

# Die Ablehnung von Beweisanträgen nach § 245 Abs. 2 StPO und das Selbstladerecht des Angeklagten

Von Wiss. Mitarbeiter **Dominik Waszczyński**, LL.M., Osnabrück

## I. Einführung

Die Möglichkeit, einen Beweisantrag zu stellen, ist ein elementares Recht der Verteidigung. Diese erhält dadurch die Möglichkeit, Beweismittel, von denen sie sich eine Stärkung ihrer Strategie verspricht, in den Prozess einzuführen und so auf die Wahrheitsfindung aktiv Einfluss zu nehmen.<sup>1</sup> Bei den Beweismitteln<sup>2</sup> lässt sich zwischen nicht präsenten und präsenten differenzieren. Während die Ablehnung von Beweisanträgen, die Erstgenannte betreffen, nach § 244 Abs. 3 bis 4 StPO erfolgt, können Anträge, die sich auf präsen- te Beweismittel beziehen, ausschließlich<sup>3</sup> aufgrund der in § 245 Abs. 2 S. 3 StPO genannten Gründe vom Gericht zurückgewiesen werden.<sup>4</sup>

Diese Unterscheidung hat eine ganz wesentliche Bedeutung, weil der Numerus Clausus der Ablehnungsgründe in § 245 Abs. 2 S. 3 StPO enger ist als der in § 244 Abs. 3 bis 4 StPO und daher dem Gericht weniger Möglichkeiten gibt, den beantragten Beweis nicht erheben zu müssen. Aus Verteidigersicht hat es also einen prozesstaktischen Vorteil, wenn der Antrag als Beweismittel ein präsentes benennen kann. Die Bezeichnung „präsen- tes“ Beweismittel verwendet das Gesetz allerdings nicht und sie ist in dessen Sinne auch nicht ganz präzise.<sup>5</sup> § 245 Abs. 2 StPO spricht von „vom Angeklagten [...] vorgeladenen und auch erschienenen Zeugen und Sachverständigen“. Demnach reicht also eine bloße Gegenwart – Präsenz – der Beweisperson gerade nicht aus, um einen sie betreffenden Beweisantrag nach § 245 Abs. 2 S. 3 StPO zu behandeln. Vielmehr ist eine vorherige Ladung dieser Person, der sie Folge geleistet hat, notwendig. Dies verschleiert der Begriff „präsen- tes Beweismittel“<sup>6</sup>. Um Feh-

lerquellen zu vermeiden, sollte man sich diesen Umstand daher von Beginn an klar machen.

In den folgenden Ausführungen wird zunächst am Beispiel des Zeugen erläutert werden, wie § 245 Abs. 2 StPO und das Recht des Angeklagten aus § 220 StPO, eine Beweisperson selbst laden zu lassen, miteinander zusammenhängen, um anschließend die Unterschiede zwischen den Ablehnungsgründen nach § 244 StPO und § 245 StPO darzustellen.

Der Verdeutlichung dieser Unterschiede soll dabei ein den äußerst praxisrelevanten Ablehnungsgrund der Wahr- un- terstellung betreffendes Beispiel dienen.

Abschließend wird der Focus noch auf einige Besonderheiten im Zusammenhang mit dem Sachverständigenbeweis gerichtet.

## II. Der Zusammenhang zwischen § 245 Abs. 2 StPO und § 220 StPO

Wie gesehen ist es für die Anwendbarkeit des § 245 Abs. 2 StPO auf einen Personalbeweisantrag erforderlich, dass die betreffende Beweisperson zuvor geladen worden ist. Die Regelung steht damit am Ende eines Vorgangs, der im Hauptverfahren bereits bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung begonnen hat.

Die für diesen Vorgang relevanten Normen sind die §§ 245 Abs. 2, 220, 219, 38, 48 stopp.

Zur Veranschaulichung der Art und Weise ihres Zusammenwirkens folgendes Beispiel:

*Fall 1a:* A ist angeklagt, am 3.7.2009 um 15.30 Uhr einen goldenen Ring aus einem Juweliergeschäft in der Bremer Innenstadt gestohlen zu haben.

Sein Anwalt Dr. L beantragt im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung, dass Z als Zeuge geladen werde, um zu beweisen, dass A noch um 14.45 Uhr mit diesem beim Angeln am Rubbenbruchsee in Osnabrück gewesen war. Der Vorsitzende verfügt die Ablehnung des Antrags gem. § 219 Abs. 1 S. 2 StPO mit der Begründung, der Aufenthaltsort des Z sei unbekannt und er daher unerreichbar i.S.v. § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 5 StPO.

Allerdings findet der investigativ erfolgreiche und mit L befreundete Detektiv M heraus, dass sich Z momentan im Hotel „Zur Post“ aufhält.

Wie kann Dr. L jetzt vorgehen?

### 1. Ausgangspunkt

Die Verteidigung hat gem. § 219 Abs. 1 StPO das Recht, im Zuge der Vorbereitung der Hauptverhandlung Beweisanträge zu stellen. Dadurch erhält sie die Möglichkeit, schon frühzeitig auf das Verfahren Einfluss zu nehmen, indem sie eine Entlastungsperspektive aufzeigen und Kooperationsbereitschaft demonstrieren kann.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Zur Bedeutung des Beweisantragsrechts für die Verteidigung vgl. *Julius*, in: Ders./Gercke/Kurth/Lemke/Pollähne/Rautenberg (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 4. Aufl. 2009, § 244 Rn. 2.

<sup>2</sup> Gemeint sind hier nur die Personenbeweise des Zeugen und des Sachverständigen, auf die sich die Darstellung beschränken soll.

<sup>3</sup> Vgl. den Wortlaut des § 245 Abs. 2 S. 3 StPO: „[...] darf er nur abgelehnt werden [...]“.

<sup>4</sup> Sollte die Erhebung des beantragten Beweises allerdings unzulässig sein, so bestimmt § 245 Abs. 2 S. 2 StPO, ebenso wie § 244 Abs. 3 S. 1 StPO es für nicht präsen- te Beweismittel tut, eine obligatorische Antragsablehnung.

<sup>5</sup> Jedoch handelt es sich um die als gängig etablierte Terminologie; vgl. BT-Drs. 8/976, S. 50; *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 10. Aufl. 2008, Rn. 439 ff.; *Pfeiffer*, *Strafprozessordnung*, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 245 Rn. 1 f. Deshalb wird sie auch hier verwendet.

<sup>6</sup> Sachgerechter wäre es, etwa von „herbeigeschafften“ Beweismitteln zu sprechen. Siehe *Fischer*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 245 Rn. 8 f.

<sup>7</sup> *Julius* (Fn. 1), § 219 Rn. 2; *Hamm*, *StV* 1982, 490 (491).

Hierbei muss ein Beweisantrag<sup>8</sup> den üblichen Kriterien genügen, die auch in der Hauptverhandlung gefordert werden. Danach ist ein Beweisantrag das [...] vorgebrachte Verlangen eines Prozessbeteiligten, über eine, die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betreffende, bestimmt behauptete Tatsache unter Gebrauch eines bestimmt bezeichneten Beweismittels Beweis zu erheben.<sup>9</sup>

Ein dementsprechender Beweisantrag kann mit den Gründen des § 244 Abs. 3 bis 5 StPO abgelehnt werden.<sup>10</sup> Zuständig für die Ablehnung ist nicht das Gericht, sondern allein der Vorsitzende.<sup>11</sup>

Dies bildet also die Ausgangslage, der sich Dr. L hier gegenüber sieht; er hat einen korrekten Antrag gestellt, der ebenso korrekt abgelehnt worden ist.

## 2. Reaktionsmöglichkeit

Um sein Ziel, den Z als Zeugen in der Hauptverhandlung zu hören, erreichen zu können, hat Dr. L zwei Alternativen. Da es sich bei der Verfügung nach § 219 Abs. 1 S. 2 StPO um eine vorläufige Entscheidung handelt,<sup>12</sup> kann er seinen Beweisantrag, ohne zuvor weiter tätig zu werden, in der Hauptverhandlung wiederholen. Dann allerdings unterfällt der Beweisantrag § 244 Abs. 3 S. 2 StPO mit seinem im Vergleich zu § 245 Abs. 2 S. 3 StPO weiter gefassten Katalog von Ablehnungsgründen. Diese Handlungsmöglichkeit sollte demnach nicht unbedingt die erste Wahl für die Verteidigung sein. Stattdessen liegt es für Dr. L näher, in der folgenden Weise auf die Ablehnung seines Antrags zu reagieren:

### a) Schritt eins: Die unmittelbare Ladung

Nach § 220 Abs. 1 S. 1 StPO kann der Angeklagte eine Person zur Hauptverhandlung unmittelbar selbst laden lassen. Dadurch entsteht für den Zeugen dieselbe Pflicht, zum in der Ladung genannten Termin zu erscheinen, die ihn träfe, wenn das Gericht ihn geladen hätte.

Um dies in Bezug auf Z zu erzielen, müsste Dr. L gem. § 38 StPO den Gerichtsvollzieher mit der Ladung von Z beauftragen. Dieser kann dem Z dann gem. § 37 Abs. 1 StPO i.V.m. § 177 ZPO dort, wo er angetroffen wird, die Ladung überbringen.

Allerdings muss weiterhin Folgendes beachtet werden:

<sup>8</sup> Es sind auch bedingte, insbesondere Hilfsbeweisanträge möglich. Vgl. dazu *Meyer-Göbner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 219 Rn. 1.

<sup>9</sup> Zu den Voraussetzungen eines Beweisantrags vgl. BGHSt 1, 29 (31); 6, 128 (129), BGH NJW 2008, 3446; *Julius* (Fn. 1), § 244 Rn. 20 ff.

<sup>10</sup> OLG Köln MDR 1953, 376; *Nierwetberg*, Jura 1984, 633. Der Anwendungsbereich von § 244 Abs. 3 und 4 StPO ist angesichts des vorläufigen Charakters der Entscheidung, sprich der Verfügung nach § 219 Abs. 1 S. 2 StPO, allerdings nicht unumstritten. Vgl. dazu *Julius* (Fn. 1), § 219 Rn. 8.

<sup>11</sup> BGHSt 1, 287; OLG Celle NJW 1957, 1812; OLG Köln MDR 1953, 376; *Julius* (Fn. 1), § 219 Rn. 7.

<sup>12</sup> Siehe Fn. 3 und ferner *Julius* (Fn. 1), § 219 Rn. 8.

aa) Gem. § 220 Abs. 1 StPO ist die unmittelbar geladene Person nur zum Erscheinen verpflichtet, wenn die gesetzliche Entschädigung bar bezahlt oder deren Hinterlegung nachgewiesen wird.

Die nach dem JVEG zu erfolgende Berechnung der Entschädigung hat der Angeklagte dabei selbst vorzunehmen.<sup>13</sup>

bb) Für den Fall, dass der Zeuge nicht bereit ist, der Ladung Folge zu leisten, und deshalb der Hauptverhandlung unentschuldigt fernbleibt, ist das Gericht verpflichtet, die in § 51 StPO vorgesehenen Maßnahmen zu verhängen.<sup>14</sup> Das bedeutet, dass der Zeuge nach § 51 Abs. 1 S. 3 StPO insbesondere auch zwangsweise vorgeführt werden kann. Um aber das Erscheinen auf diese Weise erzwingen zu können, muss mit der Ladung ein dem § 48 StPO entsprechender Hinweis über die Folgen des Ausbleibens nach § 51 StPO verbunden werden.<sup>15</sup>

cc) Wenngleich die Verteidigung weder dem Geladenen noch der Staatsanwaltschaft und dem Gericht das Beweisthema mitteilen muss, sind Letztgenannte gleichwohl von der Ladung gem. § 222 Abs. 2 StPO zu verständigen, indem die Verteidigung ihnen den Zeugen namhaft macht und dessen Wohn- und Aufenthaltsort angibt.<sup>16</sup> Die ordnungsgemäße Ladung des Zeugen weist die Verteidigung dem Gericht dabei nach, indem sie den zurückgesendeten Ladungsauftrag vorlegt.<sup>17</sup>

### b) Zwischenergebnis

Wenn Dr. L diese drei vorgenannten Punkte beachtet, gelingt es ihm, ein Erscheinen des Z in der Hauptverhandlung in der gleichen Weise zu sichern, wie es der Fall wäre, wenn dieser gerichtlich geladen worden wäre.<sup>18</sup> Damit ist dann der Boden bereitet, um einen nach § 245 Abs. 2 StPO zu behandelnden Beweisantrag in der Hauptverhandlung stellen zu können. Dies führt Dr. L zu:

<sup>13</sup> Für den Fall, dass Z zur Aufklärung dienlich gewesen sein wird, würde er gem. § 220 Abs. 3 StPO auf Antrag aus der Staatskasse zu entschädigen sein, soweit er nicht bereits voll vom Angeklagten entschädigt worden wäre. Vgl. dazu und zu der Frage der Erstattungsansprüche im Verhältnis Angeklagter und Staat *Julius* (Fn. 1), § 220 Rn. 11.

<sup>14</sup> *Julius* (Fn. 1), § 220 Rn. 8; *Meyer-Göbner* (Fn. 8), § 220 Rn. 8.

<sup>15</sup> *Joecks*, Strafprozessordnung, Studienkommentar, 2. Aufl. 2008, § 220 Rn. 2; *Pfeiffer* (Fn. 5), § 220 Rn. 3.

<sup>16</sup> Dies hat besonders im Fall des § 220 Abs. 1 S. 2 StPO, der gerade besagt, dass die Verteidigung eine Beweisperson auch unmittelbar selbst laden lassen kann, ohne dass es eines vorherigen Beweisantrags gem. § 219 Abs. 1 S. 1 StPO bedürfte, Relevanz.

<sup>17</sup> *Julius* (Fn. 1), § 220 Rn. 8.

<sup>18</sup> Zu beachten ist allerdings, dass die unter (3.) erwähnte Namhaftmachung zwar keine Voraussetzung für eine wirkungsvolle Ladung ist. Gleichwohl sollte der Verteidiger Gericht und Staatsanwaltschaft den Zeugen namhaft machen, um terminliche Komplikationen zu vermeiden. Vgl. dazu *Meyer-Göbner* (Fn. 8), § 222 Rn. 5 und 7.

## c) Schritt zwei: Stellen eines Beweisantrags

Kommt der Zeuge der unmittelbaren Ladung durch die Verteidigung nach und erscheint zum Termin der Hauptverhandlung, ist der (ausschließliche<sup>19</sup>) Bereich des § 245 Abs. 2 StPO eröffnet; er ist dann ein präsentives Beweismittel i.S.d. Norm.<sup>20</sup>

Stellt Dr. L nun in der Hauptverhandlung einen gem. § 245 Abs. 2 S. 1 StPO erforderlichen Beweisantrag,<sup>21</sup> muss das Gericht die Beweisaufnahme auf Z erstrecken, wenn nicht ein Ablehnungsgrund aus § 245 Abs. 2 StPO die Zurückweisung ermöglicht. Dagegen wäre eine Ablehnung auf Grundlage von § 244 Abs. 3 StPO nun nicht mehr zulässig.

## d) Ergebnis

Die Vorschrift des § 245 Abs. 2 S. 3 StPO sieht im Gegensatz zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO den Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit nicht vor. Dies würde auch keinen Sinn machen, da der Zeuge ja bereits vor Ort und somit alles andere als unerreichbar ist.<sup>22</sup> Wenn das Gericht also keinen anderen der in § 245 Abs. 2 S. 3 StPO genannten Ablehnungsgründe als gegeben ansieht und auch nicht von der Unzulässigkeit einer Beweiserhebung gem. § 245 Abs. 2 S. 2 StPO ausgeht, müsste Z auf den Antrag des Dr. L hin vernommen werden.

### III. Die Unterschiede zwischen den Ablehnungsgründen des § 244 Abs. 3 StPO und des § 245 Abs. 2 StPO

In § 245 Abs. 2 S. 3 StPO fällt als erstes auf, dass der Katalog im Gegensatz zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO nicht sieben, sondern nur fünf Ablehnungsgründe enthält. Es fehlen namentlich die Wahrunterstellung und die Unerreichbarkeit. Des Weiteren wird anstelle der Bedeutungslosigkeit der Ablehnungsgrund des fehlenden Zusammenhangs in der Vorschrift genannt. Außerdem finden sich dort keine zusätzlichen, speziell für den Sachverständigen geltenden Ablehnungsgründe, wie es in § 244 Abs. 4 S. 1 StPO (eigene Sachkunde des Gerichts) und § 244 Abs. 4 S. 2 (Gegenteilsbeweis durch früheres Gutachten) der Fall ist. Nachfolgend sollen die einzelnen Ablehnungsgründe in § 245 Abs. 2 S. 3 StPO etwas genauer beleuchtet werden.

Dabei soll zur Veranschaulichung zunächst an den oben angeführten Fall 1a angeknüpft werden. Auf den ersten Blick erschließt sich nicht unbedingt, warum dem eben dargestellten Ergebnis<sup>23</sup> entsprechend es für die Verteidigung von Vorteil sein soll, dass ihr Beweisantrag vom Gericht einzig nach § 245 Abs. 2 StPO zu behandeln ist. Z ist schließlich – jedenfalls, solange er in dem fraglichen Hotel verweilt – nicht

mehr unerreichbar, so dass auch einem nach § 244 Abs. 3 StPO zu behandelnden Beweisantrag stattgegeben werden müsste. Dass es demgegenüber für die Verteidigung durchaus vorteilhaft ist, einen an die unmittelbare Selbstladung anknüpfenden Beweisantrag auf Verwendung eines präsentiven Beweismittels stellen zu können, verdeutlicht der sich an das zu Fall 1a gefundene Ergebnis anschließende

*Fall 1b:* Nachdem Z auf die Ladung hin tatsächlich zur Hauptverhandlung erschienen ist, stellt Dr. L seinen Beweisantrag. Das Gericht allerdings möchte den Antrag ablehnen, da es die Tatsache, dass A sich um 14.45 Uhr beim Angeln befunden habe, als wahr behandeln will. Darf es einen entsprechenden Beschluss fassen?

#### 1. Die Wahrunterstellung gem. § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 7 StPO

Würde es sich bei Z nicht um einen präsenten Zeugen handeln, käme eine Ablehnung des Antrags aufgrund von § 244 Abs. 3 StPO in Betracht. Im vorliegenden Fall beruft sich das Gericht auf § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 7 StPO, die sog. Wahrunterstellung. Danach kann ein Beweisantrag abgelehnt werden, „wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.“ Dieser Ablehnungsgrund erfreut sich bei den Tatrichern, die aus prozessökonomischen Erwägungen nutzlose Beweisanträge vermeiden wollen, im strafprozessualen Alltag außerordentlicher Beliebtheit<sup>24</sup> und spielt daher in der Praxis eine ganz erhebliche Rolle.<sup>25</sup> Nach h.M. handelt es sich bei der Wahrunterstellung um eine Vorwegnahme des Grundsatzes „in dubio pro reo“.<sup>26</sup> Da in der Rechtsprechung mitunter die Aussage anzutreffen ist,<sup>27</sup> der Zweifelsatz sei auf Indiztatsachen – wie die im hiesigen Fall zu beweisende – nicht anwendbar, wird teilweise behauptet, auch die Wahrunterstellung finde auf Indiztatsachen keine Anwendung.<sup>28</sup> Allerdings verbietet sich eine Anwendung des „in dubio pro reo“-Satzes auf Indiztatsachen nicht generell. Vielmehr geht es nur darum, dass er nicht isoliert auf einzelne Indiztatsachen angewendet werden darf, sondern sämtliche Indizien in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden müssen.<sup>29</sup> Dementsprechend geht die h.M. davon aus, dass Gegenstand einer Wahrunterstellung auch eine Indiztatsache sein und ein darauf bezogener Beweisantrag

<sup>24</sup> Vgl. zur Vermeidung von Begründungsaufwand *Schweckendieck*, NStZ 1997, 257.

<sup>25</sup> *Fischer* (Fn. 6), § 24 Rn. 183; *Veh*, ZIS 2010, 246 m.w.N.

<sup>26</sup> RGSt 47, 417 (424); BGH bei *Holtz*, MDR 1981, 452 (456); *Tenckhoff*, Die Wahrunterstellung im Strafprozess 1980, S. 149; *Veh*, ZIS 2010, 246 f.; *Fischer* (Fn. 6), § 244 Rn. 184; *Herdegen*, NStZ 1984, 337 (349).

<sup>27</sup> Zuletzt BGH NStZ-RR 2009, 90 (91).

<sup>28</sup> *Grünwald*, in: Festschrift für Richard M. Honig, zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970, S. 53; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 241, 243.

<sup>29</sup> Instruktiv *Veh*, ZIS 2010, 246 (247); *Dietmeier*, ZIS 2008, 101 (103); vgl. auch BGH NStZ 1983, 422.

<sup>19</sup> Vgl. Fn. 3.

<sup>20</sup> Siehe oben unter I.

<sup>21</sup> Allerdings wird man hier annehmen dürfen, dass die Anforderungen an die Konkretisierung der Beweistatsache im Vergleich zu nicht präsenten Beweismitteln etwas herabzusetzen sind, da wegen der Präsenz der Beweisperson eine sofortige Befragung nach §§ 69, 241 StPO möglich ist; vgl. *Julius* (Fn. 1), § 245 Rn. 5.

<sup>22</sup> BT-Drs. 8/976, S. 53.

<sup>23</sup> Vgl. II. 2. d).

gem. § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 7 StPO abgelehnt werden kann.<sup>30</sup> Würde sich im Fall also aus einer Gesamtwürdigung aller Indizien nach Einschätzung des Gerichts nicht widerlegen lassen, dass A noch um 14.45 Uhr in Osnabrück gewesen ist, könnte der Antrag gem. § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 7 StPO zurückgewiesen werden.<sup>31</sup>

Da Z allerdings i.S.d. § 245 Abs. 2 StPO ein präsentisches Beweismittel ist, findet § 244 Abs. 3 StPO auf ihn keine Anwendung und § 245 Abs. 2 S. 3 StPO enthält den Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung nicht, so dass der Antrag des Dr. L nicht abgelehnt werden dürfte.

Allerdings lässt sich auch hier noch nicht erkennen, warum dies unbedingt von Vorteil für die Verteidigung sein soll. So scheint sie doch ihr Ziel dadurch erreicht zu haben, dass das Gericht die als zu beweisen angestrebte Tatsache als wahr behandeln will. Außerdem ist die Wahrunterstellung für die Verteidigung ein nicht zu verachtender Gradmesser, was die bisherige Überzeugung des Gerichts von der Täterschaft des Angeklagten anbelangt. Denn auf Grund ihrer dürfen ausschließlich Beweisanträge abgelehnt werden, die eine erhebliche Tatsache zum Gegenstand haben. Erheblich ist eine Beweistatsache dann, wenn das Gericht zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht ausschließen kann, dass sie die gedanklich gebildete Entscheidung in irgendeiner Weise zu beeinflussen vermag.<sup>32</sup> Da § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 7 StPO die Ablehnung auf Grund der Wahrunterstellung aber nur bezüglich den Angeklagten entlastender Behauptungen zulässt, kann eine solche Behauptung nur dann „erheblich“ sein, wenn das Gericht zur Zeit des Ablehnungsbeschlusses noch von der Verurteilbarkeit des Angeklagten ausgeht.<sup>33</sup> Eben diese Erkenntnis könnte die Verteidigung aus einem entsprechenden Ablehnungsbeschluss ziehen und ihr weiteres Verhalten darauf aufbauen. Deshalb erscheint die Wahrunterstellung der behaupteten Tatsache vordergründig als positiv.<sup>34</sup>

Bei genauerem Hinsehen erweist sich die durch die Ablehnung aufgrund der Wahrunterstellung entstandene Prozesssituation für die Verteidigung aber als durchaus nicht unproblematisch. Wenngleich sie durch die Ablehnung zwar Einblick in die bisherige Überzeugung des Gerichts erhalten hat, ist nur durch die als wahr unterstellte Tatsache noch

nichts gewonnen. Denn ein Freispruch darf sich nicht allein auf die bloße Unterstellung einer Tatsache gründen.<sup>35</sup>

Abgesehen davon birgt die Wahrunterstellung eine praktische Tücke. Da sich nämlich gerade die Bedeutung von Indiztatsachen nicht immer sofort abschließend bewerten lässt, dürfen nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung Beweisanträge auch dann mit der Wahrunterstellung abgelehnt werden, wenn die Beweistatsache nur möglicherweise erheblich ist.<sup>36</sup> Folglich soll in der Behandlung der Beweistatsache als erheblich zum Zeitpunkt der Antragsablehnung keine Zusage liegen, auch im Urteil von deren Erheblichkeit auszugehen.<sup>37</sup> Deshalb bestehe auch keine Pflicht des Gerichts, der Verteidigung einen Hinweis zu erteilen, wenn es von der Bewertung der Tatsache als erheblich abrücken will.<sup>38</sup> Zwar ist im Einzelnen umstritten, welche Ausnahmen davon zu machen sind und ob und wann eine Hinweispflicht des Gerichts womöglich doch besteht.<sup>39</sup> Eben diese Strittigkeit aber lässt eine für die Verteidigung unsichere und nur schwer überschaubare Situation entstehen: Kann sie sich im konkreten Fall auf die Behandlung der Tatsache als erheblich verlassen und kann sie deshalb weitere Beweisanträge unterlassen? Wird das Gericht sie bei veränderter Einschätzung informieren? Würde man in der Revision Erfolg haben, wenn man rügte, dass ein solcher Hinweis nicht erteilt worden ist?<sup>40</sup> Gerade das aus diesen Unsicherheiten resultierende Risiko, im Vertrauen auf die Bewertung der behaupteten Tatsache als erheblich einige weitere, ansonsten gebotene Beweisanträge zu unterlassen<sup>41</sup>, stellt den großen Nachteil bei einer Ablehnung aufgrund der Wahrunterstellung dar. Diese schwierige Situation aber haben Dr. L und sein Mandant A gerade vermieden, worin der Gewinn ihres Vorgehens zu erblicken ist.

Abgesehen davon dient § 245 Abs. 2 S. 3 StPO in Ergänzung des § 244 StPO dem Ausgleich zwischen Prozessökonomie und berechtigtem Beweisinteresse.<sup>42</sup> Deshalb soll die Norm dem durch § 220 StPO gewährten Selbstladerecht zur Geltung verhelfen.<sup>43</sup> Steht hinter dem Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung in § 244 Abs. 3 S. 2 StPO der Gedanke, nicht mit einem zeitaufwendig herbeizuschaffenden Beweismittel über eine ohnehin als wahr zu behandelnde Tatsache Beweis erheben zu müssen<sup>44</sup>, fällt diese Erwägung im Falle

<sup>30</sup> Tenckhoff (Fn. 25), S. 148 f.; Fischer (Fn. 6), § 244 Rn. 185; Herdegen, NStZ 1984, 337 (341 f.); Niemöller, in: Michalke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 537 (S. 547 f.); Veh, ZIS 2010, 246 (247 f.).

<sup>31</sup> Vgl. auch Veh, ZIS 2010, 246 (248).

<sup>32</sup> BGH MDR 1979, 282; Julius (Fn. 1), § 244 Rn. 39. Deshalb schließen sich die Ablehnungsgründe der Wahrunterstellung und der Bedeutungslosigkeit auch aus; Meyer-Göfner (Fn. 8), § 244 Rn. 70.

<sup>33</sup> Zur sog. „Alarmfunktion der Wahrunterstellung“ Hamm, in: Wasserburg u.a. (Hrsg.), Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters aus Anlaß seines 80. Geburtstages, 1984, S. 175.

<sup>34</sup> Vgl. dazu auch Huber, JuS 2010, 33.

<sup>35</sup> Julius (Fn. 1); § 244 Rn. 39; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl. 1998, Rn. 693 mit Fn. 1469.

<sup>36</sup> BGH GA 1972, 272; vgl. auch Fischer (Fn. 6), § 244 Rn. 185.

<sup>37</sup> BGHR § 244 Abs. 3 S. 2 StPO, Wahrunterstellung 37; Meyer-Göfner (Fn. 8), § 244 Rn. 70.

<sup>38</sup> BGH NJW 1961, 2069; BGHR § 244 Abs. 3 S. 2 StPO, Wahrunterstellung 20; Meyer-Göfner (Fn. 8), § 244 Rn. 70; vgl. auch Huber, JuS 2010, 33 (34).

<sup>39</sup> Vgl. Meyer-Göfner (Fn. 8), § 244 Rn. 70; Huber, JuS 2010, 33 (34).

<sup>40</sup> Vgl. dazu Huber, JuS 2010, 33 (34).

<sup>41</sup> Dazu Veh, ZIS 2010, 246 (248), Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, S. 656.

<sup>42</sup> Vgl. BT-Drs. 8/976, S. 51 f.

<sup>43</sup> BT-Drs. 8/976, S. 51 f.

<sup>44</sup> Zur Beweisantizipation vgl. Julius (Fn. 1), § 244 Rn. 2.

der geladenen und erschienenen Beweisperson fort. Dann aber soll im Interesse der Wahrheitsermittlung auch eine Beweiserhebung mit dem herbeigeschafften Beweismittel stattfinden. Denn der Feststellung der Wahrheit ist grundsätzlich besser gedient, wenn über die Tatsachenbehauptung der mögliche Beweis erhoben wird, als wenn das Beweisergebnis, auch in einer für den Angeklagten günstigen Weise, unterstellt wird.<sup>45</sup>

So wird letztlich die Mühe der Verteidigung, das Beweismittel herbeizuschaffen, belohnt und sie kann nun die als günstig erachtete Tatsachenbehauptung durch eine tatsächlich durchgeführte Beweisaufnahme als wahr bestätigen lassen. Angesichts seines Rehabilitationsinteresses stellt sich dies vom Standpunkt des Beschuldigten aus betrachtet als Vorteil dar; im Falle eines möglichen Freispruchs – oder einer den Schuldspruch mildernden Tatsache – kann er nun darauf pochen, dass alle ihn entlastenden Tatsachen nicht bloß unterstellt, sondern festgestellt worden sind.<sup>46</sup>

Es lässt sich also festhalten, dass eine Ablehnung des Beweisantrags hinsichtlich der Vernehmung des Z nicht aufgrund der Wahrunterstellung möglich ist, weil im Gegensatz zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO die Regelung des § 245 Abs. 2 S. 3 StPO diesen Ablehnungsgrund nicht enthält. Weiterhin ist zu konstatieren, dass dieser Umstand mit den eben gemachten Ausführungen für die Verteidigung von Vorteil ist und die durch Dr. L. veranlasste Ladung des Z demnach prozesstaktisch sinnvoll war.

## 2. Überblick über die weiteren Unterschiede zwischen den Ablehnungsgründen

### a) Unzulässigkeit der Beweiserhebung (§ 245 Abs. 2 S. 2 StPO)

Für die in § 245 Abs. 2 S. 2 StPO genannte obligatorische Ablehnung wegen Unzulässigkeit gilt dasselbe wie bei § 244 Abs. 3 S. 1 StPO.<sup>47</sup> Das bedeutet, ein Beweisantrag muss insbesondere dann zwingend abgelehnt werden, wenn das angegebene Beweismittel unter ein Beweismittel- oder ein Beweisthemaverbot fällt.<sup>48</sup>

### b) Offenkundigkeit (§ 245 Abs. 2 S. 3 Var. 2 StPO)

Hier gelten die Grundsätze aus § 244 Abs. 3 S. 2 StPO.<sup>49</sup> In dessen Fall allerdings kann ein Beweisantrag auch wegen Offenkundigkeit des Gegenteils der Beweistatsache abgelehnt werden.<sup>50</sup> Dies ist bei § 245 Abs. 2 S. 3 StPO anders. Für den Fall, dass sie ein Beweismittel gleichsam „griffbereit“ herbeigeschafft hat, will das Gesetz der Verteidigung gerade die Möglichkeit eröffnen, das Gegenteil der vom Gericht für offenkundig gehaltenen Tatsache zu beweisen. Ihre eigeninitiierte Aktivität, um die Auffassung des Gerichts zu erschüt-

tern, soll also honoriert werden.<sup>51</sup> Eine Ablehnung wegen Offenkundigkeit des Gegenteils ist daher kein zulässiger Ablehnungsgrund im Falle des § 245 Abs. 2 S. 3 StPO.<sup>52</sup>

### c) Kein sachlicher Zusammenhang (§ 245 Abs. 2 S. 3 Var. 3 StPO)

Der Ablehnungsgrund des fehlenden sachlichen Zusammenhangs ist enger als derjenige der Bedeutungslosigkeit in § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 2 StPO. Letztgenannter lässt eine Ablehnung zu, wenn ein Zusammenhang zwischen der behaupteten Tatsache und der abzuurteilenden Tat nicht besteht oder, und das ist der entscheidende Punkt, die Beweistatsache trotz eines solchen Zusammenhangs nicht geeignet ist, die Entscheidung in irgendeiner Form zu beeinflussen.<sup>53</sup> Dies kann sich aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ergeben, wobei die Einschätzung durch das Gericht aufgrund des bisherigen Beweisergebnisses erfolgt.<sup>54</sup> Mithin kann es danach einen Beweisantrag auch dann ablehnen, wenn die Tatsache selbst für den Fall ihrer Erwiesenheit nur mögliche, nicht zwingende Schlüsse zulässt und das Gericht diese möglichen Schlüsse nicht ziehen will.<sup>55</sup>

Genau dies ist im Falle des § 245 Abs. 2 S. 3 Var. 3 StPO nicht möglich. Auf die Frage, ob die Tatsache Einfluss auf das Urteil haben kann, kommt es nämlich hier überhaupt nicht an, solange sich ein sachlicher Bezug zwischen Urteilsgegenstand und Beweistatsache nicht verleugnen lässt. Deshalb kann eine Ablehnung ausschließlich dann erfolgen, wenn der Beweistatsache jeglicher inhaltliche Sachbezug zu dem anhängigen Verhandlungs- und Entscheidungsgegenstand fehlt.<sup>56</sup>

Als Beispiel für Bedeutungslosigkeit trotz eines bestehenden Sachzusammenhangs kann man sich etwa den Fall vorstellen, dass der Beweisantrag eine Hilfstatsache zur Bewertung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen zum Gegenstand hat und das Gericht eine Beeinflussung seiner Entscheidung dadurch nicht für möglich hält.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass § 245 Abs. 2 S. 3 Var. 3 StPO nur einen Teil des Ablehnungsgrundes der Bedeutungslosigkeit aus § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 2 StPO erfasst, da dieser nicht alle Fälle des fehlenden Zusammenhangs erfasst.

### d) Erwiesenheit, völlige Ungeeignetheit, Prozessverschleppungsabsicht (§ 245 Abs. 2 S. 3 Var. 1, 4, 5 StPO)

Diese Ablehnungsgründe entsprechen denen des § 244 Abs. 3 S. 2 StPO. Das bedeutet, dass das Gericht einen Beweisantrag nach § 245 Abs. 2 S. 3 Var. 1 StPO wegen Erwiesenheit ablehnen kann, wenn es schon derart von der Richtigkeit der Beweistatsache aufgrund des bisherigen Ergebnisses der

<sup>45</sup> BT-Drs. 8/ 976, S. 54.

<sup>46</sup> Vgl. zum Freispruch „zweiter Klasse“ *Krack*, Die Rehabilitation des Beschuldigten im Strafverfahren, 2002, S. 21 ff.

<sup>47</sup> *Meyer-Gößner* (Fn. 8), § 244 Rn. 49 und § 245 Rn. 23.

<sup>48</sup> *Meyer-Gößner* (Fn. 8), § 244 Rn. 49.

<sup>49</sup> Dazu *Meyer-Gößner* (Fn. 8), § 244 Rn. 50 ff.

<sup>50</sup> BGHSt 6, 292 (296); *Meyer-Gößner* (Fn. 8), § 244 Rn. 50.

<sup>51</sup> Vgl. bereits oben III. 1.

<sup>52</sup> *Joecks* (Fn. 15), § 245 Rn. 18.

<sup>53</sup> BGH NStZ-RR 2007, 52; *Pfeiffer* (Fn. 5), § 244 Rn. 28.

<sup>54</sup> Dazu *Meyer-Gößner* (Fn. 8), § 244 Rn. 55 f.; BGH NStZ-RR 2000, 210; BGH StraFo 2007, 378.

<sup>55</sup> BGH NJW 1988, 501.

<sup>56</sup> *Fischer* (Fn.6), § 245 Rn. 31; *Pfeiffer* (Fn. 5), § 245 Rn. 5.

Beweisaufnahme überzeugt ist, dass es sie dem Urteil ohne weitere Beweisaufnahme zugrunde legen will.<sup>57</sup>

Aber auch die Ablehnung eines völlig ungeeigneten Beweismittels ist nach § 245 Abs. 2 S. 3 Var. 4 StPO möglich, da von diesem, unabhängig von seiner momentanen Präsenz, in keiner Weise zu erwarten ist, dass die behauptete Beweistatsache belegt werden kann. Deshalb ist es ausgeschlossen, dass ein solches Beweismittel den Prozess der Wahrheitsfindung fördert.<sup>58</sup>

Die Prozessverschleppungsabsicht gem. § 245 Abs. 2 S. 3 Var. 5 StPO endlich behandelt, wie auch in § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 6 StPO, einen von der Verfahrensordnung erkannten und benannten Fall des verfahrensrechtlichen Missbrauchs. Diesem soll mit einem entsprechenden Ablehnungsgrund entgegengetreten werden.<sup>59</sup>

#### IV. Bedeutung des § 245 Abs. 2 S. 3 StPO für den Sachverständigenbeweis

Während bei den vorherigen Ausführungen der Zeuge in den Mittelpunkt gerückt worden ist, soll nun betrachtet werden, welche Punkte bei einem auf einen Sachverständigen bezogenen Beweisantrag im Zusammenhang mit § 245 Abs. 2 S. 3 StPO zusätzlich zu beachten sind.

Was das Recht der Verteidigung, den Sachverständigen gem. § 220 StPO unmittelbar selbst laden zu lassen, anbetrifft, gilt grundsätzlich das zum Zeugen Gesagte entsprechend. Insbesondere muss auch der Sachverständige gemäß der für den Zeugen geltenden Norm des § 48 StPO mit der Ladung einen Hinweis auf die Folgen seines Ausbleibens erhalten. Dies deshalb, weil § 72 StPO eine entsprechende Anwendung der Zeugenvorschriften auf den Sachverständigen bestimmt, soweit die Verfahrensordnung keine abweichenden Sondervorschriften vorsieht. Um eine solche Sondervorschrift handelt es sich allerdings bei § 77 StPO. Dieser regelt gerade die Folgen für den Fall einer Verletzung seiner Pflichten durch den Sachverständigen, weshalb § 51 StPO soweit nicht gilt, wie der Anwendungsbereich des § 77 StPO reicht.<sup>60</sup> Daher müssen bei der Ladung im Rahmen des Hinweises bezüglich der Folgen des Ausbleibens auch die in § 77 StPO vorgesehenen Konsequenzen berücksichtigt werden.

Anhand dreier Fallvarianten soll nun exemplifiziert werden, welche Besonderheiten § 245 Abs. 2 S. 3 StPO im Unterschied zu § 244 Abs. 3 und Abs. 4 StPO mit sich bringt, wenn ein auf einen Sachverständigen bezogener Beweisantrag gestellt wird.

*Fall 2:* Diesmal hat Dr. L den Sachverständigen Prof. Dr. S laden lassen. Dieser soll über das Vorliegen eines religiösen Wahns bei A, durch den dieser sich an die zehn Gebote zwanghaft gebunden fühle und daher zum Diebstahl nicht

fähig sei, ein Gutachten erstatten. Dr. L stellt einen dementsprechenden Beweisantrag auf Anhörung des Prof. Dr. S, der der Ladung gefolgt und pünktlich zum Hauptverhandlungstermin erschienen ist.

1. Das Gericht möchte den Antrag mit der Begründung ablehnen, der Vorsitzende habe vor seinem Jurastudium bereits Psychologie studiert und das Gericht besitze daher eigene Sachkunde.

2. Da schon ein anderer Sachverständiger P gehört wurde, der ein gegenteiliges Gutachten verlässlich erstellt und vorgelesen hat, will das Gericht auf die Anhörung des S verzichten und den Antrag ablehnen.

3. Das Gericht ist bereit, ein psychologisches Gutachten von einem Sachverständigen erstellen zu lassen. Allerdings möchte es unter Berufung auf § 73 Abs. 1 S. 1 StPO lieber den Sachverständigen K mit dem Gutachten beauftragen.

Ist die jeweilige ins Auge gefasste Vorgehensweise des Gerichts zulässig?

Würde der Beweisantrag des Dr. L sich auf einen nicht präsenten Sachverständigen als Beweismittel richten, könnte das Gericht in Fallvariante (1.) den Beweisantrag nach § 244 Abs. 4 S. 1 StPO wegen eigener Sachkunde ablehnen. Gleichfalls könnte es in Fallvariante (2.) den Beweisantrag ablehnen. So wäre S, nachdem bereits P gehört worden ist, ein „weiterer Sachverständiger“ gem. § 244 Abs. 4 S. 2 StPO. Da das Gericht durch das frühere Gutachten des P das Gegenteil der durch S zu beweisenden Tatsache für erwiesen hält, könnte somit der Antrag gem. § 244 Abs. 4 S. 2 StPO zurückgewiesen werden.

Weil S aber ein präsenten Beweismittel ist, findet § 244 Abs. 4 StPO gerade keine Anwendung. In § 245 Abs. 2 S. 3 StPO ist aber weder die eigene Sachkunde des Gerichts noch die durch ein früheres Gutachten erbrachte Erwiesenheit des Gegenteils der zu beweisenden Tatsache genannt. Deshalb ist eine Ablehnung mit den Begründungen in den Fallvarianten (1.) und (2.) nicht zulässig.

In Fallvariante (3.) würde gem. § 73 Abs. 1 S. 1 StPO normalerweise der Richter das Recht haben, den zuzuziehenden Sachverständigen zu bestimmen. Allerdings soll die Verteidigung, die einen Sachverständigen selbständig beauftragt hat, die Möglichkeit haben, ihren Standpunkt fachmännisch untermauern zu lassen. Die vor der Hauptverhandlung vorbereitete Verteidigung soll nicht umsonst gewesen sein, wenn der Sachverständige „greifbar“ ist. Somit gilt auch das Selbstauswahlrecht des § 73 Abs. 1 S. 1 StPO nicht, wenn der Sachverständige ladungsgemäß zur Hauptverhandlung erschienen ist.<sup>61</sup> Damit ist es dem Gericht also in Fallvariante (3.) nicht möglich, Prof. Dr. S durch einen anderen Sachverständigen zu ersetzen.

#### V. Fazit

Es lässt sich also konstatieren, dass die Verteidigung durch das Recht, eine Beweisperson unmittelbar selbst laden zu lassen, die Möglichkeit hat, unabhängig vom Gericht Be-

<sup>57</sup> Meyer-Gößner (Fn. 8), § 244 Rn. 57.

<sup>58</sup> Pfeiffer (Fn. 5), § 244 Rn. 30.

<sup>59</sup> Dazu Bünger, NStZ 2006, 305 (308); Fahl, Der Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, S. 467; Waszczyński, Der Missbrauch des Beweisantragsrechts, 2008, S. 15 ff.

<sup>60</sup> Lemke, in: Julius/Gercke/Kurth/ders./Pollähne/Rautenberg (Fn. 1), § 77 Rn. 1.

<sup>61</sup> Schulz, StV 1983, 341 (342); Meyer-Gößner (Fn. 8), § 245 Rn. 22; Julius (Fn. 1), § 245 Rn. 7.

weismittel herbeizuschaffen, um ihre Position zu stärken. Indem die Verfahrensordnung für diese Beweismittel durch den auf sie exklusiv anwendbaren § 245 Abs. 2 StPO einen im Vergleich mit § 244 Abs. 3 bis 4 StPO engeren Katalog an Ablehnungsgründen etabliert, erleichtert sie der Verteidigung die tatsächliche Einführung des Zeugen/Sachverständigen in den Prozess.