

## Die Konnexität im Beweisantragsrecht

### Anmerkung zu BGH, 5 StR 38/08 vom 10.6.2008 \*

— Rechtsanwältin Anja Sturm

Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Beweisantragsrecht vollzieht sich in einem nicht unbeachtlichen Teil an solchen strafprozessualen Beweisanträgen,<sup>1</sup> die eine Negativbehauptung dergestalt zum Gegenstand haben, dass ein Ereignis *nicht* stattgefunden oder ein Umstand *nicht* vorgelegen habe.<sup>2</sup> Bereits das Reichsgericht ging in seinen Entscheidungen grundsätzlich davon aus, dass auch eine Negativbehauptung Gegenstand eines Beweisantrages sein könnte.<sup>3</sup> Bei der Behandlung eines auf Negativbehauptungen gerichteten Beweisantrags eröffnet sich der Argumentation in jedweder Richtung ein weites Feld an Begründungsansätzen.<sup>4</sup> Diskutiert wurde in diesem Zusammenhang von Anfang an die Frage, ob mit dem Beweisantrag eine Tatsache oder lediglich eine Schlussfolgerung behauptet wurde, was also Gegenstand der begehrten Beweiserhebung und was das Beweisziel selbst sein sollte.

#### I. Der Flamingo-Fall – zum Merkmal der Konnexität

„Die wechselvolle Geschichte des Beweisantragsrechts“<sup>5</sup> fand ihren vielzitierten Höhepunkt im Urteil des BGH, 5 StR 279/93, vom 6.7.1993,<sup>6</sup> für das *Widmaier* den Begriff der Konnexität prägte,<sup>7</sup> der befand, „dass ein Beweisantrag nicht vorliegt, wenn keinerlei erkennbarer Konnex zwischen Beweistatsache und Beweismittel vorliegt, so dass das Gericht die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache oder der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels nicht einmal in Umrissen zu prüfen vermag“.<sup>8</sup>

##### 1. BGH, 5 StR 279/93 vom 6.7.1993

Bei diesem „Flamingo-Fall“, gewissermaßen der „Schulentscheidung“ zur Konnexität, hatte sich der Angeklagte dahingehend verteidigt, keine Absprache zur Tatausführung mit den Mitangeklagten getroffen und zur Tatzeit selbst nicht mit seinen Mitangeklagten am Tatort, einer Gaststätte, sowie in der Diskothek „F“ gewesen zu sein. Hierzu hatte er zwei Beweisanträge gestellt, in denen jeweils Negativbehauptungen aufgestellt worden waren. Einmal waren Zeugen benannt worden zum Beweis der Tatsache, dass der Angeklagte keine Absprachen in Bezug auf die Begehung strafbarer Handlungen getroffen habe; in dem zweiten Beweisantrag wurde eine Zeugin benannt zum Beweis der Tatsache, dass sich der

Angeklagte nicht in der Gaststätte aufgehalten und die Mitangeklagten getroffen habe. Diese Anträge hatte der BGH lediglich als Beweisermittlungsanträge gem. § 244 Abs. 2 StPO qualifiziert.<sup>9</sup> Gegenstand eines Beweisantrags auf Zeugenvernehmung könnten nur Umstände oder Geschehnisse sein, die mit diesem Beweismittel unmittelbar bewiesen werden sollen, und das seien die Wahrnehmungen des Zeugen, nicht die erst daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen; letztere seien lediglich die „Beweisziele“.<sup>10</sup> Ungeachtet der angestrebten Schlussfolgerungen sei danach die Angabe dessen, was der Zeuge „im Kern“<sup>11</sup> bekunden solle, notwendig; zwingend notwendig sei dies bei der Behauptung, bestimmte Ereignisse hätten nicht stattgefunden.<sup>12</sup> Im konkreten Fall wurde dem Angeklagten auch vorgehalten, dass es ihm unbenommen gewesen sei, die Beweisanträge nachzubessern und neu zu stellen – nicht zuletzt dieser Hinweisfunktion diene die Begründung eines ablehnenden Beschlusses.<sup>13</sup>

Den Begriff des Konnexes führte der 3. Senat *Widmaier* zitierend in die Rechtsprechung ein,<sup>14</sup> wobei dieser lediglich davon sprach, dass der Konnex „erkennbar“ sein müsse.<sup>15</sup> In einer weiteren Entscheidung<sup>16</sup> erläuterte der 3. Senat, dass

— \* BGHSt 52, 284; in diesem Heft S. XXX

<sup>1</sup> Im Folgenden soll es nur um die in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge gehen, für die die §§ 244 ff. StPO gelten.

<sup>2</sup> Vgl. *Niemöller*, StV 2003, 687; *Schneider*, Eisenberg-FS, 2009, S. 616.

<sup>3</sup> RGSt 5, 51; RGRSpr 2, 126; 8, 693; RG JW 1890, 399; RG LZ 1919 Sp. 909 Nr. 63.

<sup>4</sup> Mal hieß es, das Vorbringen sei nicht ausreichend oder könne – ohne Einfluss auf das Beweisergebnis – als wahr unterstellt werden, mal wurde mit der Schlussfolgerung gearbeitet, der Zeuge hätte, wäre die Tatsache geschehen, diese wahrgenommen.

<sup>5</sup> *KK-Herdegen*, 5. Aufl., § 244 Rn 42.

<sup>6</sup> BGHSt 39, 251 ff. = BGH StV 1993, 454 f. = NSTZ 1993, 550.

<sup>7</sup> *Schneider*, Eisenberg-FS, 2009, S. 610.

<sup>8</sup> *Widmaier*, NSTZ 1993, 602.

<sup>9</sup> BGHSt 39, 253.

<sup>10</sup> BGHSt 39, 253.

<sup>11</sup> BGHSt 39, 253.

<sup>12</sup> So schon bereits das Reichsgericht, RGSt 1, 5; RGRSpr. 8, 693; RG JW 1913, 163; 1931, 1815; fortführend BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 16; BGH NSTZ 1984, 20.

<sup>13</sup> BGHSt 39, 256; so schon *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl., S. 910.

<sup>14</sup> BGHSt 40, 6.

<sup>15</sup> *Schneider* bezeichnet dies als „Konnexität im engeren Sinne“, geht es doch um die „Notwendigkeit der Benennung einer hinlänglich konkret gefassten Beweisbehauptung, über die Beweis erhoben werden soll“, vgl. *Schneider*, Eisenberg-FS, 2009, S. 610.

<sup>16</sup> BGHSt 43, 329; BGH NSTZ 1998, 97; 2000, 438; 2001, 605.

„u.U. eine dritte (Voraussetzung) hinzutreten (kann), die sog. Konnexität zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung, die im Falle des Zeugenbeweises nur bedeutet, dass der Antrag erkennen lassen muss, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können soll“.<sup>17</sup> Dabei wies der Senat darauf hin, dass das Erfordernis der Konnexität nicht etwa neu hinzugetreten sei und damit die Verteidigung beschränkt werde, sondern es vielmehr um die Beweisanträge gehe, in denen, vergleichbar den früher in der Rechtsprechung unter den Begriffen der aufs Geratewohl aufgestellten, aus der Luft gegriffenen Behauptung abgehandelten Fällen,<sup>18</sup> zwar konkrete und bestimmte Behauptungen aufgestellt würden, denen eigene Wahrnehmungen eines Zeugen zugrunde liegen sollen, der Antrag jedoch nicht erkennen ließe, weshalb der Zeuge seine Wahrnehmung machen konnte.<sup>19</sup> Der Senat, der selbst von „strengen Anforderungen an die Voraussetzungen eines förmlichen Beweisantrags“ spricht, appelliert an die Verteidigung, sich nicht der Nachbesserungsmöglichkeit eines Antrags dadurch zu begeben, dass dieser lediglich als Hilfsbeweisantrag zum Abschluss gestellt wird. Nur bei einem während der Beweisaufnahme gestellten Beweisantrag wäre die Ablehnung des Antrags vom Gericht zu begründen, was die Verteidigung in die Lage versetzen würde, einen entsprechend nachgebesserten Antrag nachzuschieben.<sup>20</sup>

Bereits im Flamingo-Fall war die Notwendigkeit einer solchen Darlegung insofern offenbart worden, als der Verteidiger in der Revisionsverhandlung überraschend vortrug, dass gar keine Beobachtung der Zeugin am Tatort unter Beweis gestellt werden sollte, sondern diese vielmehr bezeugen könne, dass der Angeklagte mit der Zeugin zur Tatzeit anderswo gewesen sei.<sup>21</sup>

## 2. Der Meinungsstand in der Literatur zum Merkmal der Konnexität

Die Flamingo-Entscheidung des 5. Strafsenates ist in der Literatur sehr unterschiedlich aufgenommen worden. *Herdegen*<sup>22</sup> sieht hierin eine Abkehr von den Grundsätzen, wonach es nicht Aufgabe des Antragstellers sei, das benannte Beweismittel auf seine Richtigkeit zu überprüfen, sofern die Anknüpfungstatsachen nicht jeder Plausibilität entbehren und er die Beweismittelbezeichnung nicht nur aufs Geratewohl gemacht, aus der Luft gegriffen habe. Letztere sei der einzige Fall des mangelnden Konnexes.<sup>23</sup> Im Erfordernis der Konnexität sei eine Erweiterung der Auslegungsmöglichkeiten durch das Tatgericht zu sehen, nach „Gutdünken“ zu entscheiden, ob überhaupt ein Beweisantrag vorliege.<sup>24</sup> Ähnlich in der Bewertung als Erweiterung der Auslegungsmöglichkeiten durch das Tatgericht argumentiert *Hamm*,<sup>25</sup> der darin nichts anderes als einen weiteren Versuch des BGH sieht, den Beweiserhebungsanspruch durch Umdeutung in einen Beweisermittlungsantrag oder eine bloße Beweisanregung abzuschneiden; eine solche Trennung zwischen wahrgenommenen Tatsachen und Schlussfolgerungen sei aus wahrnehmungs-

psychologischer Sicht gar nicht möglich.<sup>26</sup> Die Verteidigung werde in unerträglichem Maße eingeschränkt, wenn der Antragsteller erkunden und darlegen müsse, woher der Zeuge sein Wissen habe.<sup>27</sup>

Die Entscheidung überzeugt dennoch,<sup>28</sup> macht sie doch das Problem bei der Beurteilung eines Beweisantrags mit negativer Tatsachenbehauptung evident: sofern sich aus dem Antrag erschließen lässt, auf Grund welcher Anknüpfungstatsachen ein Zeuge bekunden kann, dass tatsächlich etwas nicht geschehen ist, bedarf es danach auch weiterhin nicht der ausdrücklichen Darstellung des Konnexes.<sup>29</sup> Lediglich bei Beweisanträgen, die ohne Anknüpfungstatsachen formuliert wurden,<sup>30</sup> ist zur Abgrenzung eines „aus der Luft gegriffenen Beweisantrages“<sup>31</sup> die Darlegung der Konnexität erforderlich.<sup>32</sup> *Widmaier*, dessen vielzitierte Anmerkung zu der Flamingo-Entscheidung des 5. Senats zur Begründung der folgenden Konnexitäts-Entscheidungen des BGH herangezogen wurde, warnt gleichwohl vor einer zu formalistischen Handhabung dieser Grundsätze.<sup>33</sup> In Anlehnung an *Alsberg*,<sup>34</sup> nach dessen Auffassung eine Substantiierung des Beweisantrags soweit zu fordern sei, als für das Gericht erkennbar sein müsse, „ob das Beweismittel erreichbar und als Beweismittel geeignet ist ( ... ) und ob das Beweisthema im großen und ganzen erheblich“ sei, sieht er eine Pflicht zur Darlegung einer gewissen „Grundplausibilität“, welche zu verlangen im Einklang mit dem unbedingten Beweiserhebungsanspruch stehe.<sup>35</sup> In der Flamingo-Entschei-

<sup>17</sup> Dem Schema *Schneiders* folgend handelt es sich hierbei um die sog. „Konnexität im weiteren Sinne“, *Schneider*, a.a.O., S. 610. Siehe dazu BGHSt 43, 329 f.; BGH NSStZ 1998, 97; BGH NSStZ 2000, 438; BGH NSStZ-RR 2001, 44; BGH NSStZ 2006, 586.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu *Herdegen*, in: KK, 3. Aufl., § 244 Rn 44.

<sup>19</sup> BGHSt 43, 329; keinen Zweifel an dieser Rechtsprechung hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 4.2.2002 aufkommen lassen, 2 BvR 1240/01, Rn 13.

<sup>20</sup> BGHSt 43, 329.

<sup>21</sup> BGHSt 39, 256.

<sup>22</sup> Zuletzt *KK-Herdegen*, 5. Aufl., StPO, § 244 Rn 48.

<sup>23</sup> *Herdegen*, a.a.O., Rn 48a; ders., in: FS Gössel, S. 540.

<sup>24</sup> Ähnlich ablehnend *Fezer*, HRRS 2008, 457.

<sup>25</sup> *Hamm*, StV 1993, 456.

<sup>26</sup> *Ders.*, a.a.O., 457.

<sup>27</sup> *Ders.*, a.a.O., 458.

<sup>28</sup> So auch allen voran *Widmaier*, NSStZ 1993, 602.

<sup>29</sup> Vgl. BGH NSStZ-RR 2001, 44.

<sup>30</sup> *Basdorf*, in: *Widmaier-FS*, S. 54, bringt es bezogen auf den Alibibeweisantrag im Flamingo-Fall auf den Punkt: „Plakativer kann die Unzulänglichkeit der Beweisbehauptung und die Untauglichkeit der bloßen Angabe eines Beweisziels als Beweisbehauptung wohl kaum belegt werden.“

<sup>31</sup> BGHSt 40, 6; BGH NSStZ 1998, 97; *Basdorf*, a.a.O. S. 53 ff.; *Schneider*, a.a.O. S. 616.

<sup>32</sup> Verdeutlichend BGHSt 43, 330; BGH NSStZ 1999, 522; 2000, 438; BGH NSStZ-RR 2001, 43 f.; auf ausschließlich diese Fälle beschränkt versteht auch *Fischer* die Entscheidung, vgl. *KK-Fischer*, StPO, 6. Aufl., § 244 Rn 84.

<sup>33</sup> *Widmaier*, NSStZ 1993, 602.

<sup>34</sup> *Alsberg*, Ernst Heinitz sen.-FS, 1926, S. 431.

<sup>35</sup> *Schneider*, a.a.O. S. 612 f., bezeichnet dies als „strukturelle Korrespondenz“; vgl. BGHSt 37, 164; 39, 253 f.; 40, 6; *Basdorf*, *Widmaier-FS*, S. 52 f., *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl., Rn 142.

dung und insbesondere anhand der überraschenden Erläuterungen des Verteidigers in der Revisionsverhandlung zeigt sich, dass es ohne weiteres möglich gewesen wäre, den Beweisantrag unter Angabe der Anknüpfungstatsachen zu formulieren. Richtig hätte er lauten müssen, die Zeugin habe sich mit dem Angeklagten zur Tatzeit an einem spezifizierten anderen Ort (etwa der Bar X) aufgehalten.<sup>36</sup> Klar ist demnach, dass es sich für den Verteidiger mit Blick auf die Revision immer empfiehlt, in dem Antrag auf die Qualität und „Beweiskompetenz“ des Beweismittels hinzuweisen.<sup>37</sup> Dass damit für die Fassung eines Beweisantrags nicht die spezifisch revisionsrechtlichen Darlegungspflicht des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO greift,<sup>38</sup> ergibt sich von selbst: die Konnexität muss erkennbar sein, d.h. gesonderte Ausführungen sind nur dann erforderlich, wenn diese sich nicht auf Grund der Komplexität des Beweisantrags von selbst erklärt.

## II. Die weitergehende Konnexitäts-Entscheidung vom 10.6.2008, 5 StR 38/08

Der hier zu besprechenden Entscheidung wiederum des 5. Senats des BGH vom 10.6.2008 liegt folgende Problematik zu Grunde: Von der Verteidigung waren Verfahrensrügen – von deren Erfolg auch der Generalbundesanwalt ausging<sup>39</sup> – erhoben worden, weil das Landgericht den Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen Al. als ein Beweisverlangen ins Blaue hinein abgelehnt hatte.<sup>40</sup> Der Verurteilung liegt eine gefährliche Körperverletzungshandlung zwischen den beiden Angeklagten einerseits und dem Geschädigten andererseits als jeweilige Mitglieder zweier befreundeter Familien zugrunde, nachdem es zwischen dem Vater der Angeklagten, I.A., und dem späteren Nebenkläger zu einem Streit gekommen war. Der Angeklagte A.A. soll den Nebenkläger mit einem Messer in den Bauch gestochen haben und hierzu von seinem Bruder, dem Angeklagten H.A., animiert worden sein. Der Nebenkläger musste infolgedessen ins Krankenhaus. Dort wurde er mehrfach von I.A. besucht; es wurde darüber gesprochen, ob die Anzeige nicht auf Grund der Freundschaft der Familien zurückgezogen werden könnten. Auf Wunsch des I.A. hatte auch der Zeuge E. den Nebenkläger im Krankenhaus besucht und diesem die Haare geschnitten. Nachdem die beiden Zeugen I.A. und E. sowie ein weiterer Zeuge vernommen worden waren, stellte die Verteidigung o.g. Antrag und führte aus, dass der Zeuge Al. bekunden werde, „den Geschädigten Kh. im Krankenhaus besucht zu haben“. Er werde ferner bekunden, dass Herr Kh. aus freien Stücken gesagt habe, A. und H.A. hätten ihm nicht die Stichverletzung vom 15.2.2007 zugefügt. Zur Begründung der Ablehnung hatte die Kammer in dem Beschluss ausgeführt, dass die Kammer die Zeugen I.A. und E. in der Hauptverhandlung zu den Abläufen der Besuche beim Nebenkläger im Krankenhaus vernommen habe. Der Zeuge I.A. habe zwar angegeben, dass auch der Zeuge Al. bei einem der Besuche dabei gewesen sei, jedoch ohne An-

gabe weiterer Anhaltspunkte dafür, ob, wann und unter welchen Umständen die in dem Beweisantrag behauptete Äußerung des Nebenklägers gegenüber dem Zeugen Al. erfolgt sei. Auch der Nebenkläger habe derartiges nicht bekundet.<sup>41</sup>

Wenngleich es der Senat dahingestellt sein ließ, ob das Landgericht dem Antrag die Eigenschaft als Beweisantrag zu Recht wegen einer Beweisbehauptung „ins Blaue hinein“ absprechen durfte, nimmt er Bezug auf den Zeitpunkt der Antragstellung und hält fest, dass die Annahme eines missbräuchlich gestellten Antrags nicht ganz fernliegend sei.<sup>42</sup> Die Tatsachenbehauptung (die beiden Angeklagten seien nicht die Täter) mangels gleichzeitiger Angabe des wahren Täters qualifizierte der Senat als unvollständige Äußerung des Tatopfers. Jedenfalls stelle die untrennbare Verknüpfung der Beweistatsache mit dem wertenden Zusatz „aus freien Stücken“ den Charakter der bestimmten Behauptung insgesamt infrage.<sup>43</sup>

Letztendlich spricht der Senat dem Antrag jedoch die Qualität eines Beweisantrags i.S.d. § 244 Abs. 6 StPO wegen fehlender Konnexität ab.<sup>44</sup> Zum einen hätten die Antragsteller die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen nicht konkret genug bezeichnet und dies auch nicht nachgeholt, wobei diese aus der bei der Antragstellung vorgefundenen und darin einzubeziehenden Beweislage herzuleiten gewesen wäre. Über die Gründe der dem Beweisantrag widersprechenden bisherigen Zeugenaussagen spekulierend hält der Senat fest, dass der Antrag inhaltlich vage gehalten und nicht nachgebessert worden sei.<sup>45</sup> Der Antragsteller hätte das bisherige Beweisergebnis in seine Antragstellung aufzunehmen.<sup>46</sup>

### 1. Einhellige Ablehnung dieser Merkmalsauslegung

Im Gegensatz zu der ersten Konnexitätsentscheidung hat sich bislang nicht nur die Literatur – zumindest im Ergebnis – einhellig ablehnend zu der Entscheidung verhalten;<sup>47</sup> auch der 2. und 3. Strafsenat sind mit ihren weiteren Entscheidungen auf Distanz zum 5. Senat gegangen.<sup>48</sup> Die Entscheidung kann nicht überzeugen.<sup>49</sup>

<sup>36</sup> Weder die Befürchtungen *Herdegens* noch die *Hamms* sind hier nachvollziehbar, dass erst eigene Ermittlungen angestellt werden müssten sowie Wahrnehmungen und Schlussfolgerungen nicht trennbar darlegbar seien.

<sup>37</sup> So auch *Widmaier*, a.a.O., 603.

<sup>38</sup> Klar abgrenzend *Widmaier*, a.a.O.

<sup>39</sup> Rn 8.

<sup>40</sup> Rn 12.

<sup>41</sup> Rn 10.

<sup>42</sup> Rn 12.

<sup>43</sup> Rn 13.

<sup>44</sup> Rn 14.

<sup>45</sup> Rn 19.

<sup>46</sup> Rn 18.

<sup>47</sup> *Fezer*, in: HRRS 2008, 457 ff.; *Eisenberg*, in: ZJS 2008, 469 f.; *Brüning*, in: ZJS 2008, 554 ff.

<sup>48</sup> BGH 3 StR 181/08 vom 14.8.2008; 2 StR 195/08 vom 22.8.2008.

<sup>49</sup> *Schneider*, a.a.O., S. 622, nimmt sie gar zum Anlass, auf die im strafprozessualen Schrifttum vorgebrachten Bedenken gegen das Konnexitäts-erfordernis allgemein noch einmal ausführlich einzugehen.



Anders als mit der Flamingo-Entscheidung hat der 5. Senat nunmehr die seinerzeit von *Widmaier* konturierte Grenze überschritten<sup>50</sup> und mit seiner formalistischen Handhabung der Grundsätze in die Substanz des Beweisantragsrechts eingegriffen. Im Zusammenhang mit der hier besprochenen Entscheidung bekommt die zitierte selbstverständliche Sentenz *Widmaiers*: „die Fassung eines Beweisantrags untersteht nicht der spezifisch revisionsrechtlichen Darlegungspflicht des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO“<sup>51</sup> eine geradezu hellseherische Qualität.

## 2. Beweisantrag i.S.d. § 244 Abs. 3–5 StPO

Nach der oben skizzierten Rechtsprechung ist bei dem mitgeteilten Antrag eindeutig von einem Beweisantrag und nicht von einem Beweisermittlungsantrag auszugehen, der auch dem Konnexitätserfordernis, wie es bislang gehandhabt wurde, genügt. In dem Antrag wurde das Beweismittel bezeichnet: der Zeuge Al. In dem Antrag wurde das Beweisthema angegeben: Der Zeuge hat den Geschädigten besucht. Dieser hat gesagt, die Angeklagten hätten ihm nicht die Stichverletzung zugefügt. Ausführungen zur Konnexität sind explizit unterblieben, liegen jedoch auf der Hand. Der Zeuge hat seine Wahrnehmungen (die Äußerung des Geschädigten) anlässlich eines Besuches des Geschädigten im Krankenhaus gemacht. Die Formulierung „aus freien Stücken“ enthält zwar eine Wertung, ist aber der Auslegung zugänglich.<sup>52</sup> Danach wird damit zugleich die Tatsache indirekt angegeben, dass der Zeuge Al. den Geschädigten hierzu nicht gedrängt habe. Da die Formulierung in dem Beweisantrag jedoch nicht auf den Zeugen Al. beschränkt wurde, lässt sich zugleich der Schluss ziehen, dass auch keine weiteren – möglicherweise anwesenden – Personen den Geschädigten in Gegenwart des Zeugen Al. zu dieser Äußerung gedrängt haben. Insgesamt ist der Beweisantrag dahingehend auszulegen, dass der Zeuge Al. den Schluss für sich gezogen hat, dass der Geschädigte ihm aus freien Stücken gesagt habe, dass die Angeklagten nicht die Täter seien. Anknüpfungstatsachen, die den Schluss auf einen etwa ausgeübten Einfluss auf den Geschädigten zuließen, habe es danach nicht gegeben; hätte es sie gegeben, hätte er sie wahrgenommen. Es handelte sich um einen einfachen Sachverhalt, nämlich ein Gespräch, das durch den Zeugen bewiesen werden sollte. Da der Zeuge nicht nur das Gespräch mitgehört hat, sondern Gesprächsteilnehmer war, gibt es an seiner Zeugenqualität keine Zweifel. Gesprächsthema war gerade kein Alltagsgeschehen, sondern ein einmaliger Vorgang (der Angriff auf den Geschädigten), so dass Zweifel an der Erinnerungsfähigkeit des Zeugen ebenfalls nicht aufkommen.

## 3. Schwächen in der Begründung des Senats

Im Gegensatz zu den früheren „Konnexitäts-Entscheidungen“, bei denen es lediglich um die erforderliche Darlegung

einer behaupteten Negativtatsache ging – unabhängig vom Fortschritt der Beweiserhebung –, soll nunmehr die bisherige Beweisaufnahme im Rahmen des Beweisantrags gewürdigt werden. Die vom 5. Senat gewählte Begründung bezieht sich indes auf eine gänzlich andere Fallgestaltung als die vorliegende.<sup>53</sup> Zum einen ging es in dem Beweisantrag gerade nicht um eine unergiebigere Wiederholung der Beweiserhebung (wie in dem in Bezug genommenen Fall) – die behauptete Äußerung war bislang nicht Gegenstand der Beweiserhebung gewesen, der Zeuge wurde noch nicht vernommen. Zum anderen geht es in der zitierten Entscheidung<sup>54</sup> sowie den darin genannten Zitaten darum, dass ein Zeuge wiederholt, d.h. erneut zu dem gleichen Beweisthema vernommen werden sollte. Es dürfte keine Gegenstimme zu finden sein, dass bei Beantragung der erneuten Vernehmung eines Zeugen – hier sogar ohne Benennung einer neuen Beweistatsache<sup>55</sup> – die bisherige Beweiserhebung, bezogen auf die bereits erfolgte Vernehmung des Zeugen, aus Konnexitätsgründen darzulegen ist, um dem Tatgericht zu erleuchten, welcher neue Beweisgewinn von dem Zeugen aus welchem Grund zu erwarten ist. Das Landgericht nahm offenkundig an, dass – nachdem der Zeuge Al. ausschließlich im Beisein des Zeugen I.A. den Nebenkläger besucht habe – der Zeuge I.A. anlässlich seiner Vernehmung bereits die in dem späteren Beweisantrag vortragene Äußerung des Nebenklägers hätte bekunden müssen bzw. zumindest hätte berichten müssen, dass ihm der Zeuge E. von der Äußerung des Nebenklägers erzählt habe; wovon tatsächlich auszugehen wäre, denn immerhin hatte der Zeuge I.A. Bemühungen angestellt, dass die Anzeige gegen seine Söhne zurückgenommen werde. Unterstellt – aus welchen Gründen auch immer – der Zeuge Al. habe tatsächlich nichts von der unter Beweis gestellten Behauptung gegenüber dem Vater I.A. und Dritten geäußert und sich erst jetzt während der Hauptverhandlung gegenüber der Verteidigung offenbart, dann hatte die Verteidigung im Zeitpunkt der Vernehmung des I.A. keine Möglichkeit, diesen entsprechend zur Vorbereitung eines solchen Beweisantrags zu befragen. Nur unter dieser Prämisse wird die Argumentation des Senats nachvollziehbar, wenngleich der 2. Senat 2005 entschieden hat, dass bloße Ähnlichkeiten oder thematische Nähe nicht ausreichen.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> *Widmaier*, NSTz 1993, S. 602.

<sup>51</sup> *Ders.*, a.a.O., S. 603, von ihm wiedererkannt in "Konnexität und Beweisrecht", \*

<sup>52</sup> So ja bereits das RG, siehe Fn 3.

<sup>53</sup> *Fezer*, in: HRRS 2008, 457, 459 führt das vom Senat in seiner Entscheidung unvollständig und sinnentstellend vorgebrachte Zitat *Herdegens* (*Herdegen* NSTz 2000, 7) an und spricht in diesem Zusammenhang von „handwerklichen Mängeln“.

<sup>54</sup> BGHSt 46, 80; BGHSt 19, 24 f.

<sup>55</sup> BGHSt 46, 80.

<sup>56</sup> BGH NSTz 2006, 406.

\*Referat anlässlich der 8. NSTz-Jahrestagung 2009, S.1.

### III. Sachliche Mängel der Entscheidung

Die Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht mangelhaft.

#### 1. Verbot der Beweisantizipation

Sie verstößt gegen das Verbot der Beweisantizipation.<sup>57</sup> Danach darf ein Beweisantrag nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Beweisbehauptung sei durch die bisherige Beweisaufnahme widerlegt.<sup>58</sup> Der 5. Senat umgeht hier dieses Verbot, indem er den Antrag schlicht als Beweisermittlungsantrag qualifiziert mit der Begründung, der Antrag genüge nicht dem Konnexitätserfordernis.

#### 2. Beweiswürdigung des Zeitpunkts der Antragsstellung

Weiterhin setzt sich diese Entscheidung über das in BGH v. 23.10.2001, 1 StR 415/01, formulierte Postulat hinweg, wonach der Zeitpunkt der Beweisantragsstellung als solcher einer Beweiswürdigung grundsätzlich nicht zugänglich sei,<sup>59</sup> ohne dies auch nur zu erörtern. Grundsätzlich dürfen nachteilige Schlüsse aus der Wahrnehmung prozessualer Rechte durch den Angeklagten jedenfalls dann nicht gezogen werden, „wenn dieses Prozessverhalten nicht in einem engen und einem einer isolierten Bewertung unzugänglichen Sachzusammenhang mit dem Inhalt seiner Einlassung steht“.<sup>60</sup> Selbst wenn der Zeitpunkt einer Beweisantragstellung als solcher einer Beweiswürdigung ausnahmsweise zugänglich sein sollte,<sup>61</sup> sei eine darauf abstellende Beweisführung nur dann lückenlos und tragfähig, wenn nahe liegende unverfängliche Erklärungsmöglichkeiten für den späten Beweisantritt erörtert und ausgeräumt werden. Nicht anders hat sich der 5. Senat in seiner Entscheidung unter Rn 19 verhalten: er hat sich mit Erklärungsmöglichkeiten für den späten Zeitpunkt der Antragsstellung befasst. Der Entscheidung des 1. Senats folgend hätte dann aber der Zeitpunkt der Antragsstellung einer Beweiswürdigung nicht zugänglich sein dürfen. Wäre das Landgericht dem Beweisantrag nachgekommen und hätte den Zeugen gehört, hätte es den Zeitpunkt des Beweisantrags danach ebenfalls insofern in die Beweiswürdigung mit einfließen lassen können, als es hätte argumentieren können, dass sich der Zeuge auf Grund des späten Beweisantrags auf das bisherige Beweisergebnis hätte einstellen können. Dies zeigt zugleich auf, worin das eigentliche Begehren des 5. Senats liegt: ihm geht es darum, dass der Antragsteller zugleich die Plausibilität seiner unter Beweis gestellten Behauptung dartun soll.<sup>62</sup> Indem der Senat die Berücksichtigung der bisherigen Beweisaufnahme ins Spiel bringt, führt er erstmals eine zeitliche Komponente ein, die nicht nur unter dem Gesichtspunkt, dass der Antragsteller möglicherweise gezwungen wird, sein gesamtes Verteidigungskonzept zu offenbaren,<sup>63</sup> abzulehnen ist, sondern auch den schwerwiegenden Verdacht begründet, dass es ihm letztendlich darum geht, einen neuen Weg zur

Sanktionierung nicht nachweisbarer Verzögerungsabsichten zu gehen.<sup>64</sup>

#### 3. Fair Trial

Auffallend und nicht nachvollziehbar ist die Argumentation des 5. Senats unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 3.9.1997,<sup>65</sup> wonach der Antragsteller in dem den Antrag ablehnenden Beschluss – wie auch hier – auf dessen Defizite hingewiesen werde; er erhalte hierdurch die Möglichkeit, den Antrag sachgerecht zu ergänzen.<sup>66</sup> Das Zitat überrascht, enthält doch die Entscheidung komprimiert zahlreiche Argumente gegen die jetzige Entscheidung: Die im Rahmen der erhobenen Rüge des Verstoßes gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren wegen der Nichterteilung des richterlichen Hinweises lehnte der 5. Senat mit der Begründung ab, dass dies andernfalls darauf hinausliefe, dass sich der Tatrichter vor Abschluss der Beweiserhebung in einer Art „schriftlichen Zwischenverfahren“ zu erklären hätte, wie er den Inhalt der Beweiserhebung aufgenommen und wie er das Ergebnis der Verwendung eines einzelnen Beweismittels – hier einer Zeugenvernehmung – verstanden habe. Was für das Gericht gilt, muss auch für die übrigen Prozessbeteiligten gelten – ebenfalls auf Grund des Fair-Trial-Gebotes.

Gerade im Bewusstsein der zuvor genannten Entscheidung<sup>67</sup> werden in der Praxis nicht selten die Beweisanträge in der Hauptverhandlung mit Blick auf die Revision begründet, indem man Bezug nimmt auf bisherige Beweiserhebungen und diese wiedergibt, was zu Recht häufig kritisiert wird.<sup>68</sup> Auch *Schneider* sieht sich durch die Begründung der hier zu besprechenden Entscheidung an § 257 StPO erinnert.<sup>69</sup>

<sup>57</sup> So auch *Fezer*, in: HRRS 2008, 459; *Eisenberg*, in: ZJS 2008, 470; im Ergebnis auch *Brüning*, in: ZJS 2008, 555. · S.U.

<sup>58</sup> RG I, 190; BGHSt 8, 181; NStZ 87, 17; LR-Gollwitzer, StPO, § 244 Rn 182 ff.; KK-Herdeggen, 5. Aufl., StPO § 244 Rn 42; KK-Fischer, 6. Aufl., § 244 Rn 127; *Eisenberg*, Beweisantragsrecht, Rn 198.

<sup>59</sup> So auch *Eisenberg*, a.a.O., S. 469; *Brüning*, a.a.O., S. 556.

<sup>60</sup> BGHSt 45, 367 f.

<sup>61</sup> So noch Senat, BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 10; differenzierend auch BGHSt 45, 367, 369/370.

<sup>62</sup> So zutreffend von *Schneider* herausgearbeitet, a.a.O., S. 628 f., der hier zu Recht einen unter der Hand vorgenommenen Perspektivenwechsel vom Beweisantragsrecht hin zu § 261 StPO enttarnt.

<sup>63</sup> So zutreffend auch *Tepperwien*, Widmaier-FS, S. 589.

<sup>64</sup> Der 1. Senat hatte in seiner Entscheidung vom 9.5.2007, StV 2007, 454, damit begonnen, den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung deutlich weniger restriktiv auszulegen und den Tatgerichten empfohlen, namentlich bei länger dauernden Verfahren von mindestens zehn Hauptverhandlungstagen die Verfahrensbeteiligten unter Fristsetzung zur Stellung von etwaigen Beweisanträgen aufzufordern.

<sup>65</sup> BGHSt 43, 212 ff.

<sup>66</sup> Rn 17.

<sup>67</sup> Deren Ausgangslage eine schriftliche Erklärung der Verteidigung gem. § 257 Abs. 2 StPO zur Wahrnehmung einer Zeugenvernehmung durch die Verteidigung enthielt.

<sup>68</sup> *Widmaier/Widmaier*, MAH Strafverteidigung § 9 Rn 42.

<sup>69</sup> *Schneider* a.a.O. S. 628.

#### IV. Behinderung der Verteidigung gem. § 338 Nr. 8 StPO

Will der 5. Senat tatsächlich an seiner aufgestellten Forderung zur Darstellung der Konnexität festhalten, dürfte künftig im Gegenzug zu fordern sein, dass bei Unterlassen eines entsprechenden Hinweises des Tatgerichts zu dem aus seiner Sicht bestehenden Mangel der Darlegung der Konnexität künftig der absolute Revisionsgrund der Behinderung der Verteidigung gem. § 338 Nr. 8 StPO greifen muss.<sup>70</sup> Die Forderung ist im Lichte von Art. 19 Abs. 4 und 103 Abs. 2 GG zu erheben. Der gem. §§ 34, 35 StPO zu begründende und bekannt zu gebende Beschluss soll den Antragsteller über die aus Sicht des Gerichts vorliegenden Ablehnungsgründe informieren und ihm Gelegenheit zu geben, sich damit auseinanderzusetzen.<sup>71</sup> Er kann auch die Aushändigung einer Abschrift des Beweisbeschlusses verlangen, andernfalls u.U. die Rüge der Verletzung des Gebots des fairen Verfahrens<sup>72</sup> oder der Behinderung der Verteidigung gem. § 338 Nr. 8 StPO<sup>73</sup> begründet sein kann. Bereits das Reichsgericht hatte § 338 Nr. 8 StPO zur Fortentwicklung des Beweisantragsrechts herangezogen, welches zunächst unzulänglich geregelt war.<sup>74</sup> Wenngleich die Bedeutung des § 338 Nr. 8 StPO infolge der Anwendung verfahrensrechtlicher Einzelvorschriften in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung nur noch eine untergeordnete ist, ist *Baldus*<sup>75</sup> und *Hanack*<sup>76</sup> zuzustimmen, dass Verteidigungsbeschränkungen vorkommen können, die zu verbieten der Gesetzgeber trotz seines Bemühens, ein vollständiges System von Einzelbestimmungen zu schaffen und ständig zu ergänzen, unterlassen hat.<sup>77</sup> In diesen Bereich würde der den Antragsteller nicht genügend über die Ansicht des Gerichts zur fehlenden Konnexität auf Grund dessen Verständnisses über die bisherige Beweisaufnahme informierende Beschluss fallen. Es würde nicht ausreichen, den Antragsteller auf die fehlende Konnexität hinzuweisen, ohne zugleich den Antrag in das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme einzuordnen. Denn gerade hierüber unterscheiden sich Gericht und Verteidigung in ihrem Verständnis über das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme, namentlich der Aussage von Zeugen, nicht selten. Darüber hinaus würde mit einer solchen Forderung *Hamm* entsprochen, der bereits anlässlich der im Jahr 1993 ergangenen „Flamingo-Entscheidung“ von einer unerträglichen Einschränkung der Verteidigung sprach, wenn der Antragsteller zugleich erkunden und darlegen müsse, woher der Zeuge sein Wissen habe.<sup>78</sup>

#### V. Ausblick

Angesichts der Erheblichkeit der aufgezeigten Mängel ist mit Erleichterung die Spruchpraxis anderer Senate zu würdigen: Der dritte Senat weist in seinem Beschluss, 3 StR 181/08, vom 14.8.2008 zunächst darauf hin, dass aus seiner Sicht nicht abschließend geklärt sei, ob mit dem Begriff der „Kon-

nexität“ ein eigenständiges konstitutives Element eines Beweisantrags benannt oder lediglich die notwendige Konkretisierung der Beweistatsache umschrieben werde,<sup>79</sup> wenngleich in späteren Judikaten dem Begriff allmählich ein darüber hinausgehendes Verständnis beigelegt worden sei.<sup>80</sup> Er bezeichnet die hier zu besprechende Entscheidung des fünften Senats als „sehr weitgehend“. Der zweite Senat macht in seinem Beschluss, 2 StR 195/08, vom 22.8.2008 deutlich, dass es auch bei einem Beweisantrag mit einer Negativbehauptung letztendlich auf die dargestellten Umstände und die Begründung ankommt, mithin sich die Konnexität auch indirekt aus dem Beweisantrag ergeben kann.<sup>81</sup> Dementsprechend bemängelte er in den Beschlussbegründungen des Landgerichts die Vermischung einer unzureichenden Auslegung des Antrags mit einer hier unzulässigen Beweisantizipation und einem unzutreffenden Verständnis des Erfordernisses der Konnexität.<sup>82</sup>

Im Anschluss an seine Entscheidung vom 10.6.2008 hatte der 5. Senat bereits am 24.6.2008 eine weitere Revision mit Beschluss, 5 StR 238/08, gem. § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen. Gleichwohl hatte er es für notwendig erachtet, zur erhobenen Beweisantragsrüge unter Bezugnahme auf die hier zu besprechende Entscheidung anzumerken, es bestünden durchgreifende Bedenken gegen die Bestimmtheit der Beweisbehauptung, weil in dem Beweisantrag trotz fortgeschrittener Beweisaufnahme nichts zu Angaben bereits vernommener Zeugen zu der behaupteten, in ihrer Anwesenheit geschehenen Situation bei Empfangnahme der SMS der Nebenklägerin mitgeteilt sei, insbesondere auch nicht zur bisherigen Aussage eines bestimmten Zeugen, dessen wiederholte Vernehmung gleichfalls beantragt worden sei. Die Beweggründe für diesen obiter dictum erschließen sich nicht; denn auch hier geht es um die wiederholte Vernehmung eines bereits vernommenen Zeugen. Die fehlerhafte, am Sachverhalt schlicht vorbeigehende Argumentation wird hier weiter fortgesetzt. Angesichts der Entscheidungen

<sup>70</sup> Im Ansatz entsprechend der 5. Senat der hier besprochenen Entscheidung, Rn 17 unter Bezugnahme auf BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 38.

<sup>71</sup> KK-Fischer § 244 Rn 119 m.w.N.

<sup>72</sup> Vgl. BGHSt 41, 140 ff., Rn 5, wobei dort mangels Beruhens die Rüge nicht zum Erfolg führte.

<sup>73</sup> Offen gelassen in BGH StV 2008, 57 = NSTz 2008, 110 = StraFo 2008, 25, wobei der 1. Senat mehr zum Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens tendiert.

<sup>74</sup> Vgl. Ausführungen mit Rechtsprechungsnachweisen in: *Baldus*, Heusinger-FS, S. 376.

<sup>75</sup> *Baldus*, Heusinger-FS, S. 373; ihm ist schon LR-Meyer in der 23. Aufl. Rn 115 gefolgt; ebenso *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, S. 467 ff.; vgl. auch HK-Temming 36; KK-Pikart 100.

<sup>76</sup> LR-Hanack, 25. Aufl., § 338 Rn 127.

<sup>77</sup> LR-Hanack, a.a.O. m.w.N.

<sup>78</sup> S. Fn 27.

<sup>79</sup> Rn 13.

<sup>80</sup> A.a.O. m.w.N. zur Rspr.

<sup>81</sup> Rn 7.

<sup>82</sup> Rn 8.

der übrigen Senate bleibt zu hoffen, dass auch der 5. Senat zu seinem ursprünglichen Verständnis von Konnexität zurückfindet.