 ff. ; *Niemöller*, *StV* 2003, 687.

⁹ *BGH* *NStZ* 1999, 362.

¹⁰ *BGH* *NStZ-RR* 2005, 78; *Beulke*, *JuS* 2006, 597.

¹¹ *BGH* *NStZ* 1999, 362.

¹² *Beulke*, *JuS* 2006, 597; *Meyer-Gößner*, *StPO*, § 244 Rn 20.

wegen der „Notwendigkeit der Trennung von Beweistatsache und Beweisziel“.¹³ „Soll aus den Wahrnehmungen des Zeugen auf ein bestimmtes weiteres Geschehen geschlossen werden“, so der Bundesgerichtshof wörtlich, „ist nicht dieses weitere Geschehen, sondern nur die Wahrnehmung des Zeugen tauglicher Gegenstand des Zeugenbeweises“.¹⁴ Im Fall negativer Tatsachen betrachtet das Gericht demnach ersichtlich den Umstand, dass etwas nicht der Fall war, als Schlussfolgerung und nicht als unmittelbare Wahrnehmung des Zeugen.

Demgegenüber wird im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten, auch „Negativtatsachen“ könnten grundsätzlich unmittelbar zum Gegenstand eines Beweisantrags gemacht werden.¹⁵ Begründet wird dies vor allem damit, dass derjenige, der etwas positiv Geschehenes unmittelbar wahrnehme, dadurch zugleich implizit das damit verbundene Nicht-Geschehene in seine Beobachtung aufnehme.¹⁶ Auch Negativtatsachen unterlägen daher der Wahrnehmung des Zeugen.

Welche Auffassung ist zutreffend?

b) Überlegungen zur Problemlösung

Überlegungen zur Problemlösung müssen von dem besonderen Gegenstand einer Beweisbehauptung mit negativer Aussage ausgehen: dem Sachverhalt, der nicht geschehen ist. Kann denn, so drängt sich zu fragen auf, etwas Nicht-Geschehenes überhaupt eine Tatsache sein?

Die Antwort lautet „Ja!“. Ein Umstand, der nicht vorliegt, ist ebenso etwas Reales wie ein Umstand, der positiv vorhanden ist. Im Strafrecht kennt man einen parallelen Sachverhalt beim Unterlassungsdelikt. Hier knüpft sogar die Strafbarkeit an etwas

¹³ BGH NStZ-RR 2005, 78

¹⁴ BGHSt 39, 251, 253.

¹⁵ So neuerdings vor allem Niemöller, StV 2003, 667.

¹⁶ Hamm/Hassemer/Pauly, Beweisantragsrecht, 2000, Rn 103.

nicht Getanes an, nämlich an die Handlung, die vom Recht erwartet, vom Garanten aber unterlassen worden ist. Dieses Unterlassen ist ersichtlich nicht etwa ein bloßes Nichts, sondern etwas real Existierendes, das als negative Bedingung richtigerweise sogar ursächlich für einen Erfolg sein kann.

Ist es jedoch möglich, so wird ein Zweifler weiter fragen, dass eine negative Tatsache hinreichend bestimmt für eine Beweisbehauptung ist?

Auch hier lautet die Antwort „Ja!“ Sie ist es unter den gleichen Voraussetzungen wie eine positive Beweisbehauptung.¹⁷ Nehmen wir den Fall eines Beweisbegehrens, das darauf gerichtet ist, durch einen Zeugen zu beweisen, „dass der Angeklagte zur fraglichen Zeit nicht am Tatort gewesen ist“. Ein solches Begehren wird von der h.M. mangels hinreichend bestimmter Beweisbehauptung nicht als Beweisantrag, sondern als bloßer Beweisermittlungsantrag angesehen.¹⁸ Aber ist diese Begründung richtig?

Nehmen wir an, Zeit und Ort des Geschehens sind genau umschrieben. Der Antrag lautet demnach im Einzelnen etwa wie folgt: „Zum Beweis der Tatsache, dass der Angeklagte in der Zeit von 19.00 bis 19.30 nicht im Nebenzimmer des Restaurants X gewesen ist, wird Beweis beantragt durch Vernehmung des Zeugen Y.“ Der als Tatsache anzusehende Umstand, dass der Angeklagte nicht anwesend war, wird durch die raumzeitliche Koordinaten sehr präzise umschrieben. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb die Beweisbehauptung zu unbestimmt sein sollte. Sie ist im Hinblick auf die verurteilungsrelevante Frage nach einer möglichen Täterschaft des Angeklagten nicht unbestimmter als etwa die für bestimmt genug erachtete Behauptung, der Angeklagte sei zum Tatzeitpunkt in einer anderen Stadt gewesen. Im Gegenteil: Durch die genaue Angabe des Tatortes und des Zeitrahmens sind die raumzeitlichen Koordinaten des unter Beweis gestellten negativen Umstandes sogar enger gezogen als in der genannten positiven Behauptung. Bei der Bestimmtheit der Beweisbehauptung ist die Problematik der „negativen Beweistatsachen“ ersichtlich unrichtig lokalisiert. Wo aber genau gehört sie hin?

Die Suche nach einer Antwort muss von den Eigenarten negativer Beweisbehauptungen ausgehen.

¹⁷ Zutreffend Niemöller, StV 2003, 687, 696); zst. Meyer-Goßner, § 244 Rn 20.

¹⁸ Beulke, JuS 2006, 597.

Die erste Eigenart von Beweisbehauptungen mit negativen Aussagen liegt darin, dass sie über das Bild der Wirklichkeit nur sehr begrenzt Auskunft geben. Wenn ich etwa behaupte, dass ich jetzt exakt zu dieser Zeit nicht auf dem Heidelberger Schloss bin, dann ist zwar die Aussage inhaltlich recht genau bestimmt (nach Zeit und Ort), sie liefert aber naturgemäß kein Bild des positiven Geschehens. Offen bleibt vor allem, an welchem Ort ich mich tatsächlich aufhalte und was ich gerade mache, nämlich im Arthotel zu sein und einen Vortrag über Beweisanträge zu halten.

Diese naturgegebene Schwäche negativ formulierter Beweisbehauptungen kann als solche aber an der Beweisantragsqualität eines darauf gerichteten Beweisbegehrens richtigerweise nichts ändern. Geht es nämlich etwa um die Frage, ob der Angeklagte der am Tatort agierende Täter war, würde für einen gelungen Entlastungsbeweis gerade die Feststellung genügen, dass er zur Tatzeit nicht am Tatort war. Der genaue Ort, an dem er sich tatsächlich aufgehalten hat, müsste demgegenüber nicht festgestellt werden.

Die zweite Eigenart einer negativ formulierten Beweisbehauptung liegt in der erhöhten Schwierigkeit ihrer Beweisbarkeit im Rahmen des Zeugenbeweises. Dass der Angeklagte zur Tatzeit nicht am Tatort war, könnte mit Hilfe eines Zeugen in unmittelbarer Form nur so bewiesen werden, dass er die Lokalität während des gesamten in Betracht kommenden Tatzeitraums derart mit seinen Sinnen wahrgenommen hat, dass er den Angeklagten hätte bemerken müssen, wenn dieser anwesend gewesen wäre. Die Rechtsprechung hat nun aus diesem Umstand bisweilen gefolgert, dass der Zeuge aus eigener sinnlicher Wahrnehmung nur über das positiv Geschehene berichten könne, während die Nichtwahrnehmung eines Umstands grundsätzlich eine Schlussfolgerung und damit ein Beweisziel sei, das selbst nicht Gegenstand des Zeugenbeweises sein könne.

Diese Annahme ist in der geschilderten Allgemeinheit aber nicht überzeugend. Denn sie wird den erkenntnistheoretischen Abläufen nicht gerecht und verkürzt die Wahrnehmung des Zeugen gleichsam auf den rohen Input der Sinnesorgane. Dabei wird übersehen, dass jede Wahrnehmung bereits Schlussfolgerungen enthält. Wenn der Zeuge erklärt, er habe ein rotes Auto gesehen, dann hat er bereits aus den auf seine Netzhaut projizierten Formen und Farben des Objekts im Gehirn die Folgerung gezo-

gen, dass es sich dabei um ein Auto handelt. Nicht entscheidend anders verhält es sich aber dann, wenn der Zeuge aus seinen positiven Wahrnehmungsinhalten den Schluss zieht, etwas habe während deren Aufnahme in das Bewusstsein nicht stattgefunden. Auch ein solcher Schluss steht mit dem Wahrnehmungs-Input in unmittelbarem Zusammenhang, so dass er selbst einen Teil des Wahrnehmungsprozesses bildet. Auch was nicht geschieht kann demnach von einem Zeugen wahrgenommen werden.¹⁹ Das erkennt letztlich auch die Rechtsprechung an, wenn sie in Ausnahmefällen Beweisanträge über negative Tatsachen in den Beweisbehauptungen unbeanstandet lässt. Das zeigt ein im Dezember letzten Jahres entschiedener Fall, in dem es um einen Beweis Antrag ging, in dem in das Wissen eines Zeugen gestellt wurde, „dass der Angeklagte nicht mit einem der Täter eines der abgeurteilten Raubüberfälle identisch ist“.²⁰ Obwohl die Nicht-Identität des Angeklagten mit einem der Täter ein negativer Umstand und bei zerstückelnder Betrachtung bereits eine Schlussfolgerung aus der positiven Wahrnehmung „die Täter haben anders als der Angeklagte ausgesehen“ ist, hat der Bundesgerichtshof den Beweis Antrag anders als das Landgericht nicht beanstandet, ja das Problem eines negativen Umstandes noch nicht einmal angesprochen.

Bis hierher kann festgehalten werden: Die fehlende Wahrnehmungsmöglichkeit sog. „negativer Tatsachen“ steht einem darauf bezogenen Antrag auf Zeugenbeweis prinzipiell ebenso wenig entgegen wie das Bestimmtheitserfordernis. Dass Beweisbehauptungen mit negativen Aussagen aber dennoch als problematisch empfunden werden, hat einen anderen Grund. Bei ihnen liegt nämlich die Beziehung des Beweismittels zu der Beweisbehauptung häufig nicht so klar auf der Hand wie bei positiven Tatsachen. Das Problem liegt also bei der Frage der Konnexität.

Die Konnexitäts-Rechtsprechung hat denn auch ihren Ausgangspunkt nicht zufällig bei einem Fall genommen, in dem es um Beweisbehauptungen mit negativer Aussage ging. Die Verteidigung hatte unter anderem beantragt, eine Zeugin zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, dass „sich der Angeklagte in (einer bestimmten) Nacht nicht

¹⁹ Zutreffend *Niemöller*, StV 2003, 687, 692.

²⁰ Urteil v. 15.12.2005 – 3 StR 201/05.

in der Gaststätte F. aufgehalten und dort die Mitangeklagten (...) getroffen hat“.²¹ Der Bundesgerichtshof sah darin einen bloßen Beweisermittlungsantrag, weil nicht angegeben worden sei, was die Zeugin unmittelbar wahrgenommen habe. Die weiteren Ausführungen des Gerichts zeigen, wo die Schwäche eines solchen Antrags liegt. Hinsichtlich der negativen Aussage, die die Beweisbehauptung bildet, bleibt offen, ob auf eine unmittelbare Wahrnehmung der Zeugin (sie war in der Gaststätte und hat den Angeklagten nicht gesehen) oder auf eine bloße Schlussfolgerung (sie war zum fraglichen Zeitpunkt mit dem Angeklagten an einem anderen Ort) abgestellt wird. Im letzten Fall wäre die Folgerung, dass der Angeklagte dann nicht in der Gaststätte gewesen sei kann, in der Terminologie des Bundesgerichtshofs ein bloßes Beweisziel.

Aber auch aus anderen Gründen bleibt im Fall negativ formulierter Beweisbehauptungen oftmals in besonderem Maße ungewiss, wie der Zeuge das Nichtvorliegen eines Umstandes in sein Wissen aufnehmen konnte. Denn das würde nicht selten voraussetzen, dass er über einen größeren Zeitraum hinweg aufmerksam war und dadurch ein geschlossenes Wahrnehmungsbild besitzt. Da der Wert des Zeugenbeweises bei negativ formulierten Beweisbehauptungen daher in besonderer Weise fraglich sein kann, verwundert es nicht, dass auf Seiten der Gerichte das erhöhte Bedürfnis entstanden ist, für unergiebig erachtete Beweiserhebungen von vornherein zurückweisen zu können. Hierfür sieht der Kanon der Ablehnungsgründe in § 244 Abs. 3 StPO die „völlige Ungeeignetheit des Beweismittels“ vor. Dieser Ablehnungsgrund lässt sich aber nur dann sinnvoll prüfen, wenn über die Art und Weise der Wahrnehmung des Zeugen etwas mitgeteilt wird. Es muss deutlich werden, dass die „negative Tatsache“ mit dem Wahrnehmungsprozess des Zeugen in unmittelbarem Zusammenhang steht. Daran fehlt es, wenn ohne weiteren Zusatz die Beweisbehauptung in das Wissen des Zeugen gestellt wird, der Angeklagte sei zur fraglichen Zeit nicht am Tatort gewesen. Hier bleibt offen, ob der Zeuge diese Erkenntnis unmittelbar aus seiner Wahrnehmung ableitet oder ob er nur ein Indiz dafür liefert, etwa dadurch, dass er mit dem Angeklagten zur fraglichen Zeit an einem anderen Ort gewesen ist. Der Umstand der eigenen Wahrnehmung der Beweisbehauptung durch den Zeugen muss daher aus dem Antrag erkennbar werden. Darüber hinaus sollte weiter deutlich werden, dass der Zeuge den

²¹ BGHSt 39, 251, 252.

nicht vorliegenden Umstand hätte wahrnehmen müssen, wenn dieser vorgelegen hätte. Nähere Angaben sind hingegen richtigerweise nicht zu verlangen. Insbesondere ist es nicht angängig, dem Antragsteller eine Begründungslast dahin aufzubürden, dass er Umstände benennen muss, aus denen sich eine Prognose über die beweisrechtliche Qualität des Zeugen ergeben.

Mustert man die einschlägigen Fälle in der Praxis durch, dann stellt man fest, dass Beweisbehauptungen mit negativen Aussagen immer dann für die Beweisantragsqualität als ausreichend angesehen worden sind, wenn deutlich gemacht wurde, dass der Zeuge derart präsent war, dass er die in Abrede gestellte Tatsache hätte wahrnehmen müssen, wenn sie vorgelegen hätte.

Exemplarisch sei hier zunächst auf eine Entscheidung aus dem Jahre 2004 hingewiesen. Gegenstand war ein Verfahren wegen sexueller Nötigung, das sich nach erfolgreicher Revision des Angeklagten wieder in der Tatsacheninstanz befand. Die Verteidigung stellte im Rahmen der Schlussanträge den Hilfsbeweis Antrag, „den Richter am Landgericht G. zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, dass die Nebenklägerin in der vorangegangenen Hauptverhandlung nicht bekundet hat, der Angeklagte habe sie mit einer Hand an beiden Händen festgehalten und mit der anderen Hand berührt“. Das Landgericht hat das Petitum als Beweisermittlungsantrag bewertet „weil nicht dargelegt worden sei, was die Zeugin konkret geäußert haben sollte“. Der 4. Senat des Bundesgerichtshofs beurteilte die Herabstufung des Beweisbegehrens hingegen zutreffend als rechtsfehlerhaft. „Da der als Zeuge benannte Richter an der ersten Hauptverhandlung und damit an der Vernehmung der Nebenklägerin teilgenommen“ habe, seien „die Bekundungen der Zeugin ... und damit auch die in das Wissen des Zeugen gestellte Negativtatsache seiner unmittelbaren Wahrnehmung zugänglich gewesen ...“²²

Auch in anderen einschlägigen Entscheidungen liegt der maßgebliche Gesichtspunkt für die Anerkennung der Beweisantragsqualität von Begehren zum Beweis von „Negativtatsachen“ darin, dass sich zumindest aus den Umständen ergab, dass der Zeuge während des maßgeblichen Zeitraumes präsent war und daher aus eigener Wahrnehmung das Nichtvorliegen eines Umstandes kundgeben konnte. So etwa in dem Fall, in dem es um den Vorwurf einer Körperverletzung an einem Stationspfleger eines psy-

²² BGH NStZ-RR 2005, 78, 79.

chiatrischen Krankenhauses ging, in dem der Angeklagte untergebracht war. Der Verteidiger hatte die Vernehmung eines weiteren Zeugen beantragt. Dieser werde „bekunden, dass er zum Tatzeitpunkt vor der geöffneten Türe des Dienstzimmers aufhältlich war“. Der Zeuge habe das Geschehen beobachtet und werde aussagen, „dass kein Schlag vom Angeklagten auf den Zeugen geführt worden“ sei.²³ Der Bundesgerichtshof hat dieses Begehren anders als der Generalbundesanwalt als Beweisantrag qualifiziert und Folgendes festgestellt: „Bei einfach gelagerten Abläufen, die sich zudem in wenigen Augenblicken zutragen“, könne „Beweisthema auch eine Negativtatsache sein, ohne dass der Charakter eines Antrages als Beweisantrag gefährdet wäre“. Liest man weiter, dann zeigt sich, dass nicht der Gesichtspunkt des „einfach gelagerten Ablaufs“ entscheidend war, sondern dass aus dem Antrag hervorging, „der Zeuge habe den (gesamten) Vorgang“ beobachtet.

Damit lässt sich Folgendes zusammenfassen: Richtig ist, dass auch Negativtatsachen grundsätzlich Gegenstand eines Zeugenbeweisantrags sein können. Es ist jedoch eine Konnexität zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel in dem Sinne erforderlich, dass sich aus dem Antrag ergibt, dass der Zeuge aus eigener Wahrnehmung das Nicht-Vorliegen eines Umstandes bekunden kann, weil er diesen hätte wahrnehmen müssen, wenn er vorgelegen hätte.

2. Die Konnexität als allgemeines Erfordernis eines Beweisantrags?

Wechselt man den Blick von den besonders problematischen Negativtatsachen zu Beweisbegehren, die etwas positiv Geschehenes unter Beweis stellen, so ergibt sich die Frage, ob auch hier eine nähere Angabe über die Konnexität erforderlich ist. Dies wird vom Bundesgerichtshof bekanntlich bejaht. Die Begründung sucht das Gericht bei den gesetzlichen Ablehnungsgründen.

²³ BGH NStZ 1999, 362.

a) Gesetzliche Ablehnungsgründe und Konnexität

Ein Zusammenhang zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel sei deshalb erforderlich, so liest man, weil das Tatgericht ansonsten „die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache oder der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels nicht sinnvoll zu prüfen vermag“.²⁴ Was den zuletzt genannten Ablehnungsgrund betrifft, so bezieht er sich in der Tat ersichtlich auf eine Relation zwischen Beweismittel und Beweistatsache. Ein Zeuge ist dann ein völlig untaugliches Beweismittel, wenn sich mit ihm das angestrebte Beweisergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt.²⁵ Ob dies der Fall ist, kann das Gericht nur dann beurteilen, wenn es erkennen kann, welche Beziehung zwischen der Beweisbehauptung und dem Zeugen besteht. Dazu muss es zumindest – wie *Niemöller* das formuliert hat – die „Wahrnehmungssituation“ kennen. Diese Wahrnehmungssituation wird sich bei positiven Umständen häufiger von selbst verstehen als bei Negativtatsachen. Ein prinzipieller Unterschied besteht jedoch nicht. Denn auch wenn positive Tatsachen in das Wissen eines Zeugen gestellt werden, kann unklar sein, ob der Zeuge sie aus eigener Wahrnehmung bekunden kann und ob seine Wahrnehmungssituation so beschaffen war, dass er als geeignetes Beweismittel erscheint.

Auch der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache erfordert eine nähere Kenntnis über die Relation zwischen Beweistatsache und Beweismittel. Nicht nur bei negativen, sondern auch bei positiven Umständen kann es z.B. sein, dass der benannte Zeuge lediglich in der Lage ist, sich zu einem Indiz zu äußern, aus dem sich der Schluss auf die unter Beweis gestellten Umstände ziehen lässt. Dieses Indiz kann derart schwach sein, dass das Gericht zulässigerweise davon ausgehen könnte, selbst im Fall seines Erwiesenseins könne es die Entscheidung nicht beeinflussen und sei für diese daher bedeutungslos.²⁶ Deshalb muss sich aus dem Antrag jedenfalls in groben Zügen ergeben, warum der Zeuge zu den Umständen etwas sagen kann.

²⁴ *BGH* NStZ 1994, 247.

²⁵ Siehe *Niemöller*, StV 2003, 687, 693.

²⁶ Siehe dazu *Widmaier*, NStZ 1993, 602, 603.

b) Grenzen der Darlegungslast des Antragstellers

Die mit dem Konnexitäts-Erfordernis verbundene Darlegungslast des Antragstellers darf jedoch nicht zu groß werden, um das Beweisantragsrecht nicht zu entwerten, sondern muss enge Grenzen haben. Insoweit ist den Kritikern der Rechtsprechung zuzustimmen. Es muss ausreichen – wie Widmaier – dies formuliert hat, wenn der Konnex „umrisshaft“ feststeht. Jedenfalls verbal zuviel wird verlangt, wenn man – wie dies der Bundesgerichtshof getan hat – die Darlegung dessen fordert, was der Zeuge „im Kern bekunden“²⁷ und wieso er dazu in der Lage sein soll²⁸. Denn diese in ihrer Reichweite unklaren Formulierungen könnten dahin missinterpretiert werden, als müsse der Antragsteller Genaueres zur Eignung des Beweismittels mitteilen. Weshalb genau und wie gut das Beweismittel geeignet ist, muss der Antragsteller aber gerade nicht vortragen; er muss lediglich die Prüfung der völligen Ungeeignetheit ermöglichen.²⁹ Deshalb muss es grundsätzlich genügen, wenn sich aus dem Antrag ergibt, dass der Zeuge am Tatort anwesend war. Nicht notwendig ist die Mitteilung, dass der Zeuge eine besonders gute Beobachtungsposition innehatte. Diese letzte Frage hatte der Bundesgerichtshof in einer neueren Entscheidung offen gelassen.³⁰ Dem Antragsteller muss es unbenommen sein, einen Beweisantrag zu stellen, auch wenn er es nicht für sicher hält, dass der Zeuge die Beweisbehauptung bestätigen kann. Umgekehrt muss es dem Gericht verwehrt sein, das Konnexitäts-Erfordernis formelhaft anzuwenden. Bisweilen unterliegen Tatgerichte freilich dieser Verführung. Hier hilft der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte Gesichtspunkt, dass eine besondere Begründung eines Konnexes dann nicht nötig ist, wenn dieser sich „von selbst versteht“. So lag es etwa in dem Fall, in dem es um die Angaben einer als Zeugin in einer richterlichen Vernehmung angehörten Person ging, bei der eine Dolmetscherin übersetzt hatte. Die Verteidigung benannte die Dolmetscherin als Zeugin dafür, dass die vernommene Person eine bestimmte Äußerung während der Vernehmung gemacht hatte. Dieser Be-

²⁷ BGHSt 39, 251, 253.

²⁸ BGHSt 43, 321, 329.

²⁹ Zutreffend *Niemöller*, StV 2003, 687, 693.

³⁰ Urteil v. 15.12.2005 – 3 StR 201/05.

weisantrag wurde vom Landgericht mangels „Konnexität“ abgelehnt, obwohl – wie der Bundesgerichtshof dann später klarstellte – der Umstand, dass die Zeugin etwas zum Beweisthema kundgeben konnte, aufgrund ihrer Anwesenheit während der fraglichen Vernehmung offensichtlich auf der Hand lag.

3. Zusammenfassung

Danach lässt sich zusammenfassen: Damit das Gericht die gesetzlichen Ablehnungsgründe sinnvoll prüfen kann, ist ein gewisser Konnex zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel erforderlich. Hierbei gelten bei negativen wie bei positiven Tatsachen grundsätzlich die gleichen Anforderungen. Beim Zeugenbeweis muss jeweils erkennbar werden, ob der Zeuge die Tatsache aus eigener Wahrnehmung kundgeben kann. Bei negativen Tatsachen wird das dann deutlich, wenn angegeben wird, dass der Zeuge den nicht vorliegenden Umstand wahrgenommen hätte, wenn er vorhanden gewesen wäre. Fehlt es an ausreichenden Anhaltspunkten für die Wahrnehmungssituation des Zeugen, liegt kein Beweisantrag, sondern ein bloßer Beweisermittlungsantrag vor. Das Gericht kann dann eine „Herabstufung“ vornehmen und das Petitum entsprechend behandeln.

Welche Verfahrensfragen damit verbunden sind, soll in einigen abschließenden Bemerkungen betrachtet werden. Dabei wird nicht nur die Herabstufung durch das Tatgericht, sondern auch die besonders problematische Herabstufung erst durch das Revisionsgericht in die Betrachtung einbezogen.

IV. Verfahrensfragen bei der Herabstufung von Beweisanträgen

1. Die Bescheidung des herabgestuften Beweisbegehrens durch das Tatgericht

Will das Tatgericht eine Herabstufung vornehmen, stellt sich die Frage, wie es dabei vorzugehen hat. Zunächst erfordert es die Aufklärungs- und Fürsorgepflicht, dass der Vorsitzende auf Mängel des Antrags hinweist und dem Antragsteller Gelegenheit zur Vervollständigung gibt. Liegt auch danach nur ein Beweisermittlungsantrag vor, hat das Gericht über ihn materiell nach Maßgabe der Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO zu befinden. An die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO ist es dabei nicht gebunden.

In formeller Hinsicht ist klärungsbedürftig, ob ein „herabgestufter“ Beweisantrag, dem keine Folge geleistet wird, wie ein Beweisantrag förmlich nach § 244 Abs. 6 StPO zu bescheiden ist. Für reine Beweisermittlungsanträge geht die überwiegende Auffassung davon aus, dass kein Beschluss des Gerichts erforderlich ist, weil die Vorschrift des § 244 Abs. 6 StPO gerade nicht gilt. Ausreichend ist es, wenn der Vorsitzende mit Gründen bekannt gibt, warum dem Antrag nicht stattgegeben wird. Nach zutreffender Ansicht ist dagegen die Anrufung des Gerichts nach § 238 Abs. 2 möglich.³¹

Im Fall eines erkennbar als Beweisantrag gestellten Beweisbegehrens, das herabgestuft wird, stellt sich die Rechtslage jedoch anders dar. Hier besteht Einigkeit darüber, dass es durch Beschluss zu bescheiden ist.³² Der Antragsteller hat dann die Gelegenheit, seinen misslungenen Antrag nachzubessern und einen neuen, nunmehr den Anforderungen entsprechenden zu stellen.

Handelt es sich freilich um einen Hilfsbeweisantrag, der im Schlussvortrag gestellt wird, dann geht der Antragsteller das Risiko ein, dass das Gericht das Begehren herabstuft und er erst in den Urteilsgründen hiervon erfährt.³³ Denn bei Hilfsbeweisanträgen ist anerkannt, dass sie nicht durch Beschluss abgelehnt werden müssen, sondern dass

³¹ Hamm/Hassemer/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn 54.

³² BGH StV 1994, 172.

³³ So explizit BGH StV 1998, 195, 198 = BGHSt 45, 321, 331.

eine Bescheidung in den Urteilsgründen genügt. Eine Bescheidungsklausel dahin, dass der Antragsteller ausdrücklich auf einen Ablehnungsbeschluss bestehe, wird von der Rechtsprechung nicht anerkannt.³⁴ Deshalb gebietet es die gerichtliche Fürsorgepflicht, den Antragsteller vorsorglich auf die mangelhafte Konkretisierung hinzuweisen, falls es einen solchen Hilfsbeweis Antrag nicht als Beweisantrag behandeln will. Nur so wird ihm für alle Fälle die Möglichkeit der Nachbesserung noch in der Tatsacheninstanz eingeräumt.³⁵ Ansonsten bleibt ihm jedenfalls die Möglichkeit, die fehlerhafte Einordnung des Antrags mit der Revision zu rügen und das Unterbleiben der Beweiserhebung mit der Aufklärungsrüge zu beanstanden.

Weitaus problematischer ist es aber, wenn die Herabstufung eines Beweisantrags zum Beweisermittlungsantrag erst in der Revisionsinstanz erfolgt.³⁶

2. Die Herabstufung in der Revisionsinstanz

Geht das Tatgericht von einem Beweisantrag aus und weist ihn durch Beschluss nach § 244 Abs. 6 StPO mit fehlerhafter Begründung zurück, hat der Antragsteller die Möglichkeit, dagegen mit der Revision vorzugehen. Das richtige Mittel hierfür ist die Rüge einer Verletzung des § 244 Abs. 3 StPO. Stuft nun das Revisionsgericht den Beweisantrag zum bloßen Beweisermittlungsantrag wegen fehlender Konnexität herab, entsteht folgendes Problem: Die erhobene Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 3 StPO geht trotz fehlerhafter Begründung des Tatgerichts mangels Beweisantragsqualität ins Leere. Eine Erfolg versprechende Aufklärungsrüge ist jedoch nicht in ausreichender Form erhoben, weil die Rechtsprechung hierfür – wie für das Vorliegen eines Beweisantrags – die „Angabe eines entsprechenden Konnexes zwischen Beweismittel und zu beweisender Tatsache“ verlangt.³⁷ Die Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts genügt hierfür nicht. Dadurch wird der Revisionsführer gezwungen, sicherheitshalber neben dieser Rüge noch eine Aufklärungsrüge zu erheben. Das ist einerseits eine

³⁴ Siehe *Ingelfinger*, Rechtsprobleme bedingter Beweisanträge im Strafprozess, 2002, 23 ff.

³⁵ Siehe dazu *Tenorth-Sperschneider*, 178; vgl. auch *Herdegen*, NStZ 1999, 176, 181, der die Pflicht erwägt, den Hilfsbeweis Antrag entgegen der allgemeinen Regel in der Hauptverhandlung zu bescheiden.

³⁶ Siehe dazu *Fezer*, FS Meyer-Goßner, 2001, 629 ff.

³⁷ BGH NStZ 1998, 97, 98.

„doppelte Rügearbeit“, andererseits muss er letztlich seine eigene Rechtsansicht, dass es sich bei dem Beweisbegehren um einen Beweisantrag handelt, in Frage stellen. Um dieses unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, wird in der Literatur der folgende bedenkenwerte Vorschlag gemacht: Das Revisionsgericht hat dem Revisionsführer mitzuteilen, dass es eine Herabstufung des Beweisantrags beabsichtige, um ihm zu ermöglichen, eine Aufklärungsrüge zu begründen. Zugleich müsse insoweit hinsichtlich der verstrichenen Revisionsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gewährt werden.³⁸ Die andere Möglichkeit wäre, dass das Revisionsgericht über die Verletzung der Aufklärungspflicht entscheidet, auch wenn die formalen Anforderungen einer Aufklärungsrüge nicht erfüllt sind. So ist der Bundesgerichtshof auch in einigen Fällen verfahren.³⁹ Er hat sich aber auch bisweilen auf die formale Position zurückgezogen und schon die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Aufklärungsrüge verneint.

V. Schluss

Die Ausführungen haben gezeigt, dass der Strafverteidiger, der einen Beweisantrag stellt, durch eine sorgfältige Formulierung seines Begehrens und eine erweiterte Darlegung der Konnexitäts-Voraussetzungen sicherstellen muss, dass sein Beweisbegehren auch als echter Beweisantrag behandelt und nicht herabgestuft wird. Dies gilt in besonderem Maße für den Zeugenbeweis bezüglich sog. Negativtatsachen. Denn hier versteht es sich oftmals gerade nicht von selbst, dass der Zeuge zu der Beweisbehauptung etwas aus eigener Wahrnehmung kundgeben kann.

Stand: Herbst 2006

³⁸ *Fezer*, Festschrift für Meyer-Goßner, 2001, 629, 642; zst. *Tenorth-Sperschneider*, 203 f.

³⁹ BGHSt 37, 162, 167; 39, 251, 255 f.