



Beweisrecht

Blutentnahme, Verkehrsüberwachung, Verwertungsverbote

Rechtsanwalt Wolfgang Ferner, Heidelberg/Koblenz
wferner@ferner.de

Rommersheim/Koblenz Dezember 2009

V 4.50

Das Manuskript wird regelmäßig aktualisiert. Neuere Versionen finden Sie unter den Webseiten www.ferner.de (Beiträge)

Literaturliste

Ausgewertete Zeitschrift

1. Deutsches Autorecht (DAR)
2. Mitteilungsblatt Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht (Mitt.Bl.)
3. Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)
4. Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport (NStZ-RR)
5. Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV)
6. Strafverteidiger (StV)
7. Strafverteidiger Forum (StraFo)
8. Straßenverkehrsrecht (SVR)
9. Verkehrsdienst (VD)
10. Verkehrsrechtsreport (VRR)
11. Verkehrsrechtssammlung (VRS)
12. Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)
13. Zeitschrift für die Anwaltspraxis (ZAP)
14. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)
15. Zeitschrift für Schadenrecht (zfs)

Übersicht über einige Interessante Beiträge in Zeitschriften

1. Ventzke, „Warum stellen Sie keinen Beweisermittlungsantrag?“, StV 2009, 655
2. Jahn, Konnexitätsdoktrin und „Fristenlösungsmodell“, StV 2009, 663
3. Burhoff: Praktische Fragen der Alkoholfahrt, ZAP 2005, 1071
4. Ferner: Sanktionen in OWiG-Verfahren, SVR 2005, 376
5. Ferner: Belehrung des Betroffenen und Stellung des Verteidigers SVR 2006, 134
6. Laschewski, Lieg auch künftig noch Gefahr im Verzug? BA 2008, 232
7. Müller: Drogen, SVR 2006, 81
8. Ternig: § 81a StPO- Blutentnahme und Gefahr im Verzuge = zfs 2008, 548
9. Krumm, Beweisverwertungsverbot, SVR 2008, 297

Bücher von Wolfgang Ferner

Wolfgang Ferner: Der neue Bußgeldkatalog, 10 Auflage

Wolfgang Ferner: Strafzumessung

Wolfgang Ferner: Praxistools Verkehrsrecht

Ferner/Xanke: Drogen im Straßenverkehr

Wolfgang Ferner (Hrsg.): Praxismodul Verkehrsrecht

Ferner: Kommentar zum OWiG

Ferner (Hrsg.): Kommentar zur StVO

Lütke/Ferner/Kramer: Straßenverkehrsrecht (10 Bände, Loseblatt)

Ferner (Hrsg.): Handbuch Verkehrsrecht, 2. Aufl. 2005, Nomos Verlag

Ferner (Hrsg.): LexisNexis Onlinekommentar StGB

Ferner (Hrsg.): LexisNexis Onlinekommentar OWiG

Inhaltsverzeichnis

I. Der Strafverteidiger	4
II. Beweisrecht im Strafverfahren	6
1. Aufklärungsverpflichtung	6
2. Das Ermittlungsverfahren	7
3. Zwischenverfahren	9
4. Das Hauptverfahren	12
a. Prozessmaxime.....	12
b. Strengbeweisverfahren:	12
c. Freibeweis.....	14
d. Die Beweiswürdigung des Gerichts.....	14
a. Wesen des Beweisermittlungsantrages	20
b. Die Entscheidung über einen Beweisantrag.....	21
d. Konnexität	23
d. Frist	24
9. Beweisverbote	24
10. Verteidigungstaktik	25
11. . Die Funktion des Beweisantrages	25
12. Die Form des Beweisantrages.....	26
13. Der Zeitpunkt der Antragsstellung	27
14. Die Entscheidung über einen Beweisantrag.....	27
15. Beweisantrag im OWi Verfahren	40
III. Anordnung der Blutentnahme und Verwertungsverbote	42
1. Grundsätzliches	42
2. Verwertungsverbot (Aussage . keine Verlesung)	46
3. Niedrige Schwelle für die Bestimmung der Stellung als Beschuldigter 50	
4. Verfahren	50
5. Das Gutachten und seine Verwertbarkeit	51
6. Wohnungsdurchsuchung	51
7. Anordnung der Blutentnahme	53
10. Entscheidungen nach dieser Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts 2008 59	
10. Weitere Entscheidungen zum Verwertungsverbot	63
3. Geschwindigkeitsüberwachung	68
IV. Bestimmung der Blutalkoholkonzentration ohne Blutentnahme	70

I. Der Strafverteidiger

Der Verteidiger ist Prozesssubjektsgehilfe des Beschuldigten.¹ Verteidigerrechte werden nicht als Belohnung für antizipiertes Wohlverhalten gewährt, sondern deswegen, weil sie verfassungsrechtlich und von der EMK geboten ist. Der Verteidiger darf nicht in den Dienst genommen werden, jedenfalls auch im öffentlichen Interesse an einer schnellen Abwicklung des Strafverfahrens und der Herbeiführung einer Verurteilung in erster Linie mitzuwirken. Dabei ist der Beweisantrag das einzige Mittel, dass ein Angeklagter hat, den Richter zu zwingen, bestimmte, ihm günstig erscheinende Gesichtspunkte wenigstens mitzuwürdigen sowie von hier für den bedeutungsvoll erachteten Beweis nicht, ohne sie abgewogen zu haben, bei Seite zu lassen.² Der Beweisantrag ist das unbedingte Verlangen, das zum Nachweis eines bestimmt behaupteten, konkreten Sachverhalts, durch Gebrauch eines bestimmt bezeichneten Beweismittels Beweis erhoben wird. Das der Verteidiger die Aussagen der Zeugen im Vorhinein regelmäßig nicht kennt, sondern deren Inhalt lediglich vermutet, ist unschädlich.³ Die Einstellung der Richter gegenüber den Verteidigern kann man einer kleinen Broschüre, herausgegeben von den Bundesrichtern Basdorf/Harms/Mosbacher entnehmen.⁴

„Das Gericht hat die Wahrheit zu erforschen, ein Ziel, dessen Erfüllung den Anwalt regelmäßig mit Schrecken erfüllen muss, hat er doch das bestmögliche, seinen Mandanten geringstbeschwerendes Ergebnis anzustreben. ... Und wenn die Anträge im Rahmen des § 244 StPO unzulässig oder unbegründet sein, erfreut die Abfassung ablehnender Beschlüsse als forensisches Gefecht; zunächst gegen die Verteidigung, absehbar gegen die Revision. Warum hat man das Recht studiert, wenn man dergleichen hasst? Nun sind freilich etliche anwaltliche Schritte derart albern, dass solche Freuden eher verfliegen. ... Im Zeit und Nerven raubensten Prozess meiner richterlichen Tätigkeit – weitgehend selbstverschuldet durch sträfliche Naivität gegenüber dem zunächst seriös auftretenden Anwälten, die sich später als skrupellose Mafiahelfer entlarvten – führen wir gut mit ausgefeilter Bosheit: Die Entscheidung über Anträge wurden über Wochen, teils über Monate zurückgestellt, sodann – natürlich sorgfältigst vorbereitet – derart mit zahllosen Verweisen gespickt, dass kein Beschluss mehr aus sich heraus

¹ Wohlers SK-StPO vor § 137 Rn. 29, Schmidt Lehrkommentar Band I, 2. Auflage Einleitung Rn. 39

² Alsberg Der Beweisermittlungsantrag, 1990 (in ausgewählten Schriften 1992, S.263)

³ BGH Strafverteidiger 2006, 285

⁴ Zitat aus dem „Kleinen Strafrichter- Brevier von Friedrich-Karl Föhrig 2008, Seite 49

verständlich blieb. Der fitten Verteidigertruppe hätte es nicht einmal genützt, hätten sich in diesen Beschlüssen sachliche Fehler versteckt – sie brachte unter einer Vielzahl formelle Revisionsrüge nicht eine zulässige zustande.

II. Beweisrecht im Strafverfahren

Das Strafverfahren ist in drei Bereiche gegliedert:

- das Ermittlungsverfahren,
- das Zwischenverfahren und
- das Hauptverfahren (die Hauptverhandlung).

Im Ermittlungsverfahren ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft, alle Tatumstände zu ermitteln, die für und gegen den Beschuldigten sprechen – die Einflussmöglichkeiten des Verteidigers, bereits in diesem Stadium des Verfahrens einzugreifen, sind gering.

1. Aufklärungsverpflichtung

Gem. § 244 Abs. 2 StPO hat das Gericht eine Aufklärungsverpflichtung. Für alle Beteiligten bedeutet dies, dass das Gericht über alle Tatsachen, die für die Entscheidung relevant sind, Beweis erheben muss.

Diese Aufklärungsverpflichtung ist unabdingbar und gilt sowohl für den Strafprozess wie das Bußgeldverfahren.

Darüber hinaus haben alle Verfahrensbeteiligten das Recht, Einfluss auf die Beweisaufnahme zu nehmen – zum einen durch Beweisanträge, zum anderen durch Beweisermittlungsanträge und Anregungen. Über Anregungen und Beweisermittlungsanträge kann der Vorsitzende gem. § 238 Abs. 1 StPO formlos entscheiden. Beweisanträge dagegen können nur aus den Gründen der §§ 244 Abs. 3 bis Abs. 5, 245 StPO abgelehnt werden.

Der Beweisantrag ist das wirkungsvollste Mittel des Verteidigers, auf den Umfang der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung Einfluss zu nehmen und das Gericht zu zwingen, Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen die für den Angeklagten sprechen, sei es in der Schuld – oder in der Rechtsfolgenfrage. Der Beweisantrag kann darüber hinaus der „Früherkennung“ richterlicher Beweismündigkeit und als Mittel zur Festschreibung des Sachverhaltes dienen oder ganz allgemein als taktisches Mittel eingesetzt werden, um über den Weg eines drohenden Revisionsgrundes Druck auf das Gericht auszuüben.

Der Verteidiger muss allerdings abschätzen können, mit welcher Begründung das Gericht einen Beweisantrag ablehnen kann und welche Folgen sich hieraus für die Beweisaufnahme ergeben. Auch und gerade die Ablehnung eines Beweisantrages gibt dem Verteidiger die Möglichkeit, frühzeitig zu erkennen, wie das Gericht die Beweisaufnahme wertet. Der Vorteil der „Früherkennung richterlicher Überzeugungsbildung“ besteht darin, dass die Verteidigung rechtzeitig die Möglichkeit in Erwägung ziehen kann, über weitere Anträge die Beweisaufnahme und damit die Meinungsbildung des Richters in die gewünschte Richtung zu lenken.

Manche Beweisanträge sind geeignet, Mühe zu verursachen und das Verfahren zu verzögern. Letzteres kann zu einer erheblichen Belastung des Mandanten führen, ein Umstand, den der Verteidiger vor allem bei dem in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten, der auf Bewährung hofft, zu bedenken hat. Allerdings wird auch kaum ein Gericht über eine lange Verfahrensdauer und komplizierte Beweiserhebung erfreut sein. Nicht selten ist daher die Umgehung einer sonst unvermeidlichen zeitraubenden Beweisaufnahme ein Ansatzpunkt für die einvernehmliche Erledigung des Verfahrens.

Aufklärungsverpflichtung im Bußgeldverfahren

Erklärt eine Polizeizeugin, es habe „wohl“ eine Wanderbaustelle gegeben, bestreitet dies der Betroffene und bietet als Zeugin seine Beifahrerin an, muss eine Auskunft bei der Verkehrslenkung eingeholt werden. Die Pflicht, die Wahrheit von Amts wegen zu erforschen, gebietet die weitere Aufklärung, wenn das in Betracht kommende Wissen den Bekundungen eines Belastungszeugen gegenüber steht und eine Nennung des Beweismittels das Ziel hat, dessen Aussage zu widerlegen. Dies gilt auch für die Fälle, in denen nicht nur ein Zeuge den Betroffenen belastet, sondern auch wenn dies zwei Polizeibeamte tun.

KG, Beschluss vom 21.5.2007, 2 Ss 80/07 – 3 Ws (B) 202/07 = SVR 2008, 149 = Mitteilungsblatt 2007, 166 = NZV 2007, 584 = VRS 113, 298

In der Hauptverhandlung ist der Beweisantrag auch das Arbeitsmittel der Verteidigung. Der Beweisantrag ist notwendiges Handwerkzeug des Verteidigers die Regeln des Beweisantrages muss er beherrschen. Auch für eine eventuelle Revision ist der Beweisantrag, der in der Hauptverhandlung gestellt wurde, häufig ein letzter Rettungsanker.

2. Das Ermittlungsverfahren

Herrin des Ermittlungsverfahrens ist die Staatsanwaltschaft. Mit der Gestaltung dieses Ermittlungsverfahrens ist die Staatsanwaltschaft nach § 161 StPO grundsätzlich frei. Die Staatsanwaltschaft ist berechtigt sämtliche Maßnahmen in die Wege zu leiten, die zur Aufklärung einer Straftat führen. Dabei muss die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen unvoreingenommen, gründlich und umfassend führen. Dabei hat sie sämtliche Umstände zu ermitteln, sowohl die Umstände, die für als auch die Umstände die gegen einen Beschuldigten sprechen.

Die Stellung als Herrin des Verfahrens berechtigt die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren auch, selbst zu entscheiden, welche **Beweise** erhoben werden sollen; es muss sich hierbei um zulässige Beweismittel handeln. Die zulässigen Beweismittel (Strengbeweis) des Strafprozesses sind:

- Zeugenvernehmung

- Urkunden, die durch Verlesen in einer späteren Hauptverhandlung eingeführt werden können
- Augenschein, die sinnliche Wahrnehmung von Umständen betreffend – also auch Telefonaufzeichnungen werden durch Augenschein in ein Verfahren eingeführt
- Sachverständige.

Die Mitwirkungsmöglichkeiten des Verteidigers im Ermittlungsverfahren sind gering: so hat der Verteidiger die Möglichkeit, zur Entlastung seines Mandanten einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen zu stellen. Bei der Vernehmung dieses Entlastungszeugen durch die Polizei hat der Verteidiger aber kein Anwesenheitsrecht. Ein Anwesenheitsrecht hat der Verteidiger nur, wenn eine richterliche Vernehmung des Zeugen im Ermittlungsverfahren angeordnet wird. Dies ist jedoch nur selten der Fall. In der Regel wird ein benannter Zeuge allein durch die Polizei vernommen. In diesen Fällen hat der Verteidiger keine Möglichkeit, eigene Fragen zu stellen oder die Fragetechnik der Polizei zu kontrollieren. Der Verteidiger hat im Ermittlungsverfahren nicht einmal einen Anspruch darauf, dass überhaupt über seinen Beweisantrag entschieden wird oder dass ihm mitgeteilt wird, wie über diesen Antrag entschieden wurde. Er erhält keine Ablehnung, er erhält nicht einmal die Nachricht, dass dem Antrag stattgegeben wird. Die Vernehmung eines benannten Zeugen kann auch ohne Benachrichtigung des Verteidigers erfolgen.

Der Verteidiger hat im Ermittlungsverfahren gem. § 163 a Abs. 2 StPO die Möglichkeit weitere Beweisanträge zu stellen. Beweisanträge des Verteidigers im Ermittlungsverfahren haben tatsächlich also nur die Stellung einer Anregung gegenüber der Staatsanwaltschaft. Entschließen sich die Ermittlungsbehörden, diesem Beweisantrag nicht nachzugehen, kann der Verteidiger diese Entscheidung nicht anfechten.

Eine **Sonderregelung** findet sich in § 166 StPO. Wird ein Beschuldigter richterlich vernommen, kann er bei dem Ermittlungsrichter zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen. Erfolgt dieser Beweisantrag im Rahmen einer Haftprüfung, hat der Beschuldigte einen Anspruch darauf, dass zuerst über diesen Beweisantrag entschieden wird, der Beweisfrage nachgegangen wird, bevor eine Haftentscheidung getroffen wird. Es ist strittig, ob der Betroffene auch in den Fällen einen Anspruch auf Beweiserhebung hat, in denen keine Haftfrage zu entscheiden ist.⁵

Eine Missachtung dieses Anspruchs des Beschuldigten führt aber nicht zur sofortigen Freilassung des Inhaftierten.

⁵ Dafür: Schlothauer, StV 1995, 161; dagegen: Meyer-Goßner Rn 1 zu § 166. Die Praxis hierzu ist unterschiedlich.

Über die Behandlung einzelner Beweiserhebungen erfährt der Verteidiger daher erst durch die **Akteneinsicht**. Der Umfang der Akteneinsicht ist in § 147 StPO geregelt. Danach hat der Verteidiger jeder Zeit ohne jede Einschränkung Anspruch auf Einsicht in die Vernehmung des Beschuldigten (seines Mandanten), in Sachverständigengutachten und richterlichen Beweiserhebungen: beispielsweise wenn die richterliche Vernehmung eines Zeugen angeordnet wurde. Ansonsten kann die Staatsanwaltschaft die Einsicht in die Ermittlungsakten hinauszögern.

Ein im Ermittlungsverfahren gestellter Beweisantrag muss – ebenso wie jeder außergerichtlich gestellter Beweisantrag – in der Hauptverhandlung wiederholt und mündlich vorgetragen werden.

Haftprüfung

Lehnen die Ermittlungsrichter anlässlich eines Haftprüfungstermins die Vernehmung eines vom Beschuldigten gestellten Zeugen ab, ist eine dagegen gerichtete Beschwerde unzulässig.

Art und Umfang der mündlichen Haftprüfung bestimmt der Haftrichter (§118a StPO) nach seinem Ermessen werden Beweise im Freibeweisverfahren erhoben. Beweisanträge brauchen nicht förmlich beschieden zu werden, sie sind lediglich Beweisanregungen.

LG Zweibrücken, Beschluss vom 22.08.2007, Qs 106/07 = VRS 113,236

Das Ermittlungsverfahren schließt ab mit der **Abschlussverfügung** der Staatsanwaltschaft. Sobald der Staatsanwalt den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt, muss er dem Verteidiger uneingeschränkte Akteneinsicht gewähren. Nach Abschluss der Ermittlungen entscheidet der Staatsanwalt auch, wie er das Ermittlungsverfahren rechtlich abschließt – entscheidet er sich zur Anklage, legt er die gesamten Akten mit der Anklage dem zuständigen Gericht vor. Mit Vorlage der Akten an das Gericht beginnt das **Zwischenverfahren**⁶

3. Zwischenverfahren

Nach Anklageerhebung wird gem. § 201 StPO das Zwischenverfahren eingeleitet. Im Zwischenverfahren prüft das Gericht zum einen die

⁶ Weitere Abschlussmöglichkeiten sind unter anderem: die Einstellung des Verfahrens gem. § 170 Abs. 2 StPO, weil kein Tatverdacht besteht, die Einstellung nach § 153 StPO wegen geringer Schuld – ohne jede Auflagen, Einstellung gem. § 153 a StPO gegen Auflagen, meist Zahlung einer Geldbuße zu Gunsten einer sozialen Einrichtung sowie der Antrag auf Erlass eines Strafbefehls. Ein Strafbefehl führt zu einer strafrechtlichen Verurteilung im schriftlichen Verfahren. Der Betroffene kann gegen einen Strafbefehl Einspruch einlegen, dann erfolgt eine Hauptverhandlung

sachliche und örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, zum anderen prüft es, ob der bisherige Akteninhalt eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung ergibt.

In diesem Zusammenhang kann das Gericht Beweise erheben, aber auch den Vorgang an die Staatsanwaltschaft zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes zurückgeben. Gleichzeitig mit Einreichen der Anklage geht die **Zuständigkeit für die Führung des Verfahrens** auf das angerufene Gericht über.

Dieses Gericht muss dem Angeklagten die Anklageschrift mitteilen und ihn gleichzeitig auffordern eventuelle Einwendungen gegen die Anklage geltend zu machen. Der Angeschuldigte hat zu diesem Zeitpunkt auch Gelegenheit, Beweisanträge zu stellen. Viele Verteidiger verzichten in diesem Stadium des Verfahrens auf Anträge. Zum einen ist Sinn und Zweck des Zwischenverfahrens alleine die Entscheidung über die Eröffnung oder Ablehnung des Hauptverfahrens. Zu diesem Zeitpunkt kommt es nicht darauf an, ob ein bestimmter Sachverhalt erwiesen ist, sondern alleine darauf an, ob ein Tatverdacht besteht oder ob ein solcher entkräftet werden kann oder ob lediglich der Verdacht einer mildereren Straftat besteht.

Formvorschriften für die Stellung eines Beweisantrages im Zwischenverfahren enthält die Strafprozessordnung nicht: allerdings ist es natürlich sinnvoll, den Beweisantrag in diesem Stadium des Verfahrens schriftlich zu den Akten zu reichen. Soweit ein förmlicher Beweisantrag gestellt ist, muss dieser auch von dem Gericht beachtet und beschieden werden. Eine Entscheidung über den Antrag kann aber auch gleichzeitig mit der Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgen. Eine Beschwerde gegen eine Ablehnung des Beweisantrages gibt es nicht – der Beschluss des Gerichtes über den Beweisantrag kann daher formlos erfolgen.

Das im Zwischenverfahren zuständige Gericht hat die Möglichkeit, im Zwischenverfahren eine richterliche Zeugenvernehmung durchzuführen. Über diese Zeugenvernehmung ist ein Protokoll zu fertigen. In diesem Protokoll müssen die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens aufgeführt werden und der wesentliche Inhalt der Zeugenaussage dokumentiert werden.

Das Zwischenverfahren endet mit der Entscheidung über die Zulassung der Anklage: diese kann abgelehnt werden oder in einem rechtlich eingeschränkten Umfang erfolgen – ein Gericht kann das Verfahren auch vor einem Gericht niedriger Ordnung eröffnen (beispielsweise kann das Landgericht das Verfahren vor dem Amtsgericht - Schöffengericht – oder dem Einzelrichter eröffnen). Die Entscheidungen kann der Staatsanwalt anfechten. Das Gericht kann aber auch die Anklage der Staatsanwaltschaft unverändert zulassen. Diese Entscheidung kann der Angeklagte oder sein

Verteidiger nicht angreifen – das Verfahren geht dann in das **Hauptverfahren** über.

4. Das Hauptverfahren

a. Prozessmaxime

Im Strafprozess soll der wahre Sachverhalt, der einer Beurteilung zu Grunde gelegt wird, ermittelt werden⁷. Dies verpflichtet das Gericht von Amtswegen, die Tatsachen umfassend zu untersuchen und aufzuklären. Diese Aufklärungspflicht bezieht sich auf sämtliche Verfahrensabschnitte gilt also sowohl für das Zwischenverfahren als auch für das Hauptverfahren und damit für eine laufende Hauptverhandlung. Diese Aufklärungspflicht des Gerichtes ist Grundlage des Beweiserhebungsanspruches eines Angeklagten (aber auch der Staatsanwaltschaft). Dieser Aufklärungsanspruch bezieht sich auf alle tauglichen und erlaubten Beweismittel.

Dieser Grundsatz gilt unabhängig von eventuellen Anträgen. Die Aufklärungspflicht erstreckt sich aber nur auf die so genannten erheblichen Tatsachen. Erhebliche Tatsachen sind die Umstände, die für die Entscheidung herangezogen werden müssen und berücksichtigt werden können. Das Strafprozessrecht unterscheidet das Strengbeweisverfahren vom Freibeweisverfahren.

b. Strengbeweisverfahren:

hierbei dürfen nur die gesetzlich benannten und zulässigen Beweismittel herangezogen werden. Dies sind:

- Zeugenbeweis⁸
- Sachverständigenbeweis⁹
- der Augenschein¹⁰
- der Urkundenbeweis¹¹.

Diese Beweismittel sind in öffentlicher Hauptverhandlung unter Beachtung des Mündlichkeitsprinzips sowie des Unmittelbarkeitsprinzips einzuführen.

Gegenstand der Beweisaufnahme im Strengbeweisverfahren sind ausschließlich unmittelbar und mittelbar entscheidungserhebliche Tatsachen, Geschehnisse und Umstände der äußeren Welt, Vorgänge des Seelenlebens und Fragen des Bestehens oder Nichtbestehens von Zusammenhängen.¹²

⁷ BGH 23, 187

⁸ §§ 48-71 StPO

⁹ §§ 72-85 StPO

¹⁰ §§ 93-96 StPO

¹¹ §§ 249-256 StPO

¹² KK-Herdegen § 244 Rn. 3

c. Freibeweis

Das **Freibeweisverfahren** ist in der Strafprozessordnung nicht ausdrücklich geregelt.

Die Frage der Verhandlungsfähigkeit eines Angeklagten ist ein typisches Problem, das im Freibeweisverfahren während der Hauptverhandlung geklärt werden kann. Auch die Prüfung, ob ein wirksamer Strafantrag des Verletzten gestellt wurde oder ob Zeugen überhaupt erreichbar sind, kann im Freibeweisverfahren geklärt werden. Hierbei ist es nicht notwendig, dass diese Probleme in öffentlicher Hauptverhandlung erörtert werden. Solche Fragen können auch durch den Richter alleine z. B. während einer Verhandlungspause geklärt werden. Allerdings ist den Prozessbeteiligten auch in diesen Fällen rechtliches Gehör zu gewähren: Bevor also Konsequenzen aus dieser freien Beweisaufnahme gezogen werden, muss dem Betroffenen in geeigneter Weise Mitteilung vom Gang des Verfahrens und den erfahrenen Tatsachen gemacht werden. § 244 Abs. 3 StPO gilt hierbei nicht: Beweisanträge sind zum Freibeweis nicht möglich. Formell gestellte Beweisanträge sind lediglich Anregungen, denen das Gericht nur nachgehen muss, wenn die Aufklärungspflicht dies gebietet.¹³

Nur soweit Freibeweisverfahren als zulässig angesehen wird, kann das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen alle ihm zugänglichen Erkenntnisquellen heranziehen. Hierbei ist es nicht an die Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Beweiserhebung gebunden. Das Freibeweisverfahren ist anerkannt bei allen Beweiserhebungen außerhalb der Hauptverhandlung. Der Freibeweis ist auch möglich bei der Prüfung der Frage eines dringenden oder hinreichenden Tatverdachts. In laufender Hauptverhandlung ist der Freibeweis möglich um Fragen von prozessualer Bedeutung abzuklären. Hierbei darf jedoch die Frage der Schuld oder Unschuld des Angeklagten nicht mitgeprüft werden.

d. Die Beweiswürdigung des Gerichts

Von besonderer Bedeutung ist die Frage der Würdigung von Beweisen. Nach § 261 StPO wird dem erkennenden Richter eine so genannte **freie Beweiswürdigung** zugebilligt. Freie Beweiswürdigung heißt, dass die persönlich subjektive Gewissheit des Richters von der objektiven Wahrheit der entscheidungserheblichen Tatsachen vorliegen muss.

Eine bloße Wahrscheinlichkeit reicht für die Überzeugungsbildung nicht aus. Solange ein Richter Zweifel an der Schuld oder Täterschaft des

¹³ BGHSt, 16, 164

Angeklagten hat, fehlt es ihm an der zur Verurteilung notwendigen Überzeugung¹⁴. Allerdings wird von dem Richter und seiner Überzeugung keine objektive, absolute oder mathematische Gewissheit verlangt, die jede Möglichkeit eines abweichenden Geschehens ausschließt. Die richterliche Überzeugung muss auch nicht auf zwingende Schlüsse gründen, die richterliche Überzeugung darf nur Erfahrungssätzen, wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht widersprechen. In diesem Zusammenhang ist der Zweifelsatz: „**in dubio pro reo**“ von besonderer Bedeutung. Zweifel im tatsächlichen Bereich, die trotz Ausschöpfung aller möglichen Beweismittel nicht beseitigt werden können, müssen zu Gunsten eines Angeklagten gewertet werden. Hat der Richter am Ende der Verhandlung nicht die feste Überzeugung eines einzigen Geschehensablaufes muss er auch alternative Geschehensabläufe zu Gunsten des Angeklagten in Betracht ziehen und entsprechend werten.

5. Hauptverhandlung

Nach Feststellung der Anwesenheit und Verlesung der Anklage hat der Angeklagte Gelegenheit, sich zu den Vorwürfen zu äußern. Nach seiner Einlassung wird die **Beweisaufnahme** eröffnet. Die Einlassung des Angeklagten ist nicht Gegenstand der Beweisaufnahme. Seine Einlassung kann daher im Grunde auch nicht beispielsweise durch Verlesung von Urkunden eingeführt werden.

Die Beweisaufnahme ist der zentrale Teil der Hauptverhandlung. Hierbei sind an den Verteidiger erhebliche Anforderungen gestellt: zu einem muss der Verteidiger darauf achten, dass die Beweisaufnahme vollständig ist, mithin alle Beweismittel ausgeschöpft werden. Zum anderen muss er bereits während der Beweisaufnahme darauf achten, dass geltende Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote beachtet werden.

Beispiel:

Die Verwertung einer Aussage, die durch Folter gewonnen wurde, verstößt auch dann gegen die Konvention, wenn die Verurteilung hierauf nicht beruht.

EGMR; Urteil vom 28.6.2007, 36549/03

Ausnahmsweise ist in einem solchen Fall auch ohne ausdrücklichen Widerspruch die Verwertung der durch Folter gewonnenen Aussage nicht zulässig.

Ansonsten gilt grundsätzlich: Ein Beweisverwertungsverbot kann nur geltend gemacht werden, wenn in der Hauptverhandlung ein ausdrücklicher Widerspruch erhoben wird (BGH NJW 92, 1463): unmittelbar nach der

¹⁴ BGH VRS 62, 121

erfolgten Beweisaufnahme muss der Verteidiger eine Verwertung eines zu Unrecht erhobenen Beweises widersprechen. Versäumt er diesen ausdrücklichen Widerspruch, kann ein entsprechender Fehler des Verfahrens in einer Revision nicht mehr gerügt werden. Auch muss er im Rahmen von Beweiserhebungen, beispielsweise Zeugenbeweis, darauf achten, dass diese Beweiserhebung ordnungsgemäß abläuft. Hierbei darf weder unzulässiger Druck auf Zeugen ausgeübt werden, noch dürfen Aussageverweigerungsrechte übergangen werden. Auch in diesen Fällen gilt die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofes: lässt der Verteidiger die Befragung eines Angehörigen zu, der offensichtlich von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machen will, kann dies in einer Revision nur gerügt werden, wenn der Verteidiger in der Hauptverhandlung nicht aktiv war.

Der Verteidiger muss auch darauf achten, dass Beweismittel vollständig ausgeschöpft werden: mithin einem Zeugen alle notwendigen Fragen gestellt werden. aus diesem Grunde hat die Prozessordnung den Verteidiger auch ein eigenes Fragerecht bei Zeugen gem. § 242 Abs. 2 S. 1 StPO eingeräumt.

6. Der Beweisantrag

Der Verteidiger hat darüber hinaus auch gem. § 244 Abs. 3 StPO das Recht eigene Beweisanträge zu stellen. Das Beweisantragsrecht des Verteidigers ist ein zentrales Mittel, Einfluss auf den Gang einer Hauptverhandlung zu nehmen.

Ein **Beweisantrag** ist das unbedingte Verlangen eines Verteidigers, über einen bestimmten Gegenstand mit einem zulässigen Mittel Beweis zu erheben.

Der Beweisantrag kann sich sowohl auf die Schuld als auch auf die Rechtsfolge beziehen. Die Beweisbehauptung kann sich sowohl auf den Tathergang beziehen, als auch auf Umstände aus dem Vorleben des Angeklagten, die für die Strafzumessung von Bedeutung sein können. Dabei darf der Antrag auf Beweiserhebung nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt werden – dies wäre eine Beweisanregung. Die Beweisanregung unterscheidet sich vom Beweisantrag daher z.B. in der Intensität des Begehrens.

Beweisanträge sind in der Hauptverhandlung zu stellen. Außerhalb der Hauptverhandlung gestellte Anträge auf Beweiserhebung, sei es im Zwischenverfahren nach § 201 StPO oder zur Vorbereitung der Hauptverhandlung nach § 219 StPO sind keine Beweisanträge für die Hauptverhandlung und müssen, wenn der Verteidiger eine Entscheidung hierüber herbeiführen will, in der Hauptverhandlung wiederholt werden.

Der Beweisantrag ist mündlich zu stellen und muss in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommen werden (§§ 273 Abs 1, 274 StPO). Üblich und in der Regel zweckmäßig ist es, den Antrag vorab schriftlich zu fixieren, zu verlesen und sodann zur Gerichtsakte zu reichen. Der Beweisantrag muss ordnungsgemäß protokolliert werden. Konnte der Verteidiger den Beweisantrag ins Protokoll diktieren, so sollte er sich diesen vom Protokollbeamten nochmals vorlesen lassen. Zur schriftlichen Ausarbeitung eines Beweisantrages kann es notwendig sein, eine Pause der Verhandlung zu beantragen. Der Verteidiger sollte sich nicht drängen lassen und mit der erbetenen Unterbrechungsdauer eher großzügig als kleinlich sein, damit der Antrag in Ruhe und mit Sorgfalt abgefasst werden kann.

Beweisanträge können während der gesamten Dauer der Hauptverhandlung gestellt werden; letztmöglicher Zeitpunkt ist der Beginn der Urteilsverkündung.

Eine nicht immer leicht zu entscheidende Frage der Verteidigungstaktik ist es, zu welchem Zeitpunkt innerhalb des rechtlich zulässigen Zeitrahmens ein Beweisantrag gestellt wird. „Verspätete“ Beweisanträge gibt es nicht, wenn man davon absieht, dass der Staatsanwalt auf einen Antrag des Verteidigers gem. § 256 Abs 2 StPO die Aussetzung der Hauptverhandlung beantragen kann, wenn ihm auf Grund der späten Antragsstellung die Zeit gefehlt hat, Erkundigungen bezüglich der angebotenen Beweismittel einzuziehen. Der Verteidiger soll sich jedenfalls den Zeitpunkt der Antragsstellung auch nicht vom Gericht vorschreiben zu lassen.

Für eine möglichst späte Antragsstellung spricht, dass Gericht und Staatsanwaltschaft sich bei der Beweisaufnahme nicht auf den Inhalt des Beweisantrages einstellen können. Wird zum Beispiel der Angeklagte durch einen Zeugen dahingehend belastet, an einem bestimmten Tag zu einer bestimmten Uhrzeit eine Straftat begangen zu haben, so wäre es schädlich, wenn dem Gericht bereits zum Zeitpunkt der Vernehmung des Belastungszeugen ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Alibizeugen vorliegen würde. Die Folge wäre ein Vorhalt an den Belastungszeugen mit anschließender Korrektur der Aussage – häufig wird der Angeklagte dann überrascht mit der Aussage des Zeugen, das beschriebene Ereignis habe sich möglicherweise auch einen Tag oder eine Woche früher ereignet; eine Variante, die das Gericht gerne akzeptiert.

Die späte Antragsstellung empfiehlt sich allerdings nur dann, wenn das Beweismittel einen hohen eigenständigen Beweiswert hat und bei frühzeitiger Benennung die Gefahr der „Bearbeitung“ des Beweismaterials durch das Gericht oder die Staatsanwaltschaft besteht. Ansonsten empfiehlt sich die möglichst frühzeitige Antragsstellung.

Beweisanträge können also auch noch nach Abschluss der Beweisaufnahme bis zum Beginn der Urteilsverkündung gestellt werden.

Ein Beweisantrag darf nicht wegen verspäteten Vorbringens zurückgewiesen werden.

Bestandteil des Beweisantrages ist eine Beweisbehauptung. Dies ist eine Tatsachenbehauptung. Dieses Beweisthema muss bestimmt bezeichnet werden: Es sind also konkrete Umstände oder Geschehnisse unter Beweis zu stellen, die durch das Beweismittel bewiesen werden können.

Die zu beweisenden Tatsachen muss der Antragsteller als feststehend behaupten. Dabei muss er nicht unbedingt von der Wahrheit der behaupteten Tatsache überzeugt sein, es ist ausreichend, dass er die Tatsache lediglich vermutet oder für möglich hält. Dies muss unterschieden werden von den sogenannten „Behauptungen ins Blaue hinein“.¹⁵

Der Verteidiger braucht seinen Beweisantrag weder zu begründen noch seine Informationsquellen zu benennen. Eine Begründung des Beweisantrages empfiehlt sich allerdings dann, wenn dem Gericht der Sinn einer Beweisführung erst erschlossen werden soll.

Beweisthema kann jede Tatsache sein, die für die Entscheidung von Bedeutung ist. Dabei ist die Bedeutung nicht allein auf die Tatfrage beschränkt, sondern auch Fragen der Strafzumessung sind der Beweisführung zugänglich. Dabei muss sich der Beweisantrag natürlich auf die zulässigen **Beweismittel** beziehen, mithin Zeugenbeweis, Augenschein, Urkundenbeweis oder Sachverständigenbeweis.

Ein konkreter und korrekt gestellter Beweisantrag kann nur aus bestimmten Gründen, die gesetzlich definiert sind, zurückgewiesen werden: dabei ist es unzulässig, wenn die Ablehnung eines Beweisantrages auf Gründe zu stützen, die außerhalb der gesetzlichen Möglichkeiten liegen. Unzulässig ist es auch, einen konkreten Beweisantrag in der Hauptverhandlung überhaupt nicht zu bescheiden und nicht zu beachten.

Der Beweisantrag muss ein Beweismittel des **Strengbeweisverfahrens** benennen. Das **Beweismittel** muss so benannt werden, dass es für das Gericht individualisierbar ist. Dabei ist bei der Benennung eines Zeugen beispielsweise nicht unbedingt die derzeit gültige Adresse mitzuteilen. Es reicht aus, wenn dem Gericht ein Weg gezeigt wird, wie die derzeitige Ladungsanschrift ermittelt werden kann. Zur Individualisierung kann es ausreichend sein, wenn ein Zeuge hinsichtlich der Tätigkeit, des Umfangs seiner Tätigkeit und dem Zeitpunkt seiner Verantwortung benannt wird.¹⁶ Dies kann beispielsweise der verantwortliche Vertreter einer Behörde sein.

¹⁵ BGH StV 2008, 9

¹⁶ BGH NSTZ 95, 246

Eine Individualisierung ist auch bei Urkunden sowie so genannten Augenscheinobjekten notwendig.

Eine Individualisierung ist nicht erforderlich, wenn ein **Sachverständiger** zum Beweis einer Erfahrungstatsache benannt wird. Bei dem Sachverständigenbeweis handelt es sich um ein so genanntes „vertretbares Beweismittel“. Bei dem Sachverständigen kommt es nicht auf eine bestimmte, individuell erkennbare Person an: Sachverständiger kann jeder sein, der über das notwendige Erfahrungswissen verfügt.¹⁷ In einem Fall ist es ohne weiteres möglich, dass der Arzt A die Untersuchung der Blutprobe außerhalb der Hauptverhandlung vornimmt, am 1. Verhandlungstag der Arzt B über das Ergebnis dieser Untersuchung berichtet und über die physischen Konsequenzen der Alkoholisierung am 2. Verhandlungstag Arzt C auf Grund der ihm bekannten Befundtatsachen ein Gutachten erstattet.

Kommt es aber darauf an, wie eine bestimmte Analyse vorgenommen wurde (etwa abweichend von der üblichen Vorgehensweise), kann hierüber nur der Sachverständige vernommen werden, der diese Untersuchung auch tatsächlich vorgenommen hat. Insoweit ist der berichtende Sachverständige bei dieser konkreten Aussage Zeuge (oder sachverständiger Zeuge), da er nicht über sein Erfahrungswissen berichtet sondern über konkrete persönliche Wahrnehmungen. Über konkrete persönliche Wahrnehmungen berichtet er als Zeuge. Hierbei ist er auch nicht austauschbar durch einen beliebigen anderen Sachverständigen.

Das **Beweisthema** muss sich auf konkrete Beweistatsachen beziehen. Beweistatsachen sind wahrnehmbare, mitteilbare und subjektive vermittelbare Sachverhalte.

7. Der bedingte Beweisantrag

Von dem Beweisantrag kann man den so genannten **bedingten Beweisantrag** sowie den Beweisermittlungsantrag unterscheiden. Der bedingte Beweisantrag ist das Beweisverlangen an das Gericht, dass allerdings an eine Bedingung geknüpft wird. Im Allgemeinen wird hierbei unterschieden: der **Hilfsbeweisantrag**, der **Eventualbeweisantrag** und der **prozessual bedingte Beweisantrag**.

Ein **Hilfsbeweisantrag** liegt vor, wenn die Verknüpfung des Beweisbegehrens mit einem Sach- oder Hauptantrag verbunden wird. So kann ein Beweisantrag gestellt werden für den Fall, dass das Gericht einen

¹⁷ Beispielsweise zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration ist es nicht notwendig, dass ein bestimmter Arzt eines Labors die Untersuchung vornimmt und über das Ergebnis sowie die Konsequenzen berichtet.

Angeklagten für schuldig hält.¹⁸ Der Hilfsbeweis Antrag kann aber auch gestellt werden für den Fall, dass das Gericht von einer Tatvollendung ausgeht und nicht von lediglich einem Versuch.

Der **Eventualbeweis Antrag** dagegen ist ein Beweisbegehren, das mit einem relevanten Begründungselement des Sachurteils verknüpft wird: so zum Beispiel, wenn der Antragsteller erreichen will, dass das Gericht von einer Einschränkung der Schuldfähigkeit des Angeklagten ausgeht¹⁹ oder wenn der Beweis Antrag mit der Frage des minderschweren Falles einer Straftat verknüpft werden sollen.

Der **prozessual bedingte Beweis Antrag** knüpft unmittelbar an eine bestimmte Prozesslage an. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein Beweis Antrag gestellt werden soll für den Fall, dass das Gericht einen anderen Beweis Antrag zurückweisen will. Bei dem Hilfsbeweis Antrag oder Eventualbeweis Antrag kann – wenn nichts Weiteres erklärt wird – das Gericht davon ausgehen, dass der Antragsteller auf eine Entscheidung des Beweis Antrages in der Hauptverhandlung verzichtet und mit einer Bescheidung im Urteil einverstanden ist.

Der **Hilfsbeweis Antrag** wird häufig im Plädoyer des Verteidigers gestellt. Sinnvoll ist es auch in diesen Fällen, dass der Verteidiger ausdrücklich darauf hinweist, dass er eine Entscheidung vor der Urteilsverkündung wünscht. Allgemein besteht jedoch die Auffassung, dass es unzulässig ist, den Hilfsbeweis Antrag von einer **bestimmten Rechtsfolge** abhängig zu machen. Diese würde zur unlogischen Reihenfolge führen, dass sich das Gericht zuerst Gedanken über die Rechtsfolge, und dann erst über den Rechtsgrund befassen müsste.

8. Beweisermittlungsantrag

a. Wesen des Beweisermittlungsantrages

Der Beweisermittlungsantrag wird vom Beweis Antrag unterschieden, weil der Antragsteller entweder die Beweistatsache nicht kennt oder das Beweismittel nicht genau bestimmen kann. Der Sinn eines solchen Antrages kann sein, das Gericht auf die Aufklärungspflichten und Aufklärungsmöglichkeiten hinzuweisen. Zum anderen kann der Verteidiger auch die Vorbereitung eines Beweis Antrages beabsichtigen: Der mögliche Zeuge soll vor der Beweisaufnahme erst ausfindig gemacht werden.

Der Beweisermittlungsantrag unterscheidet sich vom Beweis Antrag dadurch, dass der Antragssteller die Beweistatsache nicht kennt oder das

¹⁸ BGH StV 1991, 348

¹⁹ BGH NStZ-RR 1996, 362

Beweismittel nicht bestimmt bezeichnen kann. Der Beweisermittlungsantrag bezweckt oder fordert nicht unbedingt eine Beweisaufnahme.

Sein Zweck besteht darin, brauchbares Verteidigungsmaterial ausfindig zu machen und damit gegebenenfalls einen Beweis Antrag vorzubereiten. Mit dem Beweisermittlungsantrag macht der Antragssteller seinen Anspruch auf Erfüllung der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 244 Abs 2 StPO geltend. Der Antrag ist gem. § 273 Abs 1 StPO zu protokollieren. Lehnt ihn der Vorsitzende ab, so kann hiergegen nach § 238 Abs 2 StPO das Gericht angerufen werden.

Das Gericht entscheidet über den Beweisermittlungsantrag im Rahmen seiner Sachaufklärungspflicht. Es hat allerdings ein weitergehendes Ermessen Ein Beweisermittlungsantrag kann in jedem Fall dann abgelehnt werden, wenn auch ein Beweis Antrag abgelehnt werden könnte. Die Reaktion auf eine Beweis Anregung steht im Ermessen des Gerichts; ein förmlicher Bescheid ist im Fall der Ablehnung nicht erforderlich.

Ein Beweisermittlungsantrag kann auch das Verlangen auf Untersuchung der **Schuldfähigkeit** eine Betroffenen sein, ohne das der Verteidiger den Ausgang dieser Untersuchung vorhersehen kann. Bei einer Entscheidung über diesen Antrag gilt nicht die Regel des § 244 Abs. 3 bis Abs. 6, sondern die allgemeine Aufklärungspflicht des Gerichtes ist der Maßstab.

Im Falle eines Beweisermittlungsantrages muss das Gericht mithin über die Beweiserhebung hinaus ermittelnd tätig werden.

b. Die Entscheidung über einen Beweis Antrag

Während über den Beweisermittlungsantrag oder eine Beweis Anregung formlos entschieden werden kann, mit der Revision sogar nicht gerügt werden kann, dass das Instanzgericht förmlich nicht über einen Beweisermittlungsantrag entschieden hat, gebietet der reguläre Beweis Antrag eine **förmliche gerichtliche Entscheidung** in Form eines Gerichtsbeschlusses gem. § 244 Abs. 6 StPO eines Gerichtsbeschlusses. Die falsche Behandlung eines Beweis Antrages kann mit der Revision gerügt werden.

Ablehnungsbeschluss

Die Anordnung der Beweisaufnahme kann durch den Vorsitzenden im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis allein und ohne Begründung erfolgen. Soll ein Beweis Antrag abgelehnt werden, so muss dies durch einen Gerichtsbeschluss erfolgen, der in der Hauptverhandlung bekannt zu machen und in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen ist. Der Beschluss ist zu begründen.

Die Ablehnung eines Beweisantrages bedarf gem. § 244 Abs 6 StPO. Der Beschluss ist zu protokollieren. Die Gründe müssen so konkret sein, dass sie dem Antragssteller Gelegenheit geben, sich in seiner weiteren Verhandlungsführung darauf einzustellen und dem Revisionsgericht die Nachprüfung auf Rechtsfehler erlauben. Die Entscheidung ist vor Schluss der Beweisaufnahme bekannt zu geben.

Nach § 244 Abs 3 S 1 StPO ist ein Beweisantrag (zwingend) abzulehnen, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Darüber hinaus darf ein Beweisantrag nach § 244 Abs 3 S 2 StPO nur abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig, die zu beweisende Tatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung oder schon erwiesen, das Beweismittel völlig ungeeignet oder unerreichbar ist, wenn der Antrag zum Zweck der Prozessverschleppung gestellt wurde oder wenn eine beweiserhebliche Behauptung zu Gunsten des Angeklagten als wahr unterstellt werden kann.

Der Beweisermittlungsantrag hat aber auch für die **Revision** eine besondere Bedeutung: Mit der Revision kann die sogenannte Aufklärungsrüge geltend gemacht werden. Der Angeklagte und sein Verteidigermüssen in diesem Fall darlegen, dass Gericht habe die ihm obliegende Aufklärungspflicht verletzt. Hierzu muss der Revisionsführer (Angeklagte) detailliert beschreiben:

2. Welches Beweismittel nicht ausgeschöpft wurde
2. Zu welchem Ergebnis die weitere Ermittlung geführt hätte.

Hierbei muss er wieder ein bestimmtes konkretes Beweisergebnis beschreiben. Sagt der Revisionsführer nur, dass ein bestimmtes günstiges Ergebnis möglich gewesen wäre, führt dies nicht zum Erfolg der Revision.

Der Angeklagte muss jedoch auch noch weiter ausführen, dass das Urteil auf diesem Fehler des Gerichtes und der Verletzung der Aufklärungspflicht beruht und schließlich muss er noch darlegen, wieso sich die weitere Beweisaufnahme dem Gericht aufgedrängt hätte. Hat er genau in diese Richtung einen **Beweisermittlungsantrag** gestellt, kann er sich in der Revision hierauf berufen und klarstellen, dass er das Gericht auf diese Beweismöglichkeit ja gerade hingewiesen hat.

Exkurs: Nicht mit der Aufklärungsrüge kann geltend gemacht werden, dass sich in der Zwischenzeit gezeigt hat, dass ein anderer, während der Hauptverhandlung Unbekannter, in der Zwischenzeit die Tat gestanden hat. Dies ist natürlich keine Ausführung der Aufklärungsrüge. Denn dem Gericht kann nicht vorgeworfen werden, dass ein zur Zeit der Hauptverhandlung Unbekannter die Tat begangen hat. In diesem Falle bleiben dem Angeklagten lediglich die Rücknahme der Revision und die Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens.

d. Konnexität

Schließlich hat der BGH noch den Begriff der **Konnexität** entwickelt.²⁰

Ein Beweisantrag liegt danach nur vor, wenn ein Konnex zwischen Beweistatsache und Beweismittel erkennbar ist. Wird dies seitens des Gerichts verneint, liegt ein Beweisermittlungsantrag vor.²¹ Im Falle des Zeugenbeweises wird daher verlangt, dass das Beweisbegehren erkennen lassen muss, aus welchem Grund der Zeuge etwas zum Beweisthema bekunden soll.²²

Ausreichend ist es, wenn die Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache jedenfalls in Unrissen erkennbar ist. In der Regel bedarf es daher keiner weiteren Darlegung dieser Konnexität, weil es sich bereits aus dem Zusammenhang ergibt. Mit der vorliegenden Entscheidung wurde dieses Erfordernis der Konnexität zur aber deutlich erhöht.

Der Fall:

Der Angeklagte war angeklagt, dem Nebenkläger mit dem Messer verletzt zu haben. Der Vater des Angeklagten besuchte den Verletzten im Krankenhaus, um ihn dazu zu bewegen, die Anzeige zurückzunehmen. Bei diesem Besuch wurde der Vater von E. und L. begleitet. Der Vater und E. wurden als Zeugen gehört. Im Anschluss an die Vernehmung haben die Verteidiger beantragt, auch den Zeugen L. zu laden. Dieser solle bekunden, der Nebenkläger habe ihm bei dem Besuch aus freien Stücken gesagt, der Angeklagte habe ihm nicht die Stichverletzungen zugefügt. Dies hatten zuvor der Vater und E. nicht bestätigt. Das Landgericht hat den Beweisantrag abgelehnt. Die Revision blieb ohne Erfolg. Der BGH legt dar, dass zwischen der Beweisbehauptung und dem Beweismittel keine ausreichende Konnexität dargelegt wurde. Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme werden verstärkte Anforderungen an die Konnexität gestellt. Hier geht es nicht um Aufklärung eines Sachverhaltes, sondern um eine Ausweitung oder Widerlegung des bisherigen Beweisstoffes. Die Darlegung der Eignung des Begehrens für die weitere Sachaufklärung muss daher auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses erfolgen. Der Beweisantragsteller begeben sich daher in eine Art Dialog über die Eignung und Notwendigkeit der erstrebten Beweiserhebung. Im konkreten Fall hätte daher die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen im Beweisantrag konkret bezeichnet werden können. Hieraus hätte sich ergeben müssen, wieso L. etwas wahrnehmen soll – bei demselben Besuch, bei dem der Vater des Angeklagten und der Zeuge E. nicht gehört hatten.

²⁰ BGHSt 40, 3

²¹ Gegen diese Rechtsprechung Herdegen in Pfeiffer KK, 5. Aufl., § 245 Rn. 48

²² BGH NStZ 2000, 437

BGH, Urteil vom 10.06.2008, 5 StR 38/08 = ZJS 2008, 554 = NJW 2008, 3446

Diese Entwicklung ist kritisch, da eine Art umgekehrter – im Gesetz nicht vorgesehener - Begründungspflicht geschaffen wird. Der Antragsteller muss begründen, weshalb ein Beweisantrag notwendig war – nicht mehr das Gericht gem. § 244 Abs. 3 StPO, weshalb ein Beweisantrag zurückgewiesen wird.

Aus § 246 StPO ergibt sich, dass ein Beweisantrag nicht mit der Begründung abgelehnt werden kann, er sei zu spät gestellt. Der Zeitpunkt ist daher ohne Relevanz, denn eine Präklusion verträgt sich nicht mit dem Grundsatz der umfassenden und erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts. Dieser allgemeine Rechtsgedanke wird aber ad absurdum geführt, wenn mit fortschreitender Beweisaufnahme erhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit eines Beweisantrages gestellt werden.

In einer früheren Entscheidung hatte der BGH eine Entscheidung des Landgerichts gebilligt, nach der der Angeklagte selbst nur noch über seinen Verteidiger Beweisanträge stellen durfte.

d. Frist

Es ist jetzt möglich, dass der Richter eine Fristaufnahme für Beweisanträge setzt:

BGH, Beschluss vom 9.5.2007, 1 StR 32/07 = NZV 2008, 362 = NJW 2007, 2501, siehe auch BGH NStZ 2005, 684; eine Fristüberschreitung kann das Gericht als ein Indiz für die Verschleppungsabsicht werten (BGH. Beschl. v. 23.9.2009 = BGHSt 52, 355

9. Beweisverbote

Die Aufklärungspflicht des Gerichts gilt nicht uneingeschränkt: es gibt keine Wahrheitsforschung um jeden Preis.²³ Die rechtstatlichen Grenzen der gerichtlichen Ausforschung müssen beachtet werden, das Interesse einer vollständigen Aufklärung aller Umstände einer Straftat muss zurückstehen, wenn höherrangige Individualinteressen, insbesondere der Schutz der Menschenwürde erheblich tangiert werden.²⁴

Grenzen werden durch so genannte **Beweisverbote** gezogen. Beweisverbote werden unterschieden nach Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverboten.

²³ BGHSt 31, 304

²⁴ BGHSt 19,325

Beweiserhebungsverbote sind untergliedert in Beweisthemenverboten und Beweismittelverboten. **Beweisthemenverbote** umfassen Bereiche, die einer gerichtlichen Aufklärung grundsätzlich nicht zugänglich sind. Diese ist zum Beispiel das Beratungsgeheimnis im Rahmen der richterlichen Tätigkeit gem. § 43 DRiG. Das Beratungsgeheimnis unterliegt nach § 174 Abs. 3 GVG der Geheimhaltungspflicht. Nicht eingegangen werden darf auch auf nach der Bestimmung des BZRG oder StVG getilgte Vorverurteilungen.

Beweismittelverbote liegen vor, wenn die Benutzung eines bestimmten Beweismittels untersagt ist. Dies kann zum Beispiel das Zeugnis einer Person sein, die zur Zeugnisverweigerung berechtigt ist und von diesem Recht Gebrauch macht. Schließlich gibt es noch die **Beweismethodenverbote**: zum Beispiel dürfen Aussagen, die mit unzulässigen Vernehmungsmethoden erreicht wurden, nicht in einem Strafverfahren verwertet werden.

Allerdings gibt es keinen Satz, der besagt: ein Beweiserhebungsverbot führt zu einem Beweisverwertungsverbot. Vielmehr muss, so der Bundesgerichtshof, eine Güterabwägung getroffen werden. Dient die verletzte Verfahrensvorschrift in erster Linie dem Schutz des Angeklagten, so kommt ein Verwertungsverbot in Betracht. Ist dagegen die Verfahrensvorschrift allein zum Schutz Dritter²⁵ erlassen, so führt dies nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.

Allerdings ist nach überwiegender Ansicht das Beweisverwertungsverbot auch nicht von Amtswegen zu beachten. Ein Beweisverwertungsverbot wird in der Regel nur angenommen, wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger im Rahmen des Erklärungsrechtes gem. § 257 StPO der Verwertung in der Hauptverhandlung widerspricht.

10. Verteidigungstaktik

11.. Die Funktion des Beweisantrages

Mit einem Beweisantrag kann der Verteidiger Einfluss auf den Gang der Hauptverhandlung nehmen. Darüber hinaus hat der Beweisantrag aber auch eine Funktion als „**Indikator**“. Durch geschickte Beweisanträge kann der Verteidiger frühzeitig versuchen die Beweiswürdigung durch das Gericht in Erfahrung zu bringen. Darüber hinaus kann es auch als Mittel zur Festschreibung eines Sachverhaltes eingesetzt werden. In diese Überlegungen muss der Verteidiger bei der Vorbereitung eines Beweisantrages **eintreten**:

²⁵Beispielsweise das Aussageverweigerungsrecht des Auskunftsverweigerungsrechtes Mitbeschuldigten gem. § 55 StPO

- Was will ich beweisen?
- Kann ich es mit geeigneten Beweismitteln erreichen?
- Wie wird das Gericht auf meinen Antrag reagieren?

12. Die Form des Beweisantrages

Der Beweisantrag muss in der Hauptverhandlung **mündlich** gestellt werden. Der Verteidiger ist auch berechtigt, vor Beginn der Verhandlung bereits schriftliche Beweisanträge bei Gericht einzureichen. Ein bereits vor der Hauptverhandlung schriftlich zu den Akten gereichter Beweisantrag muss in der Hauptverhandlung wiederholt werden; versäumt der Verteidiger diese Wiederholung in der Hauptverhandlung, gilt der Antrag als nicht gestellt.

Die Stellung eines Beweisantrages ist eine wesentliche Förmlichkeit und daher in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen. Sinnvoll ist es aber, den Beweisantrag schriftlich vorzuformulieren und dann in der Hauptverhandlung zu verlesen. Zur Vorbereitung eines solchen Antrages kann der Verteidiger in laufender Hauptverhandlung auch eine Unterbrechung der Verhandlung beantragen.

Die Beweistatsache soll nach Möglichkeit so genau wie möglich beschrieben werden. Darüber hinaus ist es dem Verteidiger unbenommen, in einem Beweisantrag auch eine Wertung des bisherigen Beweisergebnisses vorzunehmen. Dies kann das Gericht dazu veranlassen, sich förmlich zur Beweissituation und bisherigen Beweiswürdigung zu verhalten. Darüber hinaus muss in dem Beweisantrag die zu beweisende Tatsache als bestimmt bezeichnet werden. Dabei braucht der Verteidiger zwar innerlich nicht von dem Beweisergebnis überzeugt zu sein, es reicht aus, wenn er das Beweisergebnis für möglich hält. Dies darf er in der sprachlichen Formulierung jedoch nicht zum Ausdruck bringen, weil er sonst Gefahr läuft, dass der Beweisantrag als „**Beweisermittlungsantrag**“ behandelt wird. Mit einem Beweisermittlungsantrag kann ein Verteidiger eine Beweisaufnahme oder ein entsprechende Befassung nicht erzwingen. Es gibt keine Begründungspflicht für einen Beweisantrag. Aber dem Verteidiger sind selbstverständlich Ausführungen hierzu gestattet. Dies kann je nach Verfahrensstand sinnvoll sein, es kann aber auch unter Umständen ein Bumerang werden.

Für den Beweisantrag ist eine bestimmte Form oder ein formeller Aufbau nicht vorgeschrieben. So ist es ohne weiteres möglich, in einer Begründung zu einem Beweisantrag einen weiteren Beweisantrag „zu verstecken“ – durchaus von der Hoffnung getragen, dass das Gericht sich mit der Begründung nicht so detailliert auseinandersetzt sondern lediglich zu einer eigenen Wertung des Antrages kommt. Das Übersehen eines solch „versteckten“ Beweisantrages kann die Revision gegen ein Urteil eines Instanzgerichts begründen.

13. Der Zeitpunkt der Antragsstellung

Beweisanträge müssen mündlich vorgetragen werden. Dabei gibt es keinen Zeitpunkt innerhalb einer Hauptverhandlung, der für Beweisanträge des Verteidigers reserviert ist – Beweisanträge können während der gesamten Dauer der Hauptverhandlung gestellt werden – letztmöglicher Zeitpunkt ist der Beginn der **Urteilsverkündung**.²⁶

Eine Besonderheit besteht, wenn zwischen dem Beginn der Urteilsverkündung und dem Schluss der mündlichen Begründung des Urteils ein Beweisantrag gestellt wird, auch dies ist kein Beweisantrag im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO. Das Gericht kann es ablehnen, diesen Antrag entgegen zu nehmen. Ein solcher Beschluss braucht nicht begründet zu werden.²⁷ Hat das Gericht den Antrag jedoch entgegen genommen, muss es diesen noch in geeigneter Weise bescheiden.

Der Verteidiger wird eine Reihe von taktischen Überlegungen anstellen: für eine frühe Antragstellung kann sprechen, dass ein entfernt wohnender Zeuge noch rechtzeitig zur Hauptverhandlung erscheinen kann – mit spontanen Beweisanträgen, die in der Hauptverhandlung freihändig formuliert werden, kann auf eine überraschende Beweissituation reagiert werden. Bei sehr späten Beweisanträgen kann darauf spekuliert werden, dass vielleicht das Gericht unwillig ist, noch einmal in die Beweisaufnahme einzutreten; mit einem späten Beweisantrag kann aber auch die Verteidigungslinie verschleiert werden oder vor Zeugen verheimlicht werden, dass noch bestimmte weitere Zeugen in der Verhandlung gehört werden sollen.

14. Die Entscheidung über einen Beweisantrag

Der Beweisantrag ist eine wesentliche Förmlichkeit der Hauptverhandlung, die protokolliert werden muss. Das Gericht muss über die Ablehnung eines Beweisantrages durch einen förmlichen Beschluss entscheiden, der als wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens ebenfalls protokolliert werden muss.

Numerus clausus der Ablehnungsgründe eines Beweisantrages

Ein Beweisantrag muss vom Gericht abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Im Übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden,

²⁶ BGHSt 21, 118

²⁷ BGH NStZ 1986, 182

- wenn die Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist
- die zu beweisende Tatsache für die Entscheidung des Gerichts ohne Bedeutung ist
- wenn die zu beweisende Tatsache bereits bewiesen ist
- das Beweismittel völlig ungeeignet ist
- wenn das Beweismittel unerreichbar ist
- wenn der Antrag alleine zum Zweck der Prozessverschleppung gestellt wurde
- wenn die zu beweisende Behauptung zugunsten des Angeklagten als wahr unterstellt wird.

Diese Gründe sind abschließend. Die Ablehnungsgründe werden lediglich ergänzt durch die Sondervorschrift des § 244 Abs. 4 StPO: Danach kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen zurückgewiesen werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde hat. Diese Frage muss das Gericht selbst beurteilen, aber später in den schriftlichen Urteilsgründen die eigene Sachkunde auch darlegen. Dabei soll es nach der Rechtsprechung ausreichen, wenn nur ein einzelnes Mitglied des Gerichts die notwendige Sachkunde besitzt.²⁸

Der Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann auch abgelehnt werden, wenn es sich um die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens handeln soll: Hierzu ist das Gericht nur verpflichtet, wenn der jetzt benannte Gutachter über überlegende Forschungsmittel verfügt oder bisherige Gutachter von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.

Die Gründe der Ablehnung in Einzelnen

Unzulässigkeit der Beweiserhebung

Die Unzulässigkeit des Beweisergebnis führt nicht dazu, dass der Beweisantrag unzulässig ist. Der Beweisantrag hat zwei bestimmende Elemente: Eine konkrete **Tatsachenbehauptung** sowie ein **Beweismittel**. Auch die Entscheidung über eine unzulässige Beweiserhebung (z. B. Augenschein von rechtswidrig erhobener Telefonüberwachung) muss daher in einem förmlichen Gerichtsbeschluss erfolgen. Unzulässig ist die Beweiserhebung, wenn ein Beweismethodenverbot der Beweisaufnahme entgegensteht.

Offenkundigkeit der Beweistatsache

²⁸ BGHSt 12., 18; BGH NStZ 1983, 325

Die Beweiserhebung kann überflüssig sein, wenn die behauptete Tatsache – oder aber das Gegenteil²⁹ - offenkundig ist. Dabei ist offenkundig der Oberbegriff für eine **Allgemeinkundigkeit** oder eine **Gerichtskundigkeit**. Offenkundig in Form einer Allgemeinkundigkeit ist eine Tatsache, die Verständige und Erfahrene regelmäßig ohne weiteres kennen oder sich Kenntnis hiervon aus allgemein zugänglichen Quellen verschaffen können.

Gerichtskundig ist eine Tatsache, die den Richtern aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt ist. Gerichtskundig sind daher nicht private Kenntnisse eines der beteiligten Richters. Solche privaten Kenntnisse können im Strafverfahren allenfalls durch eine förmliche Zeugenvernehmung des Richters eingeführt werden: Dies hätte allerdings die Konsequenz, dass dieser Zeuge als Richter in dieser konkreten Angelegenheit ausscheidet. Soweit Tatsachen gerichtskundig sind, aber nicht allgemeinkundig sind, müssen diese förmlich im Strafverfahren mitgeteilt werden. Diese Mitteilung gemäß § 265 StPO ist eine wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens, die in Protokoll aufgeführt werden muss. Verwenden Richter gerichtskundige Tatsachen, die für die Entscheidung wesentlich sind, ohne sie zuvor dem Prozessbeteiligten bekannt gegeben zu haben, kann auf diese Verletzung der prozessualen Vorschriften gemäß § 261 StPO die Revision gestützt werden: Hierin kann eine Verletzung des Mündlichkeitsgrundsatzes liegen. Auch eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör liegt nahe.

Bedeutungslosigkeit einer Beweistatsache

Die Bedeutungslosigkeit kann rechtlicher Natur sein, sie kann sich aber auch aus tatsächlichen Gründen ergeben. Dies kann unter anderem auch der Fall sein, wenn das Gericht – vorausgesetzt, die Beweiserhebung ergibt das vom Verteidiger gewünschte Ergebnis – den vom Verteidiger gewünschten Schluss aus diesem Beweisergebnis nicht ziehen will. Fehlerhaft wäre es aber, würde das Gericht einen Beweisantrag als bedeutungslos zurückweisen, weil das Gegenteil bereits bewiesen ist. Da die Gründe für die Ablehnung im Gesetz abschließend aufgeführt werden, ist eine Erweiterung der Ablehnungsgründe nicht möglich.

Erwiesen sein der Beweistatsache

Das Gericht kann einen Beweisantrag zurückweisen, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache bereits nach der Überzeugung des Gerichtes erwiesen ist. Das Gericht ist in diesen Fällen befugt, bereits nach Stellung eines Beweisantrages eine Beweiswürdigung vorzunehmen. Eine solche Beweiswürdigung ist ansonsten während des laufenden Prozesses dem Gericht nicht gestattet und kann zu einer Ablehnung der Richter wegen der

²⁹ BGHSt 6, 292

Besorgnis der Befangenheit führen. Im Falle des § 244 StPO bei der Beurteilung eines Beweisantrages kann es den Richtern aber ausnahmsweise gestattet sein, wenn sie entscheiden müssen, ob die Beweistatsache bereits erwiesen ist.

Ungeeignetheit des Beweismittels

Ein weiterer Ablehnungsgrund ist die völlige Ungeeignetheit des von dem Antragsteller genannten Beweismittels. Dabei muss feststehen, dass es unmöglich ist, mit dem benannten Beweismittel die behauptete Tatsache zu beweisen.

Ein Beweismittel ist völlig ungeeignet, wenn auf Grund der Lebenserfahrung der Richter die sichere Prognose stellen kann, dass die Beweiserhebung mit dem beantragten Beweismittel das erwünschte oder in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erbringen kann.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.2.2008, IV-V Ss (OWi) 51/07, (OWi) 77/07 I = VA 2008, 137

Unerreichbares Beweismittel

Schließlich kann ein Beweisantrag zurückgewiesen werden, wenn das Beweismittel unerreichbar ist. Dies ist häufig bei Zeugen der Fall, deren Aufenthaltsort nicht bekannt ist.

Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht

Ein Beweisantrag kann auch zurückgewiesen werden, wenn der Antragsteller durch einen Beweisantrag ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrens erreichen will. Eine Zurückweisung wegen Prozessverschleppung ist nur möglich, wenn die begehrte Beweiserhebung den Abschluss des Verfahrens erheblich hinauszögert, die Beweiserhebung für das Urteil nichts Sachdienliches erbringt, der Antragsteller dies weiß und ausschließlich die Verzögerung des Verfahrens bezweckt.

Das Gericht darf zu diesem Ergebnis allerdings nicht kommen, nur weil der Antrag sehr spät, möglicherweise erst kurz vor der Urteilsverkündung gestellt wird. Die StPO sieht keinen Zeitrahmen oder gar eine Deadline für die Stellung von Beweisanträgen vor. Soweit der Verteidiger einen Beweisantrag stellt, ist es alleine seinem taktischen Geschick und seinem Verteidigungsplan überlassen, wann er einen Beweisantrag stellt.

Ist es der Verteidiger, der diesen Beweisantrag spät stellt, kann der Antrag auch nur zurückgewiesen werden, wenn er, der Verteidiger, die Verzögerung des Verfahrens beabsichtigt. Auf die Intention des Angeklagten kommt es in diesem Falle nicht an. Da diese Kriterien kaum zu erfüllen sind, jedenfalls für das Gericht nicht mit der vom Bundesgerichtshof geforderten Klarheit darzulegen sind, spielt dieser Ablehnungsgrund in der Praxis keine große Rolle. Dies kann sich aber in naher Zukunft ändern, da der BGH es in der Zwischenzeit dem Tatrichter gestatte, den Prozessbeteiligten eine Frist für die Vorlage von Beweisanträgen zu setzen.

Wahrunterstellung.

Ein Beweisantrag kann zurückgewiesen werden, weil die unter Beweis gestellte Beweisbehauptung als wahr unterstellt wird. Bei den Gerichten ist dieser Ablehnungsgrund relativ beliebt – die Behandlung im weiteren Verfahren ist jedoch oft mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Die Wahrunterstellung ist zulässig, wenn das Gericht die von dem Angeklagten behauptete Beweistatsache als erheblich einschätzt, die Behauptung zur Entlastung führen kann und eine weitere Sachaufklärung voraussichtlich ausgeschlossen ist.

Auf der anderen Seite darf das Gericht eine Beweistatsache in einem Beweisantrag des Angeklagten oder seines Verteidigers nicht als wahr unterstellen, wenn gerade diese Wahrunterstellung den Ausschlag für einen Freispruch gibt. Wäre es die ausschlaggebende Tatsache für die Entscheidung des Gerichtes, muss das Gericht den Beweis erheben, denn die Aufklärungsverpflichtung des Gerichtes geht einer Wahrunterstellung vor.

Unterstellt das Gericht in einer kritischen Situation des Strafprozesses daher eine Beweistatsache als wahr, beinhaltet dies für den Verteidiger in der Regel auch die Information, dass das Gericht gleichwohl den Angeklagten verurteilen wird.

Wandel der Auffassung des Gerichtes

An den Bewertungen in den Beweisbeschlüssen ist das Gericht jedoch nicht in allen Fällen für das gesamte Verfahren gebunden. So kann ein Gericht, das einen Beweisantrag zuvor als ungeeignet zurückgewiesen hat, im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung zu dem Ergebnis kommen, dass das Beweismittel nicht ungeeignet ist – oder im Falle der Unerreichbarkeit eines Beweismittels zu dem Ergebnis kommt, dass das Beweismittel jetzt doch erreichbar ist. Der verkündete Beschluss hindert das Gericht nicht daran, vor der Urteilsverkündung einen ergänzenden oder korrigierenden Beweisbeschluss zu erlassen. So kann das Gericht auch ohne weiteres einen Gerichtsbeschluss korrigieren, in dem eine Beweistatsache als wahr unterstellt wurde: das Gericht kann in diesem neuen Beschluss die Erhebung des Beweises anordnen.

Besonderheiten beim Sachverständigenbeweis

In vielen Fragen, auch bezüglich der Schuldfähigkeit, werden Sachverständige vom Gericht hinzugezogen. Grundsätzlich soll jedoch soweit es um die Beurteilung der **Glaubwürdigkeit eines Zeugen** geht, keine Sachverständigen hinzugezogen werden. Denn die Beurteilung der Glaubwürdigkeit ist die „ureigenste Aufgabe des Gerichtes“.³⁰

Die „natürliche Sachkunde“ des Gerichtes bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit kann jedoch in Frage stehen, wenn besondere Krankheitssymptome bei einem Zeugen festgestellt werden – etwa Psychosen aus dem schizophrenen Formenkreis. Hierbei muss möglicherweise durch einen Psychiater geklärt werden, ob der Zeuge Geschehen berichtet, das er tatsächlich erlebt hat oder ob es sich um Bekundungen handelt, die er aufgrund seiner Krankheit glaubt, erlebt zu haben. Eine ähnliche Situation kann sich ergeben, wenn besonders neurotische Personen etwa auf Grund hochgradiger Medikamentenabhängigkeit oder Drogenabhängigkeit vernommen werden.³¹ Solche besonders schwierigen Umstände können auch vorliegen, wenn kindliche oder jugendliche Zeugen gehört werden und es sich um Fragen des sexuellen Missbrauchs handelt³².

³⁰ BGHSt 8, 130; BGH NSTZ 1985, 229; BGH 1987, 182

³¹ BGH StV 1990, 8; BGH StV 1990, 532

³² BGHSt 2 163; BGHSt 23,8

Generell kann das Gericht sich eines Sachverständigen bedienen, wenn dem Gericht ein bestimmtes **Erfahrungswissen** fehlt. Der Sachverständige wird dann hinzugezogen, um dem Gericht dieses fehlende Erfahrungswissen zu vermitteln. Hierbei muss der Verteidiger stets darauf achten, dass der Sachverständige keine rechtliche Würdigung vornimmt. Diese Gefahr besteht immer, wenn psychiatrische Sachverständige hinzugezogen werden, um die Schuldfähigkeit eines Angeklagten zu beurteilen. Die Frage der Schuldfähigkeit ist eine rein rechtliche Frage: durch den Sachverständigen kann alleine geklärt werden, ob aufgrund bestimmter Umstände (beispielsweise Alkoholisierung, Krankheit, Medikamentenabusus) eine Beeinflussung der Einsichtsfähigkeit oder des Hemmungsvermögens bejaht werden kann. Ob diese Einschränkung rechtlich relevant ist und so schwerwiegend ist, dass eine Minderung der Schuldfähigkeit vorliegt, ist dagegen allein Aufgabe des Richters.

Ablehnung eines Augenscheins

Auch bei der Ablehnung eines Augenscheins, den der Verteidiger beantragt hat, steht dem Gericht ein weit reichender Entscheidungsspielraum zu: Das Gericht kann den Augenschein ablehnen, wenn er nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zur Erforschung der Wahrheit nicht notwendig ist. Entscheidender Maßstab für den Augenschein ist mithin wieder die Aufklärungsverpflichtung des Gerichts. Nach überwiegender Auffassung der Rechtsprechung gilt auch hierbei nicht das Verbot der Beweisantizipation.³³ Das Gericht kann bei seiner Entscheidung die bisher erfolgte Beweisaufnahme werten.

Der Auslandszeuge

Eine besondere Bewandnis hat es bei einem Beweisantrag auf Vernehmung des Auslandszeugen. Nach einer Neufassung des § 255 Abs. 5 S. 2 StPO kann die Vernehmung eines im Ausland lebenden Zeugen auch dann zurückgewiesen werden, wenn unter vorläufiger Beweiswürdigung dessen Vernehmung zur Forschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Die entsprechende Regelung des Gesetzes wurde vom Verfassungsgericht gebilligt.³⁴ Unberührt bleibt auch hier der Amtsaufklärungsgrundsatz: Je wichtiger dieser Zeuge zur Aufklärung ist, umso mehr Anstrengungen muss das Gericht unternehmen, den Zeugen zu hören.

Präsente Zeugen

³³ BGHSt 8, 177

³⁴ BVerfG, Strafverteidiger 1977,1

Die Möglichkeiten des Gerichts, einen Beweisantrag abzulehnen, sind eingeschränkt, wenn die Beweismittel präsent sind, d.h. zur sofortigen Beweiserhebung zur Verfügung stehen. Gem. § 245 Abs 1 StPO hat das Gericht, ohne dass es auf einen Beweisantrag ankäme, Beweis zu erheben bei allen vom Gericht geladenen und in dieser prozessualen Eigenschaft erschienenen Zeugen und Sachverständigen sowie bei den vom Gericht (zu Beweis Zwecken) oder von der Staatsanwaltschaft herbeigeschafften Beweismitteln. Auf die Beweiserhebung kann in diesen Fällen nur verzichtet werden, wenn diese unzulässig ist oder wenn die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und der Angeklagte hiermit einverstanden sind (§ 245 Abs 1 StPO). Will die Verteidigung auf die Vernehmung eines geladenen Zeugen nicht verzichten, so ist dies ausdrücklich zu Protokoll zu geben.

Darüber hinaus hatte der Verteidiger die Möglichkeit, selbst Zeugen und Sachverständige zu laden. In diesen Fällen muss er die Ladung durch einen Gerichtsvollzieher zustellen und dem Zeugen bzw. Sachverständigen durch den Gerichtsvollzieher Reisekosten und Aufwandsentschädigung in bar anbieten oder eine entsprechende Summe bei der Gerichtskasse hinterlegen.

Gemäß § 254 Abs. 1 StPO muss das Gericht Beweise erheben, soweit Zeugen und Sachverständige erschienen sind. Damit sind die Möglichkeiten einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen abzulehnen, der auf Grund der Ladung des Verteidigers erschienen ist, stark eingeschränkt. Auf die Beweiserhebung in diesen Fällen darf nur verzichtet werden, wenn sie unzulässig ist oder alle Beteiligten, also auch der Verteidiger und der Angeklagte hierauf verzichten. Allerdings kann ein Schweigen des Verteidigers auf eine Frage des Vorsitzenden des Gerichts als Zustimmung gewertet werden.³⁵

Ist ein vom Verteidiger geladener Zeuge anwesend, ist auch in diesen Fällen gemäß § 245 Abs. 2 S. 1 StPO ein Beweisantrag notwendig. Die Anforderungen an den Beweisantrag sind die gleichen wie an den Beweisantrag nach § 244 Abs. 2 StPO. Außer im Falle der Unzulässigkeit der Beweiserhebung, kann das Gericht den Beweisantrag nur zurückweisen, wenn kein Zusammenhang zwischen dem Beweisthema und dem Gegenstand des Verfahrens besteht, wenn das Beweismittel zur Erreichung des Beweisthemas völlig ungeeignet ist oder der Antrag alleine zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt wird. Prozessverschleppung wird aber in der Regel ausscheiden, da der Beweisantrag sich gerade auf ein präsenties Beweismittel bezieht, mithin nur eine relativ kurze Verzögerung durch einen solchen Beweisantrag

³⁵ OLG Hamm, NStZ-RR 1998, 340

erreicht werden kann. Ausgeschlossen sind im Falle des präsenten Beweismittels aber auf jeden Fall die Möglichkeiten der Zurückweisung des Beweisantrages, weil die als Beweis gewünschte Tatsache als wahr unterstellt wird, das Beweismittel unerreichbar ist oder das Gericht über die eigene Sachkunde verfügt.

Verletzung des rechtlichen Gehörs

Lehnt das Amtsgericht mit nicht haltbarer prozessualer Erwägung einen Beweisantrag ab, liegt darin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

OLG Hamm, Beschluss vom 5.4.2006, 3 Ss OWi 132/06 = SVR 2007, 184

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nur dann gegeben, wenn die erlassene Entscheidung des Tatrichters auf einen Verfahrensmangel beruht, der seinen Grund in unterlassener Kenntnis und Nichtberücksichtigung des Vortrags eines Beteiligten hat. Ein Beweisantrag kann aber in Bußgeldverfahren bereits abgelehnt werden, wenn das Gericht nach der Beweisaufnahme den Sachverhalt für so eindeutig geklärt hält, dass die beantragte Beweiserhebung die eigene Beurteilung der Sachlage nicht mehr ändern kann.

OLG Hamm, Beschluss vom 14.2.2008, 2 Ss OWi 81/08 = VRS 114, 290 = NZV 2008, 417

Anhang
Muster von Beweisanträgen

Antrag auf Zeugenvernehmung

LG Heidelberg 3 KLS 15/04
in Sachen Klaus Müller

beantrage ich zum Beweis der **Tatsache**

dass Herr Paul Müller das Kraftfahrzeug am 10.03.2005 nicht geführt hat

die Vernehmung der Frau Maria Schmitz, Hausmeisterstr. 10, Heidelberg
als **Zeugin**.

Begründung: Die Zeugin wird bekunden, dass sie am Tattag, den gesamten Tag mit Herrn Müller verbracht hat. Sie wird weiter bestätigen, dass sie sich nicht in Heidelberg aufgehalten haben, sondern bereits am Tage zuvor zu einem einwöchigem Urlaub nach Südfrankreich aufgebrochen waren. Während desurlaubes war die Zeugin die ganze Zeit mit dem Angeklagten zusammen, so dass er als Fahrer des Fluchtfahrzeuges und damit als Mittäter des Raubüberfalles ausscheidet.

Antrag auf Verlesung einer Urkunde

An das Landgericht Heidelberg
Strafsache 3 KLS 10/05

in der Strafsache Karl-Heinz Müller

beantrage ich zum Beweis der Tatsache, dass mit dem Fahrzeug Golf amtliches Kennzeichen HD-A 110 am Tattag um 12:08 Uhr in Leimen eine Verkehrsübertretung begangen wurde.

Die Verlesung des Bußgeldbescheides vom 21.08.2005.

Die Verlesung wird ergeben, dass gegen die Ehefrau des Angeklagten, Frau Martin Müller, am 21.08.2005 ein Bußgeldbescheid erging, weil diese mit dem Fahrzeug des Angeklagten am Tattag in Leimen die Ampel überquert hat, obwohl für ihre Fahrtrichtung Rotlicht angezeigt war.

Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens

An das Landgericht Heidelberg
Az: 4 KLS 2/05
in der Strafsache
Karl-Heinz Mayer

beantrage ich zum Beweis der Tatsache,

dass die Aufzeichnung der Überwachungskameras in der A-Bank am 10.05.2005 nicht den Angeklagten aufgezeichnet haben,

die Einholung eines **Sachverständigengutachtens**.

Als Sachverständigen rege ich an, Herrn KHK Vogel, Bundeskriminalamt in Wiesbaden zu beauftragen.

Begründung:

1. KHK Vogel ist ein in Deutschland anerkannter Gutachter für Vergleichsgutachten der Identifizierung. Er ist Leiter der Abteilung Identifizierung beim Bundeskriminalamt in Wiesbaden und maßgeblich an den Richtlinien für die Begutachtung und Erstellung anthropologischer Gutachten beteiligt.
2. Der Sachverständige wird auf Grund seiner Erfahrung sowie seiner technischen Möglichkeiten herausarbeiten, dass die auf den Photos wiedergegebene Person nicht identisch mit dem Angeklagten ist. Auf Grund morphologischer Merkmale, die auf dem Photo eindeutig zu erkennen sind, wird er eine Identität ausschließen. Weiter wird er feststellen, dass auf Grund objektiv bestimmter Merkmale der Täter des Banküberfalles maximal 1,70 cm groß ist. Der Angeklagte scheidet damit als Täter aus, denn er ist 1,92 cm groß.

Antrag auf Einnahme eines Augenscheins

An das Landgericht Heidelberg
Az. 3 KLS 10/05
in der Strafsache Karl-Heinz Müller

Zum Beweis der Tatsache,

dass die Fahrt von der Häusserstr., wo sich die A-Bank befindet bis nach Leimen, Wittlicher-Str., nicht in sieben Minuten erledigen lässt, beantrage ich die Einnahme eines Augenscheins.

Begründung:

Der Überfall auf die A-Bank war gegen 12:01 Uhr beendet. Der Zeuge K hat angegeben, dass er, als der Täter die Bank verließ, den Alarm auslöste. Der Alarm wurde um 12:01 Uhr ausgelöst. Der Angeklagte soll das Fluchtfahrzeug gesteuert haben. Nach Auskunft der Verkehrsüberwachung Leimen hat diese am Tattag um 12:08 Uhr einen Rotlichtverstoß des Fahrzeuges Golf amtliches Kennzeichen HD-A 110 in Leimen festgestellt. Dies ist das Fahrzeug des Angeklagten. Der Augenschein wird ergeben, dass die Fahrt vom Tatort bis zur Ampelanlage in sieben Minuten um die Mittagszeit nicht zu bewältigen ist. Weiter beantrage ich einen Augenschein dahingehend, dass das Überwachungsphoto der Ampelanlage Leimen, Wittlicher Str.

in Augenschein genommen wird.

Der Augenschein wird ergeben, dass sieben Minuten nach dem Überfall jedenfalls der Angeklagte nicht Fahrer des Fahrzeuges war. Wie bereits in der Hauptverhandlung eingeführt wurde, hat es mit dem Fahrzeuge des Angeklagten um 12:08 Uhr am Tattag eine Verkehrsübertretung gegeben. Das Fahrzeug fuhr bei Rot über die Ampelanlage, nachdem für dieses Fahrzeug bereits mehr als eine Sekunde Rotlicht angezeigt wurde. Hierbei wurde der Vorgang fotografisch festgehalten. Die Photoaufnahme ist äußerst schlecht, erkennbar ist jedoch, dass am Steuer des Fahrzeuges um 12:08 Uhr eine Frau saß. Damit scheidet der Angeklagte als „Fluchtfahrer“ aus.

15. Beweisantrag im OWi Verfahren

Weist das Gericht einen Beweisantrag wegen eigener Sachkunde zurück, braucht das Gericht dies weder in der Hauptverhandlung noch im Ablehnungsbeschluss zu erörtern. Im Urteil sind Ausführungen hierzu jedoch notwendig, wenn es sich um Fachwissen handelt, das in der Regel nicht Allgemeingut aller Richter ist. Ein solches Allgemeinwissen aller Richter liegt nicht vor, wenn der Zusammenhang zwischen der Anzeige eines gültigen Messergebnisses und dessen tatsächliche Richtigkeit bei dem hier in Rede stehenden Lichtschrankenmessgerät beurteilt werden soll (ESO μ P). Dieses sachkundige Wissen ist dann detailliert im Urteil darzustellen.

Thüringer OLG, Beschluss vom 03.11.2004, 1 Ss 204/04 = VRS 108, 371 = DAR 2005, 464

Soweit es um die Frage der Zulassung einer Rechtsbeschwerde geht, kann die fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages nicht gerügt werden. In der Ablehnung eines Beweisantrages liegt in der Regel keine Verkürzung des Anspruches auf rechtliches Gehör. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nur gegeben, wenn die erlassene Entscheidung des Tatrichters auf einem Verfahrensfehler beruht, der seinen Grund in unterlassener Kenntnisnahme und nicht Berücksichtigung des Sachvertrages der Partei hat.

OLG Hamm, Beschluss vom 25.05.2005, 2 Ss OWi 335/05 = NZV 2006, 217

Beweisantrag

OLG Hamm, Beschluss vom 08.01.08, 2 Ss OWi 864/07 = zfs 2008, 169 = VRS 114, 55 = NZV 2008, 160 = VRR 2008, 235

Will der Richter einen Beweisantrag gem. § 77 Abs. 2 Nr. 2 OWiG zurückweisen, muss er sich Gewissheit darüber verschaffen, ob die Hauptverhandlung innerhalb der Frist des § 229 Abs. 1 StPO fortgesetzt werden kann.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebietet es, dass Beweisanträge, auf die es für die Entscheidung ankommt vom Gericht auch berücksichtigt werden. Ausnahmen können nur aufgrund von prozessualen Vorschriften gegeben sein.

Beweisantrag

OLG Hamm, Beschluss vom 09.11.2006, 2 Ss OWi 689/06 = SVR 2007, 434

Beweisanträge können aus den Gründen des § 244 Abs. 3 und 4 StPO bzw. aus dem Grund des § 77 Abs. 1 OWiG abgelehnt werden. Wenn ein Beweisantrag abgelehnt wird aus Gründen eines „Einfachen

Sachverhaltes“ abgelehnt, liegt eine Verletzung der Aufklärungsverpflichtung nahe.

Beweisantrag

OLG Hamm, Beschluss vom 9.5.2006, 2 Ss OWi 189/06 = SVR 2007, 151

Zur ordnungsgemäßen Begründung einer Rechtsbeschwerde wegen fehlerhafter Ablehnung eines Beweisantrages gehört die genaue Wiedergabe des Inhaltes des gestellten Beweisantrages, also die Beweistatsache und das Beweismittel sowie der Inhalt des gerichtlichen Ablehnungsbeschlusses und die die Fehlerhaftigkeit dieses Beschlusses ergebenden Tatsachen.

Die Aufklärungsrüge erfordert, dass die Revision die Tatsache, die das Gericht zu ermitteln unterlassen hat, mitteilt, das Beweismittel dabei genau bezeichnet und angeben muss, zu welchem Ergebnis dies geführt hätte. Außerdem muss mitgeteilt werden, worauf sich eine Beweisfähigkeit für das Gericht hätte aufdrängen müssen.

Rechtsbeschwerde – Beweisantrag

OLG Hamm, Beschluss vom 28.2.2008, 3 Ss OWi 61/08 = VRR 2008, 275

Wird die Rechtsbeschwerde mit der Verfahrensrüge wegen Ablehnung eines Beweisantrages nach § 77 Abs. 3 OWiG begründet, muss der Rechtsmittelführer auch mitteilen, wie die Ablehnung im Urteil im Rahmen der Beweiswürdigung erfolgt ist. Im Falle der Ablehnung muss der Richter im Urteil begründen, dass für ihn die Beweiserhebung nicht erforderlich war. Dies muss für das Rechtsbeschwerdegericht überprüfbar sein.

Urteil in Bußgeldverfahren

Auch im Bußgeldverfahren muss der Tatrichter seine Überzeugungsbildung im Urteil so ausführlich darlegen, dass das Beschwerdegericht in die Lage versetzt wird, das Urteil darauf zu überprüfen, ob der Tatrichter sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen gehalten hat und die tatsächliche Beurteilung auf rechtlich zutreffenden Erwägungen beruht. Dabei ist namentlich die Einlassung des Betroffenen eingehend zu würdigen. Stützt das Gericht seine Überzeugung auf das Gutachten eines Sachverständigen, so sind die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Schlussfolgerungen mitzuteilen.

OLG Köln, Beschluss vom 30.06.2005, 8 Ss – OWi 103/05 = VRS 109, 193 = DAR 2005, 646

III. Anordnung der Blutentnahme und Verwertungsverbote

1. Grundsätzliches

Die Blutabnahme ist nur bei dem Beschuldigten zulässig. Beschuldigter ist ein Tatverdächtiger, gegen den bereits ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde. Die Entscheidung über die Einleitung und Entnahme einer Blutprobe erfordert zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gem. § 152 Abs. 2 StPO. Voraussetzung ist mithin, dass hinreichende Verdachtsmomente vorliegen.

Beschuldigterbegriff

Beschuldigter ist derjenige, gegen den bereits ein Verfahren eingeleitet wurde. Der Betroffene ist dann sofort zu belehren. Angaben ohne ausreichende Beschuldigtenbelehrung unterliegen einem Beweisverwertungsverbot, auch wenn der Beschuldigte nachträglich nach § 55 StPO belehrt wurde. Ansonsten darf ein Ermittlungsbeamter zwar die Verdachtslage abklären. Ist diese gegen eine Verhörsperson aber bereits so stark ausgeprägt, muss eine Beschuldigtenvernehmung erfolgen.

BGH, Urteil vom 3.7.2007, 1 StR 3/07 = NJW 2007, 2706

BGH, Beschluss vom 18.7.2007, 1 StR 280/07

Informatorische Befragung

Auch Angaben bei einer informatorischen Befragung unterliegen dem Verwertungsverbot des § 252 StPO.

AG Saalfeld, Beschluss vom 16.4.2007, 630 Js 40575/06 2 Ds jug = BA 2008, 144

Spontanäußerung

Erfolgen Äußerungen außerhalb einer förmlichen Vernehmung oder informatorischen Befragung spontan und aus freien Stücken, sind diese als „Spontanäußerungen“ auch ohne Belehrung verwertbar. Sie unterliegen nicht einem Verwertungsverbot. Dies gilt auch, wenn eine Zeugin zunächst am Telefon von sich aus und ungefragt den vollständigen Sachverhalt schildert, ohne dass zu diesem Zeitpunkt ein Tatverdacht gegen den Ehemann bestand. Nach Vorliegen des Tatverdachtes wurde die Zeugin nicht mehr gehört. Weitere Äußerungen erfolgten in der Folgezeit in einem Streitgespräch mit ihrem Ehemann, bei dem ein Polizeibeamter zugegen war.

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 6.2.2008, Ss 70/07 = VA 2008, 84

Informatorische Befragung

Fragen Polizeibeamte auf einem Parkplatz den Angeklagten nach der Fahrereigenschaft, handelt es sich nicht lediglich um eine informatorische Befragung, für die eine Belehrung nicht erforderlich ist. Für die Unterscheidung zwischen einer informatorischen Befragung und einer

Beschuldigtenvernehmung ist die Stärke des Tatverdachts bedeutsam. Hierbei hat der Polizeibeamte einen Beurteilungszeitraum, den er allerdings nicht missbrauchen darf. Neben der Stärke des Verdachts ist auch von Bedeutung, wie sich das Verhalten des Beamten nach außen in der Wahrnehmung des Befragten darstellt. So gibt es polizeiliche Verhaltensweisen, die schon nach ihrem äußeren Befund belegen, dass der Polizeibeamte den Befragten als Beschuldigten begegnet, mag der Beamte dies auch noch nicht zum Ausdruck bringen.

BayObLG, Beschluss vom 02.11.2004, 1 St RR 109/04 = NZV 2005, 494= StV 2005, 430

Verwertungsverbot, Verstoß § 136 StPO³⁶

Eine Aussage darf nicht verwertet werden, wenn ein Verteidiger des zu Vernehmenden bereit steht und die Vernehmung nicht unterbrochen wird. Allerdings muss der Betroffene spätestens zum Zeitpunkt des § 257 StPO einer Verwertung in der Hauptverhandlung widersprechen.

Verteidigerkonsultation

Wird ein Beschuldigter nicht über sein Recht, einen Verteidiger zu konsultieren belehrt, unterliegt die Vernehmung in dem Strafverfahren einem Verwertungsverbot. Notwendig ist aber, dass der Angeklagte oder sein Verteidiger der Verwertung im Rahmen der Hauptverhandlung widerspricht.

OLG Hamm, Beschluss vom 04.03.04, 1 Ss 26/04 = SVR 2005, 35

Der Betroffene ist vor einer Vernehmung zu belehren, wenn im Zusammenhang mit einer Trunkenheitsfahrt ermittelt wird und der Betroffene als Fahrzeugführer in Betracht kommt.

AG Ellwangen, Beschluss vom 30.01.2004, 3 Cs 34 Js 21412/03 Hw. = BA 2005, 497

schriftliche Stellungnahme des Betroffenen

Soweit sich ein Betroffener in der Hauptverhandlung im Bußgeldverfahren dazu entschließt zu schweigen, sind Schriftstücke, die frühere Erklärung zur Sache enthalten nur dann als Urkunde verlesbar, wenn sie von sie von dem Betroffenen selbst verfasst worden sind. Erklärungen des Verteidigers gehören hierzu nicht.

Thüringer OLG, Beschluss vom 31.01.2005, 1 Ss 309/04 = VRS 109, 24

Wiederholtes Nachfragen bei einem unverteidigten Betroffenen/Beschuldigten

³⁶ BGH NSTZ 1997, 502

Hat sich der Beschuldigte/Betroffene im Ermittlungsverfahren auf sein Schweigerecht berufen, ist diese Entscheidung zu respektieren. Ein Nachfragen beim unverteidigten Beschuldigten/Betroffenen ist in der Regel unzulässig.

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) ist zwar zu einem Kapitaldelikt ergangen, sie hat aber auch Bedeutung für das OWi- oder Strafverfahren mit nicht so schwer wiegenden Vorwürfen. Nicht selten geben sich auch hier die Beamten nicht mit der Erklärung des Beschuldigten/Betroffenen zufrieden, keine Angaben zur Sache machen zu wollen, sondern insistieren und fragen weiter nach. Der BGH hat deutlich darauf hingewiesen, dass stetiges Nachfragen ohne zureichenden Grund das Schweigerecht des (unverteidigten) Betroffenen/Beschuldigten entwerten könne. Nachfragen seien nach ausdrücklicher Ausübung des Schweigerechts zwar unproblematisch, wenn neue Informationen erlangt werden, zu denen sich der Betroffene/Beschuldigte noch nicht positionieren konnte, eine neue prozessuale Situation eingetreten oder eine gewisse Zeitspanne verstrichen sei, in denen sich die Auffassung des Betroffenen/Beschuldigten geändert haben könne. Jenseits solcher neuer Umstände oder eines möglichen Sinneswandels dürfe das Schweigerecht jedenfalls beim unverteidigten Betroffenen/Beschuldigten nicht dadurch missachtet werden, dass beständig versucht wird, den Beschuldigten doch noch zu Angaben in der Sache zu bringen. Erst recht bedenklich sind – so der BGH – beharrliche Nachfragen gegenüber einem Beschuldigten/Betroffenen, der sich zur Frage einer Aussage zunächst mit einem von ihm benannten Verteidiger besprechen und bis dahin schweigen wolle, wenn die Benachrichtigung dieses Verteidigers unterbleibt
BGH, Urteil vom 10.1.2006, 5 StR 341/05,

Verwertbarkeit von Äußerungen

Der Begriff der Vernehmung erfasst nicht nur Vernehmungen unter Beachtung der Förmlichkeiten des § 163a StPO. Der Begriff ist vielmehr weit zu verstehen und umfasst alle Bekundungen über wahrgenommene Tatsachen auf Grund einer amtlichen, von einem Staatsorgan durchgeführten Befragung. Gerade bei solchen formlosen informatorischen Befragungen, mit deren Hilfe Ermittlungsorgane versuchen sich an Tatorten einen ersten Überblick zu verschaffen, ist das Schutzbedürfnis der Zeugin eher noch größer, als bei einer mit der vorgeschriebenen Belehrung verbundenen förmlichen Vernehmung. Spontanäußerungen sind dagegen uneingeschränkt verwertbar. Dabei wird regelmäßig auf die vorhergegangene Eigeninitiative des späteren Zeugen abgestellt, der sich von sich aus an die Polizei gewandt und dann spontane Angaben gemacht hat. Handelt es sich dagegen ohne Initiative von Zeugen um die Beantwortung von Fragen eines Polizeibeamten, liegt regelmäßig eine nicht verwertbare informatorische Befragung vor. Auf die Intension des Befragenden kommt es hierbei nicht an.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 30.06.2006, 1 Ss 72/06 = Mitt.Bl. 2006, 173

Verwertungsverbot, § 252 StPO

Der Angeklagte war wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis und unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt. Außerdem wurde ihm die Fahrerlaubnis entzogen und eine Sperre von einem Jahr angeordnet. Die Revision hatte vorläufigen Erfolg.

Es liegt ein Verstoß gegen § 252 StPO vor. Der Polizeibeamte hätte nicht als **Vernehmungsperson** zu den Bekundungen der Ehefrau des Angeklagten vernommen werden dürfen. Nach § 252 StPO ist es ausgeschlossen, die frühere Aussage eines zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten durch Anhörung nicht richterlicher Vernehmungspersonen in die Hauptverhandlung einzuführen. Dieses Verwertungsverbot besteht nicht erst nach erfolgter Zeugnisverweigerung, sondern auch und solange wie Ungewissheit darüber besteht, ob der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Zeugin lediglich informatorisch befragt wird. § 252 StPO gilt auch für nicht förmliche Anhörungen und auch dann, wenn über diese Anhörung kein Vermerk getätigt wird.

Thüringer OLG, Beschluss vom 03.01.2006, 1 Ss 344/05 = VRS 111, 142

2. Verwertungsverbot (Aussage . keine Verlesung)

Auch im Bußgeldverfahren darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, nicht verlesen werden. § 252 StPO begründet nicht nur ein Verlesungs-, sondern auch ein umfassendes Verwertungsverbot.

Thüringer OLG, Beschluss vom 16.1.2007, 1 Ss 312/06 = VRS 112, 354

Beweisfoto

Eine unter Verstoß gegen § 2b Abs. 2 und Abs. 3 Personalausweisgesetz und § 22 Abs. 2 Passgesetz durchgeführte Fahrerermittlung führt nicht zu einem Verfahrenshindernis oder einem Beweisverwertungsverbot.

OLG Bamberg, Beschluss vom 02.08.2005, 2 Ss OWi 147/05 = DAR 2006, 366

Verlesbarkeit von Protokollen über Atemalkoholmessung

Protokolle über Atemalkoholtests können Gegenstand des Urkundenbeweises sein. Die StPO sieht zur Beweiserhebung über den Inhalt von Urkunden und anderen Beweismitteln dienenden Schriftstücken grundsätzlich die Verlesung gem. § 249 Abs. 1 StPO vor.

BGH, Beschluss vom 20.07.2004, 1 StR 145/04 = NZV 2005, 542

Sonstige Fragen zu Verwertungsverboten

Geschwindigkeitsmessung durch Angestellte

OLG Oldenburg, Beschluss vom 11.03.09, 2 Ss BS 42/09 = VA 2009, 104

Bei einer Geschwindigkeitsmessung durch Angestellte eines Landkreises besteht kein Verwertungsverbot.

Verwertungsverbot bei Tilgungsreife

Voreintragungen dürfen nur verwertet werden, wenn sie noch nicht getilgt sind. Während der Überlieferfrist besteht ein Verwertungsverbot. OLG Hamm, Beschluss vom 12.10.2006, 3 Ss OWi 483/06 = SVR 2008, 29

Bußgeldverfahren, Rechtsfolgen

OLG Hamm, Beschluss vom 26.4.2007, 1 Ss OWi 270/07 = SVR 2007, 477

Der Betroffene war wegen Geschwindigkeitsüberschreitung zu einer Geldbuße von 500,00 € (Regelbuße 375,00 €) verurteilt und ein Fahrverbot von drei Monaten wurde angeordnet. Grundlage der Verurteilung waren mehrere Eintragungen, wobei allerdings zwei Voreintragungen tilgungsreif waren.

Das OLG stellt fest, dass tilgungsreife Eintragungen einem Verwertungsverbot unterliegen. Allerdings ergäben sich aus den verwertbaren Voreintragungen (zwei Verkehrsstraftaten, eine mit Fahrerlaubnisperre und drei Geldbußen wegen Handy) Tatsachen, die eine die Erhöhung der Geldbuße und das Fahrverbotes rechtfertigen.

Zeitpunkt

OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.07.2007, 2 Ss (OWi) 90 B/07 = DAR 2008, 218

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des Verwertungsverbot wegen Tilgungsreife ist der Tag des Erlasses des letzten tatrichterlichen Urteils. Vorhandlungen, die zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung tilgungsreif sind, dürfen nicht zu Ungunsten des Betroffenen verwertet werden.

Verwertung von Eintragungen im Verkehrszentralregister

Eintragungen im Verkehrszentralregister, die gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 a in Verbindung mit Nr. 3 StVG nach zehn Jahren getilgt werden, dürfen gemäß § 29 Abs. 8, Satz 1 und 2 StVG bereits nach Ablauf einer fünfjährigen Tilgungsfrist in einem Bußgeldverfahren wegen Überschreitens der zulässigen Höchstgeschwindigkeit nicht mehr verwertet werden. Solche Eintragungen dürfen nur noch für ein Verfahren verwertet werden, das die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand hat. KG, Beschluss vom 29.5.2008, 3 Ws (B) 106/08 = NJW 2009, 1015

Verkehrszentralregister

OLG Celle, Beschluss vom 5.8.2009, 322 Ss Bs 137/09= VRR 2009, 389

§ 29 Abs. 8, Satz 2 StVG enthält ein umfassendes Verwertungsverbot, das dazu führt, dass die von ihm erfasste Straftat auch dann nicht berücksichtigt werden kann, wenn damit eine Tilgungshemmung von nachfolgend begangenen, an sich tilgungsreifen Ordnungswidrigkeiten begründet werden soll.

Zulässige Verwertung getilgter Eintragungen im Verkehrszentralregister

Entgegen der bisherigen Rechtsprechung hat das Oberlandesgericht entschieden, dass der Tatrichter nicht gehindert ist, Voreintragungen zu verwerten, die sich in der Überlieferfrist befinden, wenn der zu behandelnde Verkehrsverstoß innerhalb der zweijährigen Tilgungsfrist stattgefunden hat. OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.01.09, 2 Ss OWi 352/08 = VRR 2009, 194 = VA 2009, 108

Verwertung von Zufallsfunden

BVerfG, Beschluss vom 2.7.09, 2 BVR 2225/08 = NJW 2009, 3225

Es besteht kein Restsatz des Inhaltes, das im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig wäre. Die Strafgerichte gehen in gefestigter, willkürfreier Rechtsprechung davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht der allgemein geltende Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist. Die Frage muss jeweils nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen entschieden werden.

Auch wenn die StPO nicht auf Wahrheitserforschung um jeden Preis gerichtet ist, schränkt die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts – dem Grundsatz die Wahrheit zu erforschen – ein.

Es gibt allerdings keinen minderen Schutz bei „Wohngemeinschaften.“ Grundrechtsträger des Artikel 13 GG ist jeder Inhaber oder Bewohner eines Wohnraumes, unabhängig davon, auf welchen Rechtsverhältnissen die Nutzung des Wohnraumes beruht. Liegt kein bewusster oder willkürlicher Verstoß gegen Verfahrensvorschriften vor, ist auch in diesen Fällen allerdings eine Verwertung möglich.

Belehrung und Beschuldigtenvernehmung

BGHSt 51, 367

Die Revision war erfolgreich, auch weil der Verteidiger rechtzeitig einer Verwertung früherer Vernehmungen widersprochen hatte. Wird eine Vernehmung von Vorhalten und Fragen geprägt, aus denen hervorgeht, dass der Vernehmungsbeamte nicht nur im Sinne eines subjektiven Gefühls, sondern auf der Grundlage des aktuellen Ermittlungsstandes davon überzeugt ist, dass verschwundene Personen tot sind und der Angeklagte mit dem Tod der beiden im Zusammenhang steht, muss der Betroffene als Beschuldigter belehrt werden.

Der § 136 StPO zu Grunde liegende Beschuldigtenbegriff vereint subjektive und objektive Elemente. Die Beschuldigteneigenschaft setzt den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörden voraus, der sich in einem Willensakt manifestiert. Wird gegen eine Person ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet, liegt darin bereits ein solcher Willensakt. Andernfalls beurteilt sich dessen Vorliegen danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten nach außen, insbesondere in der Wahrnehmung des davon Betroffenen darstellt.

Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, die nur gegenüber dem Beschuldigten zulässig sind, sind Handlungen, die ohne Weiteres auf den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde schließen lassen. Aber auch Eingriffsmaßnahmen, die an einem Tatverdacht anknüpfen, begründen grundsätzlich die Beschuldigteneigenschaft des von der Maßnahme betroffenen Verdächtigen, weil sie regelmäßig darauf abzielen, gegen diesen wegen einer Straftat strafrechtlich vorzugehen. So liegt die Beschuldigtenstellung auf der Hand, wenn eine Durchsuchung nach § 102 StPO dazu dient, für seine Überführung geeignete Beweismittel zu gewinnen. Anders liegt es bei Vernehmungen. Bereits aus §§ 55, 60 Nr. 2 StPO ergibt sich, dass im Strafverfahren auch ein Verdächtiger im Einzelfall als Zeuge vernommen werden darf, ohne dass er über die Beschuldigtenrechte belehrt werden muss. Dabei darf der Vernehmende auch die Verdachtslage weiter abklären. Er ist daher nicht gehindert, den Vernommenen mit dem Tatverdacht zu konfrontieren. Darauf zielende Vorhalte und Fragen sind daher nicht zwingend ein hinreichender Beleg dafür, dass der Vernehmende den Vernommenen als Beschuldigten sieht. Der Verfolgungswille kann sich jedoch aus dem Ziel, der Gestaltung und dem Begleitumständen der Befragung ergeben.

Ergibt sich die Beschuldigteneigenschaft nicht aus dem Willensakt der Strafverfolgungsbehörden, kann, abhängig von der objektiven Stärke des Tatverdachtes, unter dem Gesichtspunkt der Umgehung der Beschuldigtenrechte gleichwohl ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht vorliegen. Ob die Strafverfolgungsbehörde einen solchen Grad des Verdachtes auf eine strafbare Handlung des Vernommenen für gegeben hält, dass sie damit einen Verdächtigen als Beschuldigten vernimmt,

unterliegt ihrer pflichtgemäßen Beurteilung. Im Rahmen der gebotenen sorgfältigen Abwägung aller Umstände des Einzelfalles kommt es dabei darauf an, in wie weit der Tatverdacht auf hinreichend gesicherten Erkenntnissen hinsichtlich Tat und Täter oder lediglich auf kriminalistische Erfahrung beruht. Falls jedoch der Tatverdacht so stark ist, dass die Strafverfolgungsbehörde andernfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist das verfahrensfehlerhaft, wenn dennoch nicht zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird.

Neben der Stärke des Tatverdachts ist jedoch auch von Bedeutung, wie sich das Verhalten eines Beamten nach Außen, auch in der Wahrnehmung des Vernommenen darstellt.

3. Niedrige Schwelle für die Bestimmung der Stellung als Beschuldigter

Hierzu kann bereits Alkoholgeruch führen. Zwar sind nach § 36 Abs. 5 StVO sogenannte verdachtsfreie Verkehrskontrollen möglich, diese ermächtigen jedoch nicht zu einer Entnahme der Blutprobe ohne einen konkreten, begründeten Verdacht. Die Blutprobe selbst darf nur durch einen approbierten Arzt gem. §§ 2, 3 BÄO vorgenommen werden. Ein Verstoß hiergegen führt jedoch nicht zur Unverwertbarkeit eines Gutachtens über die BAK.

Auch in Bußgeldverfahren sind gem. § 46 Abs. 4 OWiG, § 81a StPO Blutproben zulässig. Angeordnet werden müssen sie durch einen Richter und nur im Falle einer „Gefahr im Verzug“ von einem Ermittlungsbeamten der Staatsanwaltschaft.

Bei der Entnahme einer Blutprobe müssen die Ermittlungspersonen die Richtlinien zur Feststellung von Alkohol im Blut bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten und die Rechtsprechung beachtet werden. Außer bei Verfahren nach § 24a StVG soll in Bußgeldverfahren eine Blutprobe unterbleiben.

4. Verfahren

Die Desinfektion der Haut darf dabei nicht mit Alkohol oder ähnlichen Substanzen erfolgen. Der anordnende bzw. beaufsichtigende **Polizeibeamte ist während der gesamten Blutentnahme** bei der Maßnahme zugegen.

Nach den Richtlinien des Bundesgesundheitsamtes sind die Proben zwei Jahre lang aufzuheben. Die Protokollbücher müssen zehn Jahre lang aufbewahrt werden. Eine Blutprobe muss ausdrücklich angeordnet werden.

Wird eine Blutprobe alleine auf Betreiben eines Arztes entnommen und ausgewertet, unterliegt das Ergebnis einem Beweisverwertungsverbot. Werden andere Formvorschriften verletzt, spricht dies jedoch nicht gegen eine Verwertung. Dies gilt insbesondere wenn die Blutentnahme nicht

durch einen approbierten Arzt erfolgt sondern früher einmal durch einen Arzt im Praktikum oder jetzt durch einen Krankenpfleger.

Angaben des Betroffenen während der Entnahme unterliegen einem Verwertungsverbot, ebenso wie die psychophysischen Leistungstests, wenn der Betroffene nicht über die Freiwilligkeit belehrt wurde. Bei Betrunknen muss der Betroffene noch in der Lage sein, trotz der Alkoholisierung die Tragweite einer Entscheidung zu verstehen.

5. Das Gutachten und seine Verwertbarkeit

Der Sachverständige muss die Anknüpfungs- und Befundtatsachen sowie die angewendeten allgemeinen Erfahrungstatsachen mitteilen und die Schlussfolgerungen darlegen, die ihn zu einem bestimmten Ergebnis geführt haben. Dies muss sich in dieser Form auch aus dem Urteil des Tatrichters erkennen lassen. Maßgeblich für die Durchführung der Analyse und des Gutachtens zur Ermittlung der Blutalkoholkonzentration sind die Vorgaben des (ehemaligen) Bundesgesundheitsamtes.

Die Blutalkoholkonzentration bzw. die Messung ist nicht mehr verwertbar, wenn eine Einzelprobe mehr als zehn Prozent vom **Probenmittelwert** abweicht bzw. bei Mittelwerten von weniger als einer Promille, mehr als 0,1 Promille abweicht.

Der Beweiswert des klinischen Befunds, der psychophysischen Leistungstests ist im Allgemeinen gering. **Bei positiven Werten kann dies allerdings dazuführen, dass Vorsatz verneint wird**

6. Wohnungsdurchsuchung³⁷

Grundsatz:

Es ist davon auszugehen, dass im Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist.³⁸

Diese Frage ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Von besonderem Gewicht ist dabei

- 10. die Art des Verbotes und
- 10. das Maß des Verstoßes und
- 10. Abwägung widerstreitender Interessen.

³⁷ BGH, Urteil vom 18.4.2007, 5 StR 546/06 = NJW 2007, 2269

³⁸ BGHSt 44, 243

Eine bewusste Missachtung oder grobe Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehaltes kann die Annahme eines Verwertungsverbotes rechtfertigen.

Dies wurde im konkreten Fall bejaht, da die Polizei gar nicht versucht hatte, einen Durchsuchungsbeschluss für eine der Mutter des Angeklagten gehörende Garage zu erlangen. Eine dem Angeklagten gehörende wertvolle Werkzeugkiste war dem polizeilichen Aktenmerk widersprechend nicht vernichtet worden, dem Zeugen war während einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung mitgeteilt worden, ein anwaltlicher Beistand wäre nicht nötig, weil nur reine Vernehmung durchgeführt werde, der Sitzungsstaatsanwalt machte Vorhalte aus staatsanwaltschaftlichen Nachermittlungen, ohne diese zuvor dem erkennenden Gericht übergeben zu haben.

Definition

Gefahr in Verzug ist nur möglich, wenn die Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährdet. Gefahr in Verzug kann auch nur angenommen werden, wenn eine Durchsuchung sofort und nicht erst Stunden nach einer Festnahme durchgeführt wird.

Ein Verwertungsverbot ist beschränkt nach dem Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen hat und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat. Daran gemessen ist ein Verwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen anerkannt werden kann. (BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269).

Fehler bei der Durchsuchung können zu einem Verwertungsverbot führen. Dies gilt insbesondere, wenn es um die Frage der Bejahung der Gefahr in Verzug geht.³⁹ Anerkannt ist zum Beispiel die Pflicht, eine telefonische Genehmigung der Durchsuchung durch den zuständigen Richter einzuholen.⁴⁰

Widerspruchslösung

Ein Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren muss in Regel vom Verteidiger geltend gemacht werden. Ein solches kann nur geltend gemacht werden, wenn in der Hauptverhandlung ein ausdrücklicher Widerspruch gegen die Beweiserhebung erhoben wird (BGH NJW 92, 1463).

³⁹ BVerfG, NJW 2005, 1637

⁴⁰ : BHG NJW 2005, 1060; BVerfG StV 2006, 676

7. Anordnung der Blutentnahme

Zur Durchführung einer Blutentnahme haben Polizeibeamte als Ermittlungsbeamte der Staatsanwaltschaft das Recht zur vorläufigen Festnahme und zur Anwendung von unmittelbarem Zwang. Im Falle eines begründeten Verdachts und bei der Verfolgung eines Verdächtigen überwiegt dabei das Strafverfolgungsinteresse der Unverletzlichkeit der Wohnung⁴¹.

Allerdings: Auch eine Blutentnahme bedarf grundsätzlich einer richterlichen Anordnung. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in einer grundlegenden Entscheidung bestimmt.⁴²

Der Fall:

Das Landgericht Würzburg musste erneut über die Beschwerde gegen die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe entscheiden, nachdem das Bundesverfassungsgericht einen Beschluss des Landgerichts aufgehoben hatte und dieses hat die Beschwerde auch nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erneut verworfen hatte.⁴³ Das Landgericht hat ausgeführt, dass bei einer nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführten Blutentnahme nicht mit einer Störung des Gesundheitszustandes zu rechnen ist, so dass es sich nicht um einen tief greifenden Eingriff in die Rechte eines Beschuldigten handelt.

Die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hatte wiederum Erfolg.⁴⁴ Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führt allerdings nach der Rechtsprechung nicht zu einem Verwertungsverbot des aus der Blutentnahme entwickelten Gutachtens über die Alkoholisierung.⁴⁵

Das OLG Stuttgart bejaht zwar ein **Beweiserhebungsverbot**, dieses führt aber nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Ein solches gäbe es nur in Ausnahmefällen. Dies ist nur anerkannt bei besonders schweren Eingriffen in die Rechte eines Betroffenen. Diese Entscheidung bezog sich auf eine Anordnung wegen des Verdachts des Drogenkonsums.

⁴¹ BayObLG NZV 2003, 148

⁴² BVerfG, Beschluss vom 12.2.2007, 2 BvR 273/06 = NZV 2007, 581 mit Anm. Laschewski = NJW 2007, 1345 = BA 2008, 71, Laschewski, Lieg auch künftig noch Gefahr im Verzug? BA 2008, 232

⁴³ Beschluss vom 24.5.2007, 6 Qs 338/05

⁴⁴ Beschluss des BVerfG vom 31.10.2007, 2 BvR 1346/07

⁴⁵ LG Hamburg, Beschluss vom 12.11.2007, 603 Qs 470/07 = BA 2008, 77 = NZV 2008, 213 = VRR 207, 478; LG Lüneburg, Beschluss vom 13.8.2007, 26 Qs 205/07; OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.11.2007, 1 Ss 532/07 = BA 2008, 76 = VRS 113, 364 = Die Justiz 2008, 95 = VRR 2008, 31; abweichend lediglich das AG Essen, VRR 2007, 479.

Beweisverwertungsverbot: Ein solches kann nur geltend gemacht werden, wenn in der Hauptverhandlung ein ausdrücklicher Widerspruch erhoben wird.⁴⁶

Beispiel des Bundesverfassungsgerichts nach einer Durchsuchung

Lediglich bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ist ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten geboten. Dabei ist aber stets noch die Intensität des Eingriffs gegen das staatliche Aufklärungsinteresse abzuwägen (BVerfG, Beschluss vom 12.04.2005 - 2 BvR 1027/02 = NZV 2008, 636 = NJW 2005, 1917 = AnwBl 2005, 578 L = BRAK-Mitt 2005, 186 L = StV 2005, 363 = wistra 2005, 295).

Ein solch schwerer Verstoß wurde bei der Anordnung und **Durchführung einer Durchsuchung** bejaht und ein Verwertungsverbot angenommen

Grundlegende Entscheidung des BVerfG zum Verwertungsverbot

BVerfG, Beschluss vom 28.7.2008, 2 BvR 784/08 = SVR 2009, 37 = BA 2008, 386 = DAR 2008, 691 = zfs 2009, 46 = VRR 2008, 389 = VA 2008, 192

Das Amtsgericht verurteilte den Betroffenen wegen fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 35 Tagessätzen, entzog die Fahrerlaubnis und setzte eine Sperrfrist von 5 Monaten fest. Entscheidendes Beweismittel hierbei war, das auf Grundlage der Blutprobe erstellte Blutalkoholgutachten. Während Verlesung hatte der Verteidiger im Hinblick auf eine fehlende richterliche Anordnung der Verwertung widersprochen. Grundlage hierfür war, dass nach einem Unfall die Polizei bei dem Beschwerdeführer einen Alkoholtest durchführte, der ein Ergebnis entsprechend einer BAK von 0,62 Promille aufwies. Daraufhin wurde dem Betroffenen eine Blutprobe entnommen, ohne dass ein Staatsanwalt oder ein Ermittlungsrichter verständigt wurde. Die Gründe für die Anordnung wurden nicht dokumentiert.

Das Amtsgericht nahm an, dass die Anordnung der Blutentnahme rechtmäßig war. Bei der Feststellung der Blutalkoholkonzentration für eine bestimmte Tatzeit sei höchste Eile geboten, da Alkohol im Körper abgebaut wird. Es gäbe zwar die Möglichkeit der Rückrechnung, die aber für die mit dem für den Angeklagten günstigsten Wert von 0,1 Promille pro Stunde erfolgt, obwohl der normale Abbau bei 0,15 Promille liege. Hinzu kommen noch Besonderheiten der Rückrechnung, wenn ein Trinkende nicht

⁴⁶ BGH NJW 92, 1463

feststeht. Hierbei kann es unter Umständen auf jede Minute ankommen. Nehme man noch hinzu, dass an einem Sonntagmorgen die Polizeibeamten noch die Unfallstelle absichern mussten, den Beschwerdeführer zur Wache bringen und einen Arzt herbeiholen mussten, habe Gefahr im Verzug bestanden.

Aber selbst wenn man **Gefahr im Verzug verneine**, unterliege die Blutprobe keinem Beweisverwertungsverbot. Auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.7.2007 gebe hierzu nichts her. Hinsichtlich der Revision hatte die Generalstaatsanwaltschaft beantragt, diese zu verwerfen, da sich jederzeit Verlust auf die Rückrechnung habe auswirken können, denn man habe sich im Grenzbereich von 0,3 Promille bewegt. Jedenfalls bestünde **kein Verwertungsverbot**. Eine Abwägung der Schwere des Eingriffs einerseits und des staatlichen Ahndungsinteresses und des gefährdeten Rechtsguts andererseits führt zu einem Überwiegen des Interesses an der Verkehrssicherheit. Hinzu komme, dass unter den konkreten Umständen jeder Richter die Entnahme einer Blutprobe angeordnet hätte. Die Revision wurde verworfen.

Artikel 19 GG und die Garantie effektiven Rechtsschutzes

Effektiver Rechtsschutz: dies heißt Rechtsschutz bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt mit Zugang zu den Gerichten. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ist nur dann gegeben, wenn das zur nachträglichen Überprüfung berufene Gericht die Voraussetzung des Verwaltungshandelns vollständig eigenverantwortlich nachprüft und nachprüfen kann. Wenn Verwaltungshandeln auf der Inanspruchnahme einer gerichtlichen Eingriffsbefugnis beruht, erstreckt sich das Gebot des effektiven Rechtsschutzes auch auf die **Dokumentations- und Begründungspflichten** der anordnenden Stelle. Kommt die anordnende Stelle diesen Pflichten nicht nach oder lässt das überprüfende Gericht den gerichtlichen Rechtsschutz leer laufen, indem es dem Betroffenen eine eigene Sachprüfung versagt, kann dies eine Verletzung des Grundrechts aus Artikel 19 Abs. 4 GG begründen. Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für Maßnahmen, die nicht einem verfassungsrechtlichen Vorbehalt unterliegen (Wohnungsdurchsuchung) sondern einem einfach gesetzlichen Richtervorbehalt.

Vorliegend ist aber zu beachten, dass das Amtsgericht nicht die Rechtmäßigkeit der Blutentnahme umfassend zu überprüfen hatte, sondern nur, ob die Art der Blutentnahme zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann. Insoweit war der gerichtliche Maßstab der Prüfung ein anderer, als im Falle einer Beschwerde gegen den Eingriff der Blutentnahme als solchen.

Die Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Verstoß gegen strafprozessuale Verfahrensvorschriften hat und ob insbesondere ein Beweisverwertungsverbot bejaht werden kann, obliegt in erster Linie den Fachgerichten. Insofern gehen die Strafgerichte in gefestigter, willkürfreier

und vom Beschwerdeführer auch als solcher nicht angegriffener Rechtsprechung davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften zu einem Verwertungsverbot führt, fremd ist. Die Frage muss in jedem Einzelfall gesondert entschieden werden, wobei insbesondere die widerstreitenden Interessen abzuwägen sind; insbesondere die **willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug** oder das Vorliegen eines besonders **schwerwiegenden Fehlers** können nach dieser Rechtsprechung ein Verwertungsverbot nach sich ziehen.

Dokumentationspflicht

Die **Annahme von Gefahr in Verzug** führt zu einer **Dokumentations- und Begründungspflicht** der anordnenden Stelle, um eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung zu ermöglichen. Die Gefährdung des Untersuchungserfolgs muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind und in der Ermittlungsakte dokumentiert werden, sofern **die Dringlichkeit nicht evident** ist. Dementsprechend ist es in Fällen fehlender Evidenz, dem zur Überprüfung berufenen Gericht verwehrt, die fehlende Dokumentation durch Verwendung einer ihm erst nachträglich zugänglich gemachten Stellungnahme gleichsam zu ersetzen. Dies würde eine Nachbesserung des von ihm zu kontrollierenden hoheitlichen Akts darstellen, welche die präventive Funktion gesetzlichen des Vorbehaltes leer laufen ließe.

Dies gilt allerdings nur für die nachträgliche Überprüfung von Maßnahmen gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO. Dies lässt sich nicht ohne Weiteres auf die Frage des **Beweisverwertungsverbotes** übertragen. Fehlende Dokumentation führt nicht zu einem Verwertungsverbot (BGH, Beschluss vom 25.4.2007, 1 StR 135/07, BGH Beschluss vom 13.1.2005, 1 StR 531/04). Diese Auffassung des BGH ist von Verfassungswegen nicht zu beanstanden. Seitens des Gerichts ist nicht zu prüfen, ob die Anordnung der Blutentnahme ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG darstellt, denn Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war allein die strafgerichtliche Verurteilung. Jedenfalls gebietet auch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht, im Falle eines unterstellten Verstoßes gegen § 81a StPO im Zuge einer richterlich nicht angeordneten Blutentnahme generell ein Verwertungsverbot hinsichtlich der erlangten Beweismittel anzunehmen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

Blutentnahme

Die Anordnung einer Blutentnahme durch einen Polizeibeamten bei irriger Annahme drohenden Beweismittelverlustes ist nicht willkürlich und führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.

Entscheidungen gegen ein Verwertungsverbot

Allerdings für die vielen Fälle der Anhaltung wegen Alkoholeinflusses im Straßenverkehr ist die Berufung auf den drohenden Beweismittelverlust in der Regel ohne Erfolg. Die Abbaugeschwindigkeit bei Alkohol ist allgemein bekannt und eine Rückrechnung über viele Stunden möglich. Das OLG hatte aber über einen Fall mit Verdacht des Drogenkonsums zu tun und bejahte daher eine Gefahr in Verzug.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.11.2007, 1 Ss 532/07 = BA 2008, 76 = VRS 113, 364 = Die Justiz 2008, 95 = VRR 2008, 31

Ist die Blutprobe entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes durch eine Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft angeordnet statt durch einen Richter, so liegt die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes in der Regel fern. Jedenfalls gilt auch in diesen Fällen die „Widerspruchslösung“.
OLG Hamburg, Beschluss vom 13.3.2008, 2-81/07 (REV) = BA 2008, 187 = VRS 114, 275 = NZV 2008, 362 = VRR 2008, 190

Vor der Entnahme einer Blutprobe ist eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Gefahr in Verzug ist in den wenigsten Fällen anzunehmen. Gleichwohl muss in jedem Einzelfall über ein Beweisverwertungsverbot entschieden werden.

LG Berlin, Beschluss vom 23.4.2008, 528 Qs 42/08 = DAR 2008, 534 = BA 2008, 266 = VRR 2008, 231 = VA 2008, 139

Bewusste Umgehung, dann vielleicht

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.5.2008, 1 Ss 151/07

Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Polizeibeamte den Richtervorbehalt und die ihn treffende Dokumentationspflicht bewusst und gezielt umgangen hat bzw. willkürlich ignoriert hat, besteht kein Verwertungsverbot.

Dokumentationspflicht

Die Anordnung der Blutprobe ist einem Richter vorbehalten. Bei Verdacht der Trunkenheit im Verkehr liegt die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs nah. Der Einzelheiten müssen jedoch dokumentiert werden. Ein Verwertungsverbot kann nur bei reiner Willkür anerkannt werden.

LG Itzehoe, Beschluss vom 03.04.2008, 2 Qs 60/08, NJW 2008, 2601

Anders ein Ermittlungsrichter

Sowohl die Durchsuchung vom Wohnraum als auch eine Blutentnahme muss grundsätzlich von einem Richter angeordnet werden. Eine Ausnahme besteht nur, wenn Gefahr in Verzug vorliegt. Diese muss aber im Einzelfall detailliert begründet werden.

AG Essen, Beschluss vom 11.10.2007, 44 Gs 4677/07 = VRR 2007, 479

Ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt von § 81a Abs. 2 StPO führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot (LG Heidelberg, Beschluss vom 11.8.2008, 2 Qs 39/08= BA 2008, 321 = NZV 2008, 638; AG Tiergarten, Urteil vom 5.6.2008, (339/299 Ds) 3032 PLs 9355/07 (78/07)= BA 2008, 322).

Die Verfolgungsbehörden waren kurze Zeit nicht glücklich über eine sich andeutende Entwicklung, haben aber nach Ratschlägen in der Literatur wegen der angeblichen Gefahr eines Beweisverlustes in der Regel Gefahr im Verzug bejaht und daher eine richterliche Anordnung nicht eingeholt.⁴⁷

10. Entscheidungen nach dieser Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts 2008

Gefahr in Verzug

Willigt der Betroffene nicht in eine Blutentnahme ein, muss ein Polizeibeamter versuchen, eine richterliche Genehmigung zu erlangen.

Eine Ausnahme hiervon kann vorliegen, wenn Gefahr in Verzug ist. Eine solche kann aber nicht generell bei Alkoholdelikten angenommen werden. Ist die fehlerhafte Annahme von Gefahr in Verzug jedoch nicht willkürlich, besteht auch kein Beweisverwertungsverbot. OLG Bamberg, Beschluss vom 19.03.09, 2 Ss 50/09 = VRR 2009, 190

Als Verteidiger können wir beobachten, dass seit geraumer Zeit, „Einwilligungen“ Beschuldigter mit der Entnahme einer Blutprobe einverstanden sind.

Gefahr in Verzug

Gefahr in Verzug liegt vor, wenn der Ermittlungsrichter im Falle des § 24a StVG (Cannabis) 1 ½ Stunde lang nicht erreicht wird. KG, Beschluss vom 28.12.08, 2 Ss 300/08 – 3 Ws (B) 467/08 = BA 2009, 278 = VA 2009, 84

Selbst wenn die Frage der Gefahr in Verzug offenbleibt, liegt kein Beweisverwertungsverbot vor (OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.12.08, 2 Ss 69/08). Solange der Richtervorbehalt nicht bewusst umgangen wird, und kein weiterer schwerwiegender Verfahrensverstoß vorliegt, ergibt sich für die Hauptverhandlung kein Beweisverwertungsverbot. Dies gilt auch, wenn die Polizei überhaupt nicht versucht hat, eine Eilanordnung des Staatsanwaltes zu erreichen. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Richter unter den gegebenen Umständen telefonisch eine Blutentnahme angeordnet hätte.

Anders LG Verden, Urteil vom 31.10.08, 42 Ns 63 Js 993/07 (73/08) und Beschluss vom 19.1.09. 1 Qs 255/08.

Bei Fragen von Drogen stellt sich die Frage der Gefahr in Verzug, hier lohnt es sich genauer die Voraussetzungen zu prüfen. Beim Alkohol haben wir

⁴⁷ Laschewski, Liegt auch künftig noch Gefahr im Verzug? Blutalkohol 2008, 232

eine hohe Abbaurate, die bei Drogen nicht gegeben ist. KG, Beschluss vom 28.12.08, 2 Ss 300/08 – 3 Ws (B) 467/08 = VA 2009, 84

Bezeichnend ist eine vorläufige Stellungnahme von Polizeiseite: „Für eine Blutentnahme muss von den Strafverfolgungsbehörden daher wegen Gefahr im Verzug in der Regel eine richterliche Anordnung nicht eingeholt werden“ (so Laschewski, Lieg auch künftig noch Gefahr im Verzug? BA 2008, 232).

Kein Verwertungsverbot

Missachten Polizeibeamte den Richtervorbehalt nach § 81a Abs. 1 StPO sowie die bei Annahme von Gefahr im Verzug obliegende verfassungsrechtliche Dokumentationspflicht, folgt daraus **kein Beweisverwertungsverbot**. Dem hochrangigen Interesse an der von § 316 StGB geschützten Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs steht das schwächere Grundrecht des Angeklagten auch körperlicher Unversehrtheit entgegen. LG Berlin, Beschluss vom 24.10.2008, 501 Qs 166/08 = NZV 2009, 203 = BA 2009, 103 = VRS 116, 418

Auch bei Verstoß gegen die Regeln des § 81a StPO liegt kein Beweisverwertungsverbot vor. OLG Dresden, Beschluss vom 13.10.2008, 3 Ss 490/08 = BA 2009, 213

Ein Beweisverwertungsverbot besteht nicht, wenn entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Entnahme einer Blutprobe nicht durch den zuständigen Richter angeordnet wurde. OLG Hamburg, Beschluss vom 4.2.2008, 2 – 81/07 = SVR 2008, 429

Ein Beweisverwertungsverbot entsteht nicht, wenn – ohne Gefahr in Verzug – eine Blutprobe durch Ermittlungsbeamte angeordnet wird. OLG Köln, Beschluss vom 26.9.2008, 83 Ss 69/08 = BA 2009, 44 = DAR 2008, 710 = zfs 2009, 48 = VRR 2008, 474

Die fehlerhafte Bejahung einer Gefahr in Verzug berechtigt nicht, ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.12.08, 2 Ss 69/08 = VRR 2009, 151

Offen zum Verwertungsverbot

Die Missachtung des Richtervorbehalts ist mit der Verfahrensrüge geltend zu machen. Ein Beweisverwertungsverbot kommt aber nur in Betracht, wenn der Richtervorbehalt bewusst umgangen wurde. OLG Hamm, Beschluss vom 2.12.2008, 4 Ss 466/08 = DAR 2009, 280 = BA 2009, 95 = VRR 2009, 115

Bei dem Verdacht der Trunkenheit im Verkehr liegt in vielen Fällen Gefahr in Verzug vor. Eine eventuelle Anordnung durch Staatsanwaltschaft oder Ermittlungspersonen ist zu dokumentieren. Eine rechtlich fehlerhafte Annahme von Gefahr in Verzug führt nur bei Willkür oder besonders

schweren Fehlern zu einem Verwertungsverbot. LG Itzehoe, Beschluss vom 3.4.2008, 2 Qs 60/08 = NZV 2008, 639

Maßstab:

Willkürlich Missachtung des Richtervorbehalts

LG Cottbus, Beschluss vom 28.8.2008, 24 Qs 223/08 = BA 2009, 105 = VA 2009, 120

Bei Blutalkohol besteht die Möglichkeit der Rückrechnung. Anordnende Polizeibeamte müssen daher versuchen, einen Ermittlungsrichter zu erreichen. Willkür wird bei den einigen Gerichten noch nicht angenommen, jedenfalls wenn außerhalb der Dienststunden eine Blutprobe angeordnet wird, weil die Staatsanwaltschaft und die Gerichte sich hiermit noch nicht befassen haben. Künftig wird dies allerdings als willkürliche Maßnahme gewertet mit der Folge eines Verwertungsverbotes.

Ein Beweisverwertungsverbot ist allenfalls bei willkürlicher Annahme einer Gefahr in Verzug in Betracht zu ziehen. Thüringer OLG, Beschluss vom 25.11.08, 1 Ss 230/08 = DAR 2009, 283 = BA 2009, 214

Beweisverwertungsverbot bestätigt

Ein solches Beweisverwertungsverbot bestätigt aber das OLG Hamm, Beschluss vom 12.03.09, 3 Ss 31/09 = DAR 2009, 336 = VA 2009, 100 = VRR 2009, 192 = zfs 2009, 409

Ordnet ein Polizist auch heute noch, ohne dass Gefahr in Verzug vorliegt, die Entnahme einer Blutprobe entsprechend langjähriger Praxis an, kontaktiert keinen Richter und dokumentiert nicht die Umstände, so liegt ein Beweisverwertungsverbot vor.

Anderer Ansicht OLG Bamberg, Beschluss vom 19.03.09, 2 Ss 15/09 = DAR 2009, 278 = BA 2009, 217 = zfs 2009, 349 = VA 2009, 101 = NJW 2009, 2146: Maßgeblich ist hierbei die Geringfügigkeit des Eingriffs, der darüber hinaus nicht grundgesetzlich garantiertes Recht eingreift.

Eine unberechtigte Inanspruchnahme der Bejahung einer „Gefahr in Verzug“ führt nur dann zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn nach den Umständen des Einzelfalles die Voraussetzungen von Gefahr in Verzug willkürlich angenommen, der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen oder ignoriert wird.

Bei der Frage der Gefahr in Verzug ist die wahrscheinliche Dauer bis zum Eintreffen des Arztes bzw. Erreichen des Krankenhauses und damit bis zur tatsächlichen Möglichkeit zur Entnahme der Blutprobe unter Berücksichtigung des Verhaltens des Betroffenen zu entscheiden. Soweit die Polizei oder die Staatsanwaltschaft eine Gefahr in Verzug annehmen, müssen die Gründe für diese Annahme schriftlich dokumentiert werden. Bei der gerichtlichen Überprüfung der Anordnung dürfen weitere Gründe als die Dokumentierten nicht nachgeschoben und bei der Entscheidung berücksichtigt werden.

Als taktisches Vorgehen empfiehlt es sich daher, zuerst gesondert die Entnahme der Blutprobe bereits im Ermittlungsverfahren überprüfen zu lassen und mit einem entsprechenden Beschluss bzw. offenen Verfahren in der Hauptverhandlung dann für ein Verwertungsverbot zu streiten.

Sonderfall: Beweisverwertung im Falle von § 24a StVG
Entnahme von Körperzellen für molekulargenetische Untersuchungen
LG Osnabrück, Beschluss vom 14.6.2007, 15 Qs 55/07 = NZV 2007, 536

Gegen den Betroffenen war ein Bußgeldbescheid wegen Verstoßes gegen § 24a Abs. 2 StVG erlassen worden. In der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht widersprach der Verteidiger des Betroffenen der Verwertung der Blutprobe, weil sich in dem Drogenscreening eines Labor der Hinweis fand, dass das Versandmaterial nicht beschriftet war.

Vom Amtsgericht wurde daher angeordnet, dem Betroffenen Körperzellen zu entnehmen und zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters des Geschlechtes molekulargenetische Untersuchungen durchzuführen. Die Beschwerde war erfolgreich. Gemäß § 46 Abs. 4 Nr. 3 OWiG ist die Verwendung von Blutproben und sonstigen Körperzellen zur Durchführung einer Untersuchung gemäß § 81e StPO unzulässig. Daraus folgt, dass eine molekulargenetische Untersuchung im Sinne von § 81e StPO generell unzulässig ist. Die Unzulässigkeit der molekulargenetischen Untersuchung hat zur Folge, dass bereits die zwangsweise Entnahme von Körperzellen für diesen Zweck unzulässig ist.

Besonderheit

Pflichtverteidigung, § 81a StPO

Die Bestellung eines Verteidigers erfolgt, wenn wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten ist. Die Rechtslage ist schwierig, wenn es bei der Anwendung des materiellen oder formellen Rechts auf die Entscheidung nicht ausgetragener Rechtsfragen ankommt oder wenn die Subsumtion voraussichtlich aus sonstigen Gründen Schwierigkeiten bereiten.

Notwenig ist eine Gesamtwürdigung der Sach- und Rechtslage. Eine solche schwierige Rechtslage kann bestehen, wenn die Verteidigung auf einen Verstoß gegen § 81a StPO aufbaut. OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.01.09, 1 Ws 7/09 = NJW 2009, 1287 = VA 2009, 83

10. Weitere Entscheidungen zum Verwertungsverbot

Beweisverwertungsverbot nein

Aus einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt folgt kein Beweisverwertungsverbot.

LG Berlin, Beschluss vom 24.10.08, 501 Qs 166/08 = VRS 115, 418

Ermittlungsrichter nicht erreicht

Wird innerhalb von eineinhalb Stunden nach Feststellung eines Fahrers, der in Verdacht steht unter Cannabiseinfluss ein Kraftfahrzeug geführt zu haben, ein Bereitschaftsrichter nicht erreicht, liegt Gefahr in Verzug vor. Ausnahmsweise lag kein Verstoß gegen § 81a Abs 2 StPO vor. Auch bei Verdacht des Betäubungsmittelkonsums kann Gefahr in Verzug vorliegen, selbst wenn noch nach Monaten ein zurückliegender Versuch nachweisbar ist. Dass auch bei geringsten Mengen ein Verstoß gegen § 24a StVG vorliegt, hindert nicht die Annahme der Gefahr in Verzug. Im vorliegenden versuchten die Polizeibeamten zwischen 0:15 Uhr und 1:43 Uhr den Richter zu erreichen, dann haben sie eine zustimmende Stellungnahme der Staatsanwaltes eingeholt. Die Blutprobe wurde um 2:15 Uhr entnommen. KG, Beschluss vom 29.12.2008, 3 Ws (B) 467/08, 2 Ss 300/08= BA 2009, 278

Gefahr in Verzug

Wird ein Kraftfahrer angetroffen und ergibt die Atemalkoholanalyse einen Wert von 1,94 Promille, so liegt in der Regel Gefahr in Verzug nicht vor. Das Beweiserhebungsverbot führt jedoch nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.

Thüringer OLG, Beschluss vom 25.11.2008, 1 Ss 230/08 = VRS 116, 105

Bei einem Ergebnis von 2,5 Promille bei einem Alkoholtest und unsichere Fahrweise ist nicht damit zu rechnen, dass der körpereigene Abbau von Alkohol während der Zeitdauer bis zur Erlangung einer richterlichen Anordnung zu einem Beweismittelverlust führt. Ein Verstoß hiergegen führt aber nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 25.3.09, 1 Ss 15/09 = VA 2009, 120

Kein Verwertungsverbot - Urinkontrolle

OLG Celle, Beschluss vom 15.09.2009, 322 Ss Bs 197/09

Auch wenn eine Blutprobe unter Verstoß gegen § 81a StPO erhoben wurde (gewöhnlicher Werktag, 14:45 Uhr) Gefahr in Verzug nicht bejaht werden kann, und die Tatsachen, die zur fehlerhaften Annahme der Gefahr in Verzug führten, nicht dokumentiert sind, führt dies nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Dies wäre nur der Fall, wenn der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert wird. Zum einen handelt es sich um einen Eingriff, der nicht fern von der gesetzlichen Grundlage erfolgt. Außerdem war zu berücksichtigen, dass die Verletzung des Richtervorbehaltes geringes Gewicht hatte, weil angesichts der von dem Polizeibeamten festgestellten Verdachtsmomente und der Weigerung des Betroffenen, sich einer **freiwilligen Urinkontrolle** zu unterziehen, eine richterliche Anordnung mit hoher Wahrscheinlichkeit ergangen wäre. Die Blutentnahme ist auch ein äußerst geringfügiger Eingriff und eine grobe Verkennung der Voraussetzung der Gefahr in Verzug liegt nicht vor.

Beweisverwertung nicht zwingend

Wird die Blutentnahme wegen des dringenden Verdachts einer Trunkenheitsfahrt von einem Polizisten angeordnet, führt diese Art des Verfahrensverstößes nicht zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot. Beide Entscheidungen nehmen nicht Stellung, wie damit umzugehen ist, wenn der einschreitende Polizeibeamte den Richtervorbehalt überhaupt nicht kennt oder ignoriert, weil er einer langjährigen Übung entspricht. Das OLG Karlsruhe stellt fest, dass bis zur Entscheidung eine Dienstanweisung gegeben war, damit jedenfalls keine grobe Verkennung der Rechtslage gegeben sei.

OLG Hamm, Beschluss vom 28.4.2009, 2 Ss 117/09 = VRR 2009, 273

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2.6.2009, 1 Ss 183/09 = VRR 2009, 273

Vorsätzliche Missachtung des Richtervorbehalts

Ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt führt nicht automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot. Dies ist nur der Fall bei Willkür oder besonders schwerwiegenden Fehlern. Die bewusste Missachtung des Richtervorbehalts trägt den Charakter der Willkür in sich. Bei den übrigen Verstoßfällen ist eine umfassende Güterabwägung durchzuführen, bei denen die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Schwere der Rechtsverstoßes zu berücksichtigen sind.

LG Potsdam, Urteil vom 23.2.2009, 27 Ns 150/08= BA 2009, 286

Gefahr in Verzug liegt nicht vor, wenn ein Polizeibeamter diese annimmt, weil man das immer so gemacht habe. Dies kann zu einem Beweisverwertungsverbot führen.

OLG Dresden, Urteil vom 11.05.2009, 1 Ss 90/09 = NZV 2009, 464 = VRR 2009, 233 = NJW 2009, 2149 = VA 2009, 133

Ein Zeitraum von 45 Minuten reicht an einem Donnerstagabend gegen 18:30 Uhr grundsätzlich aus, um eine richterliche Anordnung für die Blutentnahme zu erlangen.

Wird behauptet, eine richterliche Entscheidung sei an einem späten Nachmittag oder frühen Abend nicht zu erlangen, ist die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes gerechtfertigt.

LG Schwerin, Beschluss vom 09.2.09, 33 Qs 9/09 = VA 2009, 119

Ein richterlicher Bereitschaftsdienst auch für die Nachtzeit ist jedenfalls dann einzurichten, wenn in den in Frage stehenden Zeiträumen einem Richtervorbehalt unterliegende Ermittlungsmaßnahmen nicht nur ausnahmsweise anfallen. Ein Organisationsmangel der Justizbehörden führt zu einem Beweisverwertungsverbot.

OLG Hamm, Beschluss vom 18.8.2009, 3 Ss 293/08 = NJW 2009, 3109

Beweisverwertungsverbot möglich

OLG Celle, Beschluss vom 16.06.09, 311 Ss Bs 49/09 = StraFo 2009, 330
= StV 2009, 518

Beruhet die Annahme von Gefahr in Verzug auf einer evident fehlerhaften Beurteilung führt die Verletzung des Richtervorbehalts gem. § 81a StPO zu einem Beweisverwertungsverbot.

Auch die Tatsache, dass der Betroffene sich widerstandslos einer polizeilichen Anordnung (der Blutentnahme) gebeugt hat, ist nicht nur das, was grundsätzlich von jedem Bürger erwartet wird und hat darüber hinaus keine Aussagekraft.

Lediglich die ausdrückliche oder sich aus den Umständen ergebende Einwilligung eines Betroffenen in die Blutentnahme führt dazu, dass es einer richterlichen Anordnung (oder der Annahme von Gefahr in Verzug) nicht bedarf.

Im Beschwerdevorbringen braucht daher nicht vorgetragen zu werden, dass der Betroffene, wäre er danach gefragt worden, einer Blutentnahme widersprochen hätte.

Beweisverbot im Einzelfall

OLG Celle, Beschluss vom 6.8.2009, 32 Ss 94/09

Eine unberechtigte Inanspruchnahme der Anordnungskompetenz kann im Einzelfall zu einem Beweisverwertungsverbot führen. In Betracht kommt auch eine fernmündliche richterliche Anordnung. Diese ist insbesondere bei hohen Alkoholwerten einzuholen (Atemalkoholgehalt 3,08 mg/l).

Nimmt ein Polizeibeamter an, bei Verstößen wegen § 316 StGB (Alkohol) sei eine richterliche oder staatsanwaltschaftliche Anordnung – unabhängig von der Tageszeit – von vorne herein nicht nötig, so liegt darin ein grober Verstoß.

Entwicklung der Rechtsprechung

KG, Beschluss vom 1.7.2009, (3) 1 Ss 204/09 (71/09) = VRR 2009, 355

Mit zunehmenden zeitlichen Abstand zu den veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und mehrerer Oberlandesgerichte zum Richtervorbehalt werden sich die Gerichte mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die schlichte Unkenntnis der gesetzlichen Verpflichtung bei Polizeibeamten als willkürliches Handeln gewertet werden muss (im konkreten Fall wurde noch die Revision verworfen).

Sonderfall

Röntgenaufnahmen/Abführmittel

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.5.2004, 2 Ws 77/04

Auch die Durchführung von Röntgenaufnahmen und die Verabreichung von Abführmitteln bedürfen einer richterlichen Anordnung. Allerdings führen fehlerhafte Annahmen von Gefahr in Verzug nicht zu einem Verwertungsverbot.

Festhalterecht – polizeiliche Dienstanweisung

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2.6.2009, 1 Ss 183/08 = StraFo 2009, 461
StV 2009, 516

Als Annexkompetenz zu § 81a StPO steht Polizeibeamten das Recht zu, Betroffene und Beschuldigte festzuhalten und zum Ort, an dem die Blutentnahme durchgeführt werden soll, zu verbringen. Die fehlerhafte Annahme einer Gefahr in Verzug führt jedenfalls dann nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn in einer polizeilichen Dienstanweisung dieses Vorgehen vorgeschrieben ist.

Verfahrensfehler - Revision

Der Widerspruch gegen die Verwertung einer ohne Einschaltung eines Richters gewonnenen Blutprobe muss spezifiziert begründet werden, damit das Tatgericht erkennen kann, welche Verfahrensfehler im Zusammenhang mit der Blutprobe zur Prüfung des Tatgerichts gestellt werden soll.

Gefahr in Verzug liegt allerdings vor, wenn die Notwendigkeit der Rückrechnung über einen Zeitraum von mehr als sieben Stunden notwendig ist und hierbei der Gesichtspunkt der absoluten Fahruntüchtigkeit eine Rolle spielt. Dann liegt die drohende Gefahr eines Beweismittelverlustes vor.

OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.09, 3 Ss 53/09 = BA 2009, 282 = VRR 2009, 234 = VA 2009, 119

Vortrag in der Revision

OLG Oldenburg, Beschluss vom 3.11.2009, 1 Ss 183/09

Zum notwendigen Vortrag in der Revisionsinstanz (Rechtsbeschwerde) gehört, dass erklärt wird, dass der Beschuldigte nicht in eine Blutentnahme eingewilligt hat. Die ohne eine Hinzuziehung eines Richters getroffene Anordnung, eine Blutprobe zu entnehmen, führt jedenfalls dann zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn der Polizeibeamte keinen Richter eingeschaltet hat, weil dies in einer allgemeinen innerdienstlichen Weisung so vorgesehen ist. Notwendig ist vielmehr eine einzelfallbezogene Würdigung des Sachverhaltes sitens der Ermittlungsbeamten.

3. Geschwindigkeitsüberwachung

Wie ein Paukenschlag brachte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11.08.09, **2 BvR 941/08** die Rechtsprechung durcheinander.

Bezogen auf das **Videoüberwachungsverfahren VKS 3.0** hat das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Rostock sowie des Amtsgerichts Güstrow aufgehoben. Das Amtsgericht hatte den Betroffenen wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu einer Geldbuße von 50,00 € verurteilt. Grundlage war der Vorwurf der fahrlässigen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit außerhalb von Ortschaft um 29 km/h.

Der Betroffene rügte in der Hauptverhandlung die Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung. Eine Befugnis für eine allgemeine oder automatisierte Videoüberwachung fehle. Aus der Schwere des Rechtsverstoßes ergebe sich ein Verwertungsverbot.

Dem schloss sich im Wesentlichen das Bundesverfassungsgericht an und stellte fest, dass ohne die Videoaufzeichnung eine Identifizierung nicht möglich sei.

Dieser Entscheidung ist das **AG Schweinfurt** (Urteil vom 31.8.09, 12 OWi 17 Js 7822/09 = VRR 2009, 363) nicht gefolgt und hat einen Verkehrsteilnehmer wegen fahrlässiger Unterschreitung des Sicherheitsabstandes zu einem Bußgeld in Höhe von 320,00 € sowie zu einem Fahrverbot von einem Monat verurteilt. Das Amtsgericht sah in **§ 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO** eine ausreichende Rechtsgrundlage.

Das **AG Meißen** (Urteil vom 14.10.09, 13 OWi 705 Js 30975/09) sah ebenfalls in **§ 100h StPO** eine Rechtsgrundlage für Verkehrsüberwachungsmaßnahmen mit verdachtsunabhängig veranlasster Bildaufzeichnung. Die Entscheidung bezog sich insbesondere auf automatisch veranlasste Bildaufzeichnungen (Blitzer). Bezogen auf das Verfahren VKS 3.01 sah das Amtsgericht kein Verwertungsverbot, da anders als im Verfahren 3.0 die Aufzeichnung erst erfolgt, sobald eine Messung vorgenommen wurde. Bei VKS 3.0 wird eine dauerhafte Aufzeichnung der Verkehrsteilnehmer mit späterer Auswertung vorgenommen. Eine Rechtsgrundlage soll nach dieser Entscheidung auch bestehen für das Verfahren **VKS 3.1 Select**.

Eine Rechtsgrundlage sah auch das **AG Saarbrücken** (Urteil vom 2.10.09, 22 OWi 66 Js 1396/09 (757/09)). Dieses Gericht erkannte für das Abstandsmessverfahren eine Ermächtigungsgrundlage in §§ 56, 53

OWiG, §§ 163b Satz 1 und 3, 163, 81b StPO sowie in § 9 Abs. 1 Satz 1 Saarländisches Polizeigesetz.

Das **AG Saarbrücken** (Urteil vom 15.09.09, 22 OWi 68 Js 734/09 (629/09)) entschied, dass Geschwindigkeitsmessungen und die Fertigung von Lichtbildern gerechtfertigt und das Ergebnis in einer Hauptverhandlung verwertbar sei, auch wenn es für den Einsatz der Messgeräte keine gesonderte gesetzliche Grundlage gäbe und das Grundrecht auf informelle Selbstbestimmung hierbei tangiert sein könne.

Entscheidungen, die in Verwertungsverbot bejahen:

AG Lünen, Beschluss vom 14.10.09, 16 OWi 225 Js 1519/09 – 447/09

Das Amtsgericht hat den Betroffenen freigesprochen. Es stellte fest, dass es eine taugliche Rechtsgrundlage in Nordrhein Westfalen nicht gäbe und hieraus folge ein Beweisverwertungsverbot.

„Das Interesse des Staates an der funktionierenden Strafrechtspflege muss daher hinter die Grundrechte des Betroffenen zurücktreten, das Interesse des Staates an der Aufklärung der Ordnungswidrigkeit wiegt weniger schwer als die Interessen des Bürgers an der Bewahrung seiner privaten Lebensgestaltung. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet, dass der Bürger jedenfalls dann, wenn keinerlei Verdachtsmomente gegen ihn vorliegen, selbst zu bestimmen hat, ob und wenn ja, in welchem Umfang er dem Staat einen Blick in seine private Lebensgestaltung geben will.“

Das **AG Ludwigslust** (Beschluss vom 23.10.09, 226 Js 13097/09 OWi StA SN 1 OWi 258/09) hat aus vergleichbaren Gründen ein Verfahren eingestellt. Das **AG Meißen** hat in einer Entscheidung (9.10.09, 13 OWi 705 Js 36235/09) durch Beschluss einen Betroffenen freigesprochen. Es sah für verdachtsunabhängig durchgeführte Bilderaufzeichnungen keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage und bejaht ein Beweisverwertungsverbot (System VKS 3.01).

IV. Bestimmung der Blutalkoholkonzentration ohne Blutentnahme

In Fällen, in denen keine Blutprobe entnommen wurde, obliegt es dem Gericht, sich auf Grund aller Erkenntnismöglichkeiten im Rahmen freier Beweiswürdigung eine Überzeugung von der vom Angeklagten vor der Tat genossenen Alkoholmenge zu verschaffen. Auf dieser Grundlage ist eine Tatzeit-Blutalkoholkonzentration zu errechnen.⁴⁸ Auch für die Strafzumessung ist es von Bedeutung, ob der Angeklagte wegen einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Straftat verurteilt wird.

Der Satz, für zwei Stunden, dürfe nicht zurückgerechnet werden, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu, denn wenn das Trinkverhalten und damit insbesondere das Trinkende feststeht, kann für den gesamten Zeitraum zurückgerechnet werden.⁴⁹

Tabelle: Alkohol und Vorsatz

Die Rechtsprechung, die einen Vorsatz alleine auf Grund der festgestellten Blutalkoholkonzentration ablehnt, gilt natürlich nur, wenn nicht andere Beweisanzeichen auf Vorsatz deuten.

Promille BAK in ‰	rechtliche Wertung	Fundstelle
1,1	Vorsatz verneint	OLG Frankfurt zfs 1991, 214
1,27	Vorsatz verneint	OLG Hamm VRS 37, 447
deutlich über 1,3	Vorsatz verneint	OLG Düsseldorf VerkMitt 1974, 60 a. M. wichtiges Indiz für Vorsatz: OLG Köln DAR 1987, 126; OLG Köln DAR 1987, 175 = zfs 1987, 157; KG VRS Bd. 80, 448; OLG Celle zfs 1990, 393
1,36	Vorsatz verneint	OLG Saarbrücken zfs 1996, 234
1,56	Vorsatz verneint	BayObLG VRS 59, 336
1,72	Vorsatz verneint	OLG Zweibrücken zfs 1984, 61
1,74	Vorsatz verneint	OLG Hamm zfs 1999,401
1,81	Vorsatz verneint	OLG Karlsruhe DAR 1991, 227
1,83	Vorsatz verneint	OLG Hamm zfs 1996, 234
1,84	Vorsatz verneint	AG Maulbronn zfs 1992, 102
1,86	Vorsatz verneint	OLG Hamm zfs 1996, 233

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 29.11.2005, 5 StR 358/05 = BA 2006, 311

⁴⁹ Gebhardt §37 Rn. 88

1,87	Vorsatz verneint	OLG Düsseldorf VerkMitt 1979, 69
1,98	Vorsatz verneint	OLG Hamm VRS 54, 44 = DAR 1978, 166
2,0	Vorsatz verneint	OLG Hamm VRS 44, 440; OLG Saarbrücken VRS 40, 448 = NJW 1971, 1904
2,2	Vorsatz verneint	OLG Zweibrücken zfs 1994, 465 A.A: OLG Düsseldorf VerkMitt 1995, 122; OLG Düsseldorf VRS 1987, 330 bei Kenntnis der entsprechenden Menge des getrunkenen Biers als bedingter Vorsatz und 2,32 o/oo
2,31	Vorsatz bejaht	OLG Koblenz DAR 2001, 419
2,32	Vorsatz bejaht	OLG Koblenz, Urteil v. 06.08.2001 - 2 Ss 116/01 - VRS Bd. 104/03, 300
2,41	Vorsatz verneint	OLG Celle NZV 1992, 247
2,5	Vorsatz verneint	OLG Frankfurt zfs 1989, 140; OLG Celle VerkMitt 1996,67 A.A: Vorsatz nahe liegend, bei Kenntnis der Alkoholmenge und einschlägige Vorbelastungen: OLG Celle VerkMitt 1996, 67
2,66	Vorsatz verneint	OLG Hamm VRS 48, 275
3,00	Vorsatz verneint	OLG Köln VRS 64, 195; OLG Düsseldorf VerkMitt 1983, 16
Erfahrungssätze für Promille - Vorsatz	Erfahrungssatz verneint	OLG Frankfurt DAR 1992, 226 = zfs 1992, 356; OLG Hamm zfs 1996, 233 - keine Erkennbarkeit der Fahrunsicherheit ab einer bestimmten Blutalkoholkonzentration: OLG Köln DAR 87, 157 (= zfs 1987, 157; OLG Zweibrücken NZV 93, 240 f; OLG Karlsruhe NZV 93, 117 = zfs 1993, 138; OLG Hamm zfs 1996, 233 - Versuch der Entziehung vor der Strafverfolgung nicht indizierend nicht den Vorsatz: Saarländisches OLG zfs 1996, 234

- Überlegungen vor Fahrtantritt auf Benutzung eines Taxis begründet keinen Vorsatz OLG Hamm zfs 1996, 233
- Schlangenlinie fahren und andere Fahrfehler allein genügen nicht, für Vorsatz ist Kenntnis der Ausfallerscheinungen relevant: OLG Karlsruhe NZV 1991, 239
- Länge der alkoholisiert gefahrenen Strecke ist ohne Bedeutung: OLG Zweibrücken zfs 1990, 33.
- Das Wissen der Tat rechtfertigt noch nicht bedingten Vorsatz (OLG Hamm DAR 1971, 190).
- Verhinderung der Blutalkoholfeststellung ist kein Indiz für Vorsatz: OLG Hamm BA 77, 122; BA 78, 376; OLG Köln DAR 1987, 126; BayObLG DAR 1985, 242