

Der Auslandszeuge im Strafprozess

Von Rechtsanwalt Dr. Martin Rademacher, *Düsseldorf* und Rechtsreferendar Stefan Sell, *Ulm*

Inhalt

- | | |
|--|---|
| I. Überblick | IX. Die Durchführung der Vernehmung |
| II. Das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (1993) | 1. Vernehmung in der Hauptverhandlung |
| III. Die Entscheidung des BVerfG | 2. Videovernehmung |
| IV. Exkurs: Entlastung der Rechtspflege als Grenze der Legitimation | 3. Kommissarische Vernehmung - Anwesenheitsrechte |
| V. Die Aufklärungspflicht als Maßstab | X. Vorbereitung und Formulierung des Beweisantrages |
| VI. Klärung der Voraussetzungen im Freibeweisverfahren | 1. Eruierung der Voraussetzungen |
| VII. Verfahren für die Ablehnung von Beweisanträgen - Inhalt des ablehnenden Beschlusses | 2. Keine Selbstladung im Ausland |
| VIII. Die positivierten Ablehnungsgründe, insbesondere die Erreichbarkeit des Zeugen | 3. Antragsformulierung |
| | 4. Gestaffelter Antrag |
| | 5. Der affirmative Beweisantrag |

I. Überblick

Ein Zeuge im Strafprozess, dessen Ladung im Ausland zu bewirken ist (244 Abs. 5 S. 2 StPO), hebt sich von sonstigen Zeugen erheblich ab. Für die Verteidigung kann es schwieriger sein die Vernehmung überhaupt durchzusetzen, denn das Gericht hat für Auslandszeugen **erleichterte Ablehnungsmöglichkeiten**. So ermöglicht § 244 Abs. 5 S. 2 StPO dem Gericht eine Durchbrechung des Beweisantizipationsverbotes, indem es noch vor der Prüfung der Erreichbarkeit des Zeugen feststellen kann, ob die richterliche Aufklärungspflicht überhaupt eine Vernehmung des sich im Ausland befindenden Zeugen gebietet (vgl. GLEß, JR 2002, 97, 98 m.w.N.). Das Gericht darf seine Entscheidung über den Beweisantrag – anders als beim Inlandszeugen - davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu würdigen wären.

Trotzdem ist für das Gericht die Ablehnung eines solchen Beweisantrages manchmal heikel, eben weil diese an die Grenze der erforderlichen Amtsaufklärungspflicht führt. Man könnte sogar meinen, Auslandszeugen begründen in besonderem Maße die gelegentlich beschriebene „Angst des Trichters vor dem Beweisantrag“ (BASDORF StV 1995, 310, 311), zumindest jedoch ein Unwohlsein.

Für die Verteidigung wiederum ist die Bescheidung des Beweisantrages durch das Gericht bei einem Auslandszeugen ein hervorragendes Mittel für die frühe Diagnose, wie das Gericht die bisherige Beweissituation einschätzt. Aufgrund der „konkreten“ Begründungspflicht des Gerichts (BGH NStZ 1998, 158 unter Hinweis auf BGHSt. 40, 60, 63) bei der Zurückweisung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen, kann der Verteidiger mit gezielten Beweisanträgen ermitteln, von welcher Tatsachengrundlage das Gericht bisher ausgeht.

Schließlich die **Durchführung der Vernehmung**: Sie erfordert ein anderes Vorgehen wenn sich eine Vernehmung im heimischen Gerichtssaal nicht realisieren lässt, einfach weil der Auslandszeuge die Anreise ablehnt. Ein sich im Ausland aufhaltender Zeuge muss nicht vor einem deutschen Gericht erscheinen. Zudem ist es dem ersuchten Staat untersagt, den Zeugen aufgrund seines Fernbleibens zu bestrafen oder einer Zwangsmaßnahme zu unterwerfen (vgl. Art. 8 EuRhÜbk). Dem ersuchenden Staat stehen zur Durchsetzung der unmittelbaren Vernehmung des Zeugen keinerlei Zwangsmittel zur Verfügung. Deshalb kann die Bundesrepublik Deutschland im Rechtshilfeweg nur ein Angebot machen, das neben der Reisekostenerstattung auch die Zusicherung freien Geleits umfasst.

Wenn der Zeuge der Ladung nicht Folge leistet, ermöglicht das Gesetz dem Richter die Vernehmung des Auslandszeugen in einer **Videokonferenz** (§ 247 a StPO), die Bestandteil der Hauptverhandlung ist oder mittels einer **kom-**

missarischen Vernehmung am Aufenthaltsort, deren Ergebnis dann gem. § 251 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden muss.

Der 4. Senat des BGH sieht dabei unter Bezugnahme auf den gesetzgeberischen Willen und systematische Erwägungen in der audiovisuellen Vernehmung kein bevorzugtes Beweismittel gegenüber der Protokollverlesung (vgl. GLEß, JR 2002, 97). Demgegenüber sieht der 1. Senat einen Vorrang der Videovernehmung gegenüber der Verlesung eines Protokolls aus einer kommissarischen Vernehmung (GLEß, JR 2002, 97). Die Videovernehmung ist das sachnähere Beweismittel, denn bei ihr wird das in der EMRK verbürgte Recht des Angeklagten gewahrt, an einen (Belastungs-)Zeugen unmittelbar Fragen stellen zu können.

Die Sorge des Verteidigers ist es jedoch zunächst, seinen Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen überhaupt durchzusetzen. Das Recht Beweisanträge zu stellen, d.h. bestimmte Behauptungen aufzustellen und sie durch Gebrauch des benannten Beweismittels zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen, ist das wichtigste Gestaltungsrecht des Angeklagten. Sein Beweiserhebungsanspruch verbietet dem Gericht grundsätzlich die Ablehnung eines Beweisantrages mit einer Vorwegnahme der Beweiswürdigung zu begründen, wenn die Beweistatsache an sich erheblich ist. Ein auf die Vernehmung eines im Inland zu ladenden Zeugen gerichteter Beweisantrag kann nur abgelehnt werden, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist (§ 244 III S. 1; vgl. die Beispiele bei HK-StPO-JULIUS, 4. Aufl., Rn 28 zu § 244; JUNKER, Beweisantragsrecht im Strafprozeß, Rn. 169). Im Übrigen darf ein Beweisantrag nach dem abschließenden gesetzlichen Katalog nur abgelehnt werden, wenn eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist; die zu beweisende Tatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung oder schon erwiesen ist; das Beweismittel völlig ungeeignet oder es unerreichbar ist; der Antrag zum Zweck der Prozessverschleppung gestellt ist oder wenn eine erhebliche entlastende Behauptung als wahr unterstellt werden kann (vgl. die exklusive Aufzählung der Ablehnungsgründe in § 244 Abs. 3 StPO).

II. Das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (1993)

Anders ist die Ablehnungsmöglichkeit von Beweisanträgen zur Vernehmung von Auslandszeugen. Seit dem Inkrafttreten des **Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege** am 01.11.1993 kann das Gericht nach Maßgabe des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO die Vernehmung eines Auslandszeugen ablehnen, wenn die Erhebung des beantragten Beweises von der Aufklärungspflicht nicht gefordert wird (BGHSt. 40, 60, 62; BGH NJW 2001, 695, 696; 2002, 2403, 2404). Bei einer berechtigten Ablehnung unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Aufklärungspflicht muss die Erreichbarkeit des Zeugen bereits nicht mehr geprüft werden (vgl. BGHSt 40, 60, 62). Zudem entfällt auch die Pflicht des Gerichts sich um Beweissurrogate zu bemühen (vgl. BGH NJW 2001, 695 f.). Das Gericht muss auch nicht mehr prüfen, ob der Zeuge im Wege der (kleinen) Rechtshilfe, z.B. auch audiovisuell nach § 247 a StPO vernommen werden kann oder ob eine Protokollverlesung von einer früheren Zeugenvernehmung nach § 251 StPO in Betracht kommt (BGH StV 2001, 93, 95). Das Gericht muss auch nicht mehr die katalogisierten Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO prüfen (vgl. BGH NJW 2001, 695 f.), wenn es zu dem Schluss kommt, dass nach seinem pflichtgemäßem Ermessen die Vernehmung des Zeugen zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist (§ 244 Abs. 5 StPO).

Aufgrund der erleichterten Ablehnungsmöglichkeit unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Aufklärungspflicht wird der Auslandszeuge mitunter auch als Zeuge 2. Klasse bezeichnet (so HAMM/HASSEMER/PAULY Beweisantragsrecht, 2007, Rn. 426) und zu Recht angemerkt, dass die Ausgrenzung des Auslandszeugen angesichts zunehmender internationaler Verflechtung im Wirtschaftsleben nicht mehr zeitgemäß erscheint (vgl. HAMM/HASSEMER/PAULY, a.a.O.).

§ 244 Abs. 5 S. 2 StPO erlaubt jedoch nur eine begrenzte Beweisantizipation, weil die gerichtliche Aufklärungspflicht es erfordert, die erkennbaren „Beweismittel (zu) erschöpfen, wenn auch nur die entfernte Möglichkeit einer Änderung der durch die vollzogene Beweisaufnahme begründeten Vorstellung von dem zu beurteilenden Sachverhalt in Betracht kommt“ (BGHSt. 23, 176, 188).

III. Die Entscheidung des BVerfG

Die Amtsaufklärungspflicht als Maßstab für die Ablehnung des Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen wurde vom Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform erklärt (BVerfG, Beschl. v. 21. 8. 1996 – 2 BvR 1304/96 = NSZ 1997, 94). Zwar werde das Postulat der Gerechtigkeit durch Aufklärung des wahren Sachverhalts

grundsätzlich durch das Recht des Angeklagten verstärkt, sich durch die Stellung von Beweisanträgen, die nur unter engen Voraussetzungen abgelehnt werden können, an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv zu beteiligen (vgl. BVerfGE 57, 250, 279). Jedoch sei der garantierte Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen eines Angeklagten durch die Einschränkungen des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO für den Auslandszeugen noch nicht tangiert und verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG, Beschl. v. 21. 8. 1996 - 2 BvR 1304/96 = NStZ 1997, 94).

Allerdings verweist das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung ausdrücklich auf die besondere Bedeutung der **Antragsbegründung** für den Angeklagten, die ja an sich nicht notwendiger Bestandteil eines Beweisantrages ist. Hierdurch könne der Angeklagte die Vernehmung des Auslandszeugen immer noch erreichen, indem er bestimmte Sachverhalte aufzeigt, aufgrund deren sich das Gericht zur weiteren Sachaufklärung durch Vernehmung des Zeugen gedrängt sieht (BVerfG, a.a.O.).

IV. Exkurs: Entlastung der Rechtspflege als Grenze der Legitimation

Da § 244 Abs. 5 S. 2 StPO auf das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (s. oben II) zurückgeht, wird zu Recht befürwortet, dass die Ablehnung eines Beweisantrages nach dieser Vorschrift auch beim Auslandszeugen dann nicht in Betracht kommen sollte, wenn die Beibringung des Zeugen ohne Mehraufwand im Vergleich zum Inlandszeugen möglich ist und nicht zu längeren Zeitverzögerungen führt (vgl. RIEß AnwBl. 1993, 55; tendenziell aber nicht entschieden auch BGH NJW 2002, 403; weitere Nachweise bei HK-StPO-JULIUS, 4. Aufl., Rn. 35 zu § 244). Das muss eigentlich schon immer dann gelten, wenn Ladungen innerhalb Europas unmittelbar durch die Post – regelmäßig durch Einschreiben mit Rückschein – zugestellt werden können (vgl. Art. 52 Abs. 1 SDÜ). Der Entlastungszweck des Gesetzes erfordert keine Ausgrenzung des Auslandszeugen aus dem klassischen Beweisantragsrecht.

Deshalb liegt auch immer eine Vernehmung durch eine **Videokonferenz** nach § 247a StPO nahe, wenn man eine entsprechende technische Ausstattung der Gerichte auf beiden Seiten voraussetzen kann. Wenn man das Aufklärungsgebot tatsächlich als ein „grundlegendes, das gesamte Strafverfahren beherrschendes Prinzip“ versteht (BGHSt. 23, 176, 187 = NJW 1970, 523), das verlangt, „eher ein Zuviel als ein Zuwenig zu tun“ (BGHSt. 23, 176, 188), dann ist an der verhältnismäßig unaufwendigen Videokonferenz nach § 247a StPO kaum vorbeizukommen. Zwar werden gegen die Videokonferenz Nachteile ins Feld geführt wie etwa die Distanz zum Vernehmenden, die Entfernung der Auskunftsperson aus der Atmosphäre des Gerichtssaals und damit aus dem "durch Frage und Antwort entstehenden Spannungsverhältnis" (BGHSt. 45, 188, 196) und die Schwierigkeit, die über Monitor vermittelten non-verbale Ausdrucksformen des Zeugen ausreichend erfassen zu können, BEULKE weist aber zu Recht darauf hin, dass es nicht um die Findung einer überlegenen Vernehmungsförm geht, sondern um die Vermeidung weit größerer Nachteile durch Beweismittelverlust (BEULKE ZStW 2001, 709, 725). Zieht daher das Gericht eine Videokonferenz nicht in Betracht, so verletzt es damit seine Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2, wenn die audiovisuelle Vernehmung zulässig und möglich gewesen wäre (vgl. DIEMER in FS-NEHM, 257, 263 m.w.N.)

Auch kann die mangelnde technische Ausstattung der Gerichte nicht zu Lasten des Angeklagten gehen. Es ist zu fordern, dass die erforderlichen technischen Mittel bereitgestellt werden, denn Defizite im Bereich der tatsächlichen Aufklärungsmöglichkeiten sind nicht mit der richterlichen Aufklärungspflicht vereinbar und über die durch § 247 a Satz 2 StPO nicht ausgeschlossene Aufklärungsrüge revisibel (vgl. ARTKÄMPER, NJ 2000, 100, 101).

Ohne Zweifel: Die Videovernehmung im Ausland ist generell ein Minus gegenüber der unmittelbaren Vernehmung eines physisch in der Hauptverhandlung anwesenden Zeugen. Sie ist jedoch im Einzelfall ein effektives Beweismittel, das sogar die Konfrontation der Prozessbeteiligten untereinander, zumindest in mediatisierter Form, ermöglicht. Zudem ermöglicht die Videovernehmung – anders als die „statische“ kommissarische Vernehmung – eine stetige Anpassung der weiteren Vernehmung an das Aussageverhalten.

Dennoch dürfen solche Erwägungen nicht den Blick dafür verstellen, dass § 244 Abs. 5 S. 2 StPO für alle Auslandszeugen auch innerhalb Europas gilt und dass die technische Möglichkeit der relativ unaufwendigen Videokonferenz die Vorschrift nicht suspendiert. Der Verteidiger kann sich die Gedanken um das Für und Wider der Beweismittelsurrogate aber gleichwohl für die Antragsbegründung fruchtbar machen.

V. Die Aufklärungspflicht als Maßstab

Maßgebendes Kriterium für die Antragsbescheidung ist, ob die Erhebung des beantragten Beweises von der Aufklärungspflicht gefordert wird (BGHSt. 40, 60, 62; BGH NJW 2001, 695, 696; 2002, 2403, 2404). Durch die Einführung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO wurde die Möglichkeit der Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen erweitert. Der bis dahin ausschließlich anwendbare § 244 Abs. 3 S. 2 StPO hatte es nicht zugelassen, einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen zurückzuweisen, obwohl die Beweiserhebung von der Aufklärungspflicht nicht geboten war (vgl. BGH NJW 2002, 2403, 2404).

Der Angeklagte kann jedoch die Vernehmung des Auslandszeugen durch Sachverhaltsvortrag erreichen, der das Gericht zur Sachaufklärung durch Vernehmung des Zeugen drängt (BVerfG, Beschl. v. 21. 8. 1996 - 2 BvR 1304/96 = NSTz 1997, 94).

Der Trichter hat namentlich die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses zu würdigen. Daher darf er **prognostisch berücksichtigen**,

1. welche **Ergebnisse** von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und
2. wie diese zu **würdigen** wären.

Kommt er dabei unter Berücksichtigung sowohl der Beweisantragsbegründung als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse mit rechtsfehlerfreier Begründung zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht werden bestätigen können oder dass ein Einfluss der Aussage auf seine - des Trichters - Überzeugungsbildung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, soll die Ablehnung des Beweisantrags in aller Regel nicht zu beanstanden sein (st. Rspr.; s. nur BGH NJW 2005, 2322, 2323 m.w.N.; BVerfG NSTz 1997, 94 unter Hinweis auf BGH NJW 1994, 1484f.; StV 1994, 283f.; 635; NSTz 1994, 554; 593). Die Begründung muss nur für sich gesehen tragfähig und nachvollziehbar sein, zwingend muss sie nicht sein (BGH NSTz 2005, 701, 703). Z.B. wäre die antizipierende Würdigung, einer Zeugin wäre kein Glauben zu schenken, wenn sie ihre früheren belastenden Angaben gegen den Angeklagten in der Hauptverhandlung widerrufen sollte, nach der Rechtsprechung nicht zu beanstanden, zumindest wenn sie sich im Hinblick auf die sonstige Beweislage (Ergebnisse von Observationen und Telefonüberwachung; Fingerspuren des Angekl. auf den Betäubungsmittelpaketen) geradezu aufdrängt (BGH NSTz 2009, 168, 169).

Das Revisionsgericht ist darauf beschränkt die Ermessensentscheidung des Trichters auf Rechtsfehler zu überprüfen und kann daher nicht dessen ermessensfehlerfreie Entscheidung durch seine gegebenenfalls abweichende Einschätzung ersetzen (vgl. BGH NJW 1998, 3363, 3364; BGH NSTz 2005, 701, 703). HERDEGEN (NSTz 1998, 444, 446) betont aber, dass jede Ablehnung einer „intersubjektiv akzeptablen in hohem Maße plausiblen Begründung“ bedarf, die auch und gerade für die Sicherheit der Antizipation tragfähig ist.

Hinweis

Die Vernehmung des Auslandszeugen wird umso notwendiger sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel hinsichtlich des Wertes der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind (BGH NSTz 2007, 349).

Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann, insbesondere wenn er nur zu Beweisthemen benannt ist, die lediglich indiziell relevant sind oder die Sachaufklärung sonst nur am Rande betreffen (BGH NSTz 2007, 349).

Umgekehrt kann es als Ergebnis der Ermessensentscheidung nach § 244 Abs. 5 S. 2 StPO unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten auch geboten sein, sich um die Ladung schwer erreichbarer oder weit entfernt wohnender Zeugen auch auf die Gefahr hin zu bemühen, dass das Verfahren erheblich verzögert wird oder sogar ausgesetzt werden muss (BGH NSTz 2005, 701, 703 unter Hinweis auf BGH NJW 2001, 695, 696).

Dabei sind regelmäßig in die Interessenabwägung einzustellen: die Bedeutung und der Beweiswert des weiteren Beweismittels, organisatorischer und zeitlicher Aufwand der mit der Ladung im Ausland verbunden ist und der (ggf. späte) Zeitpunkt der Antragstellung.

Nach Ansicht der Rechtsprechung soll aber auch eine besondere potenzielle Bedeutung des Beweismittels nicht zwingend zur Folge haben, dass das dem Tatgericht durch § 244 Abs. 5 S. 2 StPO eingeräumte Ermessen bei der Beurteilung des in Frage stehenden Beweisantrags auf Null reduziert ist (BGH NStZ 2005, 701).

Das Gericht kann danach die Vernehmung des (erreichbaren) Zeugen auch dann ablehnen, wenn die Richtigkeit der Beweisbehauptung durch andere Beweismittel geklärt werden kann, wenn die beantragte Beweiserhebung keinen Einfluss auf die Feststellungen haben kann oder die beantragte Zeugenvernehmung keine weitere wesentliche Aufklärung verspricht, z.B. weil der Zeuge bereits polizeilich vernommen wurde und dabei nichts zur Aufklärung beitragen konnte und andere Angaben nicht zu erwarten sind.

VI. Klärung der Voraussetzungen im Freibeweisverfahren

Zur Klärung der Voraussetzungen des § 244 Abs. 5 S. 2 steht das Freibeweisverfahren zur Verfügung. Grundsätzlich erfordert die gerichtliche Aufklärungspflicht zunächst im Wege des Freibeweises (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 5 S. 2 Auslandszeuge 5, 10; RiVAST, Länderteil Kasachstan, S. 147) zu klären, ob der Zeuge sachdienliches zur Klärung der Beweisfrage beitragen kann (BGH NStZ 1995, 244; BGH, Urteil v. 29. 11. 2006 - 2 StR 404/06). Wenn das der Fall ist, ist zur Vorbereitung der dann – vorbehaltlich des Gerichtsbeschlusses - erforderlichen Vernehmung ebenfalls im Wege des Freibeweises zu klären, ob der Zeuge unter der angegebenen Anschrift wohnhaft ist und geladen werden kann und ob er zur Klärung der Beweisfrage beitragen will, d.h. ob er gegebenenfalls unter Zusicherung freien Geleits bereit ist, vor Gericht zu erscheinen und auszusagen.

Wenn aufgrund dieser freibeweislichen Vorklärung festgestellt wird, dass die beantragte Zeugenvernehmung keine weitere wesentliche Aufklärung erwarten lässt, kann das Gericht den Beweisantrag nach § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ablehnen (vgl. BGH NStZ 2004,99,100). Das Gericht kann die zuvor im Strengbeweis und sodann im Freibeweis gewonnenen Erkenntnisse heranziehen, um den Beweiswert eines Zeugen in Bezug auf die in sein Wissen gestellten Beweisbehauptungen prognostisch vorab zu bewerten (vgl. BGH NJW 1998, 3363, 3364).

Hinweis

Das Freibeweisverfahren ist gesetzlich nicht geregelt, so dass es dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen ist, welche Beweismittel es heranzieht und wie es Beweis erhebt. Die Verteidigung hat jedoch die Möglichkeit, zum Beweismaterial beizutragen.

Zeugen dürfen dabei vom Gericht auch formlos und insbesondere fernmündlich befragt werden (BGH StV 1995, 173), wovon Gerichte umfangreich Gebrauch machen.

Das dem Gericht im Freibeweisverfahren eingeräumte Ermessen findet jedoch seine Grenzen im **Rechtsstaatsprinzip**, insbesondere dem Postulat des fairen Verfahrens. Das Gericht muss gesetzliche Regelungen wie u.a. §§ 52, 53, 53 a, 54, 55, 136 Abs. 1 S. 2 und 136 a StPO beachten. Auch für die Durchführung des Freibeweisverfahrens gilt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), so dass das Gericht die im Wege des Freibeweises gewonnenen Beweisergebnisse einer Entscheidung nur zugrunde legen darf, wenn es sie zuvor zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht hat.

VII. Verfahren für die Ablehnung von Beweisanträgen - Inhalt des ablehnenden Beschlusses

Die StPO räumt dem Gericht beim Auslandszeugen nur hinsichtlich des Ablehnungsgrundes eine Erleichterung ein. Das Verfahren der Ablehnung entspricht dem üblichen Verfahren für die Ablehnung von Beweisanträgen. Erforderlich ist insoweit nach § 244 Abs. 6 StPO ein Gerichtsbeschluss, aus dessen Begründung der Angeklagte entnehmen kann, welchen Standpunkt das Gericht gegenüber seinem Beweisbegehren einnimmt und der ihm die Möglichkeit gibt, sich mit dem Standpunkt des Gerichts auseinander zu setzen. Der Angeklagte soll und muss durch den Gerichtsbeschluss die Gelegenheit erhalten sich auf die durch die Ablehnung entstandene, neue Prozesslage einzustellen (vgl. zu allem HERDEGEN, in: KK, § 244 Rn. 58 m.w.N.).

Deshalb muss die Begründung für die Ablehnung des Beweisantrages in dem in der Hauptverhandlung bekannt zu machenden Beschluss enthalten sein und kann nicht erst in den Urteilsgründen nachgeschoben werden (BGH NStZ

Auslandszeuge

2004, 508, 509) Der Antragsteller darf daher in den Urteilsgründen auch nicht mit einer ergänzten oder völlig neuen Begründung der Ablehnung des Beweisantrages überrascht werden (BGH NStZ 2007, 349, 351), insbesondere darf sich der Tatrichter zu den Gründen seiner Beschlussentscheidung im Urteil nicht in Widerspruch setzen (BGH NStZ-RR 1998, 178). Lehnt das Gericht einen Beweisantrag mit fehlerhafter Begründung ab, so sind ergänzende Ausführungen in den Urteilsgründen nicht geeignet, diesen Rechtsfehler zu heilen (BGH NStZ 2007, 349).

In dem Gerichtsbeschluss müssen die **für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte**, wenn auch nicht in allen Einzelheiten so doch in ihrem tatsächlichen Kern, „konkret“ mitgeteilt werden (BGH NStZ 1998, 158 unter Hinweis auf BGHSt. 40, 60, 63). Lediglich nicht zu beanstanden soll es sein, dass sich das Tatgericht in dem Ablehnungsbeschluss auf die Gründe eines früheren Beschlusses bezieht, mit dem es bereits den Antrag auf Vernehmung derselben Zeugin zurückgewiesen hatte (BGH NStZ 2009, 168, 169).

Hinweis

Die für das Gericht bestehende „konkrete“ Begründungspflicht gibt der Verteidigung eine Einschätzung der bereits erhobenen Beweise durch das Gericht (vgl. BGHSt 40, 60). Der Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen ist also ein „erstklassiges“ Mittel zur „Früherkennung“ der richterlichen Beweiswürdigung (JULIUS NStZ 2002, 654, 656).

VIII. Die positivierten Ablehnungsgründe, insbesondere die Erreichbarkeit des Zeugen

Wenn das Gericht nach seiner Beweiswürdigung zu dem Ergebnis kommt, dass die Vernehmung des Auslandszeugen von der Amtsaufklärungspflicht geboten ist und es deshalb den Beweisantrag nicht nach § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ablehnt, folgt die Prüfung der positivierten Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO, denen genauso der Inlandszeuge zum Opfer fallen kann.

Die Erhebung des Beweises darf nicht grundsätzlich unzulässig sein (§ 244 Abs. 3 S. 1; vgl. die Beispiele bei HK-StPO-JULIUS, 4. Aufl. Rn. 28 zu § 244), nicht wegen Offenkundigkeit überflüssig oder bedeutungslos oder schon erwiesen, das Beweismittel darf nicht völlig ungeeignet, der Beweisantrag auch nicht zum Zweck der Prozessverschleppung gestellt sein. Des Weiteren kann der Beweisantrag immer noch abgelehnt werden, wenn eine erhebliche entlastende Behauptung als wahr unterstellt werden kann oder wenn das Beweismittel unerreichbar ist (vgl. die exklusive Aufzählung der Ablehnungsgründe in § 244 Abs. 3 StPO).

Gerade die beiden letztgenannten Ablehnungsgründe sind beim Auslandszeugen von besonderer Relevanz. Der Verteidiger kann darauf zielen, mit dem Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen das Gericht zur Feststellung des **Erwiesenseins** oder zur **Wahrunterstellung** einer Beweistatsache zu bewegen (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO). Die unter Beweis gestellten Tatsachen sind für das Urteil gleichzeitig bindend festgestellt, was gerade bei bis dahin unklarer Beweislage in einzelnen Punkten einen taktischen Vorteil verschaffen kann.

Fragen der **Erreichbarkeit** ergeben sich verstärkt beim Auslandszeugen. Eine Unerreichbarkeit eines Zeugen i.S.d. § 244 Abs. 3 StPO ist gegeben, wenn das Gericht trotz genügender Bemühungen keine begründete Aussicht hat, dass der Zeuge in absehbarer Zeit in der Hauptverhandlung vernommen werden kann (vgl. BGHSt. 22, 118, 120; BGH NStZ 1983, 422; 1993, 50; BGH StV 1983, 496; 1987, 45). Das Ausmaß der erforderlichen Bemühungen ist für jeden Einzelfall abzuwägen je nach Bedeutung der Sache und Relevanz der Zeugenaussage einerseits und des Interesses an der zügigen Durchführung des Verfahrens sowie der Erfolgchancen weiterer Bemühungen andererseits (vgl. BGHSt. 22, 118, 120; BGH NStZ 1983, 422; 1993, 50; BGH StV 1983, 496; 1987, 45).

Deshalb kann ein entsprechender Beweisantrag regelrecht „sperrig“ werden. Bei einer Beweisbehauptung von hoher Relevanz für die Wahrheitsfindung müssen nämlich per se alle nicht von vornherein als aussichtslos erscheinenden Möglichkeiten ausgeschöpft werden. Das Gericht muss dann sogar eine Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung in Kauf nehmen (BGH NStZ 1982, 78; 1982, 341; 1983, 180, 181; BGH StV 1983, 496; 1984, 5; 1986, 418, 419; 1987, 45), wenn die Beibringung des Auslandszeugen dieses aus Zeitgründen erfordert.

Allerdings relativiert sich die Unerreichbarkeit eines Zeugen durch die zur Verfügung stehenden **alternativen Vernehmungformen**. Nach Ansicht des BGH ist § 244 Abs. 3 StPO ein sog. erweiterter Erreichbarkeitsbegriff zugrunde zulegen (SCHLOTHAUER, StV 2000, 180, 181). Vorrangig ist zwar die unmittelbare Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung als bestmögliches Beweismittel. Ist diese jedoch nicht durchführbar, weil der Zeuge bei bekanntem Aufenthaltsort vor dem erkennenden Gericht nicht erscheinen will und er hierzu nicht gezwungen werden kann, ist der Zeuge gleichwohl erreichbar i.S.d. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO, wenn als Weniger seine Vernehmung in der Hauptverhandlung mittels einer zeitgleichen Bild-Ton-Übertragung von einem anderen Ort möglich und für die Wahrheitserforschung ausreichend ist.

Scheidet auch diese Möglichkeit aus, ist eine kommissarische Vernehmung in Betracht zu ziehen. Erst wenn auch diese nicht durchführbar oder wegen der Notwendigkeit eines persönlichen Eindrucks von dem Zeugen ohne Beweiswert ist, darf der Beweisantrag wegen Unerreichbarkeit abgelehnt werden.

IX. Die Durchführung der Vernehmung

1. Vernehmung in der Hauptverhandlung

Für die Vernehmung des im Ausland geladenen Zeugen in der Hauptverhandlung ergeben sich keine prozessualen Besonderheiten.

Es kommt vor, dass Zeugen selber im Verdacht einer Tatbeteiligung stehen. Diesen Zeugen kann **freies Geleit** zugesagt werden, das dann ein inhaltlich und zeitlich begrenztes prozessuales Verfolgungshindernis begründet (vgl. LINKE EuGRZ 1980, 155 f.). Das Verfolgungshindernis erstreckt sich aber nicht auf ein Aussagedelikt, das vom Zeugen in der Hauptverhandlung begangen wird, so dass der tatverdächtige Auslandszeuge trotz freien Geleits dem gleichen Risiko ausgesetzt ist, wegen eines Aussagedeliktes auf der Stelle belangt zu werden.

2. Videovernehmung

Hinsichtlich der Videovernehmung eines im Ausland befindlichen Zeugen stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht. Um eine grenzüberschreitende Videovernehmung nach Maßgabe des Verfahrensrechts des ersuchenden Staates zu ermöglichen, wurden Ausnahmen vom Grundsatz der Beweisaufnahme nach dem Recht des ersuchten Staates kodifiziert. So hat die Bundesrepublik Deutschland bilaterale Rechtshilfeverträge geschlossen, nach denen die Möglichkeit besteht, das Recht des ersuchenden Staates – d.h. deutsches Strafverfahrensrecht - bei der Rechtshilfeübernahme(zumindest) zu berücksichtigen(vgl. RIECK, 1, 278). Eine Novellierung dieser partiellen Ermächtigungen hat die grenzüberschreitende Videovernehmung durch Art. 10 des Ergänzungsübereinkommen zum EuRhÜbk erfahren. Dieses Übereinkommen ist aufgrund des entsprechenden Gesetzes vom 22.Juli 2005 in Deutschland am 28.Juli 2005 in Kraft getreten(vgl. DIEMER, 257,259). Art. 10 Abs. 5 lit. c ErgÜbk regelt nunmehr, dass die grenzüberschreitende Videovernehmung „unmittelbar von und unter Leitung der Justizbehörde des ersuchenden Mitgliedstaats nach dessen innerstaatlichen Rechtsvorschriften durchgeführt“ werden soll(vgl. RIECK, 1, 284).

Bei der Vernehmung muss die Einhaltung der für die Hauptverhandlung geltenden wesentlichen Verfahrensgarantien gewährleistet sein, damit die Videovernehmung einer unmittelbaren Vernehmung vor dem Tatgericht entspricht (ALBRECHT, StV 2001, 364, 365) Hierzu zählt insbesondere die Möglichkeit einer unbeeinflussten Vernehmung, die Verhandlungsführung durch den Vorsitzenden des Tatgerichts und die Möglichkeit der ungeschmäleren Ausübung der prozessualen Befugnisse durch alle Prozessbeteiligten.

3. Kommissarische Vernehmung - Anwesenheitsrechte

Die im Wege der Rechtshilfe (§ 157 GVG) durchgeführte kommissarische Vernehmung im Ausland erfolgt **außerhalb der Hauptverhandlung**. Sie ist eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz. Die kommissarische Vernehmung ist auch dann nicht Teil der Hauptverhandlung, wenn sämtliche Richter des deutschen Verfahrens im Ausland anwesend sind. Ihr Zweck ist es, ein in der Hauptverhandlung gem. § 251 StPO vertesbares Vernehmungsprotokoll zu errichten.

Regelmäßig bestehen bei kommissarischen Rechtshilfevernehmungen **Anwesenheitsrechte** für den Angeklagten und die Verteidigung, denn grundsätzlich müssen Beweise in Anwesenheit des Angeklagten in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Ausnahmen sind möglich, dürfen aber die Rechte der Verteidigung nicht beeinträchtigen.

Auslandszeuge

Das bedeutet, dass der Angeklagte die Möglichkeit haben muss, Belastungszeugen in angemessener und ausreichender Weise zu befragen, entweder während der Vernehmung oder später (EGMR, Ur. v. 17. 11. 2005 - 73047/01 NJW 2006, 2753 = NSTZ 200,103, 106 m. Anm. ESSER). Dieses Erfordernis wirft erhebliche Probleme bei in Haft befindlichen Angeklagten auf. Ansonsten muss der ersuchende Tatrichter darauf hinwirken, dass die Prozessbeteiligten rechtzeitig von dem Vernehmungstermin benachrichtigt wird.

In dem deutschen Rechtshilfeersuchen ist deshalb darauf hinzuwirken, dass dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger die Anwesenheit bei der Vernehmung gestattet wird und diese auch benachrichtigt werden (vgl. BÖSE, ZStW 114 (2002), 148, 169).

Darüber hinaus haben die deutschen Behörden auf eine Kompensation der Beschneidung von Anwesenheitsrechten hinzuwirken, indem der Verteidigung die Möglichkeit gegeben wird, ihr Fragerecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK mit Hilfe eines Fragekataloges wahrzunehmen. Bei einem Unterlassen ist die Vereitelung des Anwesenheitsrechts (auch) dem deutschen Staat zuzurechnen und das erlangte Beweismittel soll einem Verwertungsverbot unterliegen (vgl. BÖSE, ZStW 114 (2002), 148, 169 m.w.N.).

Für die Vernehmung gilt grundsätzlich allein das Verfahrensrecht des ersuchten Staates („lex loci regit actum“). Der mit der Beweiserhebung beauftragte Richter hat ohne gesetzliche Grundlage gar keine Möglichkeit, die Vernehmung aus dem für ihn geltenden nationalen Prozessrechts zu heben. Maßgeblich sind insbesondere auch die **Zeugnisverweigerungsrechte** des ersuchten Staates. Wenn der Zeuge im Ausland im Rechtshilfeweg vernommen wird, sind hier auch die nationalen Ordnungsmittel einschlägig. Im europäischen Rechtsraum wird dieser Grundsatz („lex loci regit actum“) aber zunehmend aufgegeben, um Beweiserhebungen zwischen den Mitgliedsstaaten besser verkehrsfähig zu machen. Weil es eben bei Rechtshilfemaßnahmen um die Unterstützung des Rechts und des Verfahrens des ersuchenden Staates geht, sehen z.B. Art. 4 EU-RhÜbk oder Art. 8 des 2. ZP-EuRhÜbk vor, dass das Recht des ersuchenden Staates maßgeblich ist.

X. Vorbereitung und Formulierung des Beweisantrages

1. Eruiierung der Voraussetzungen

Wenn der tatsächliche Aufenthalt des Auslandszeugen nicht bekannt ist, kann die Verteidigung sich darum bemühen, den Aufenthalt – auch mit Hilfe ausländischer Polizeidienststellen - zu ermitteln oder eine Ermittlung über den Rechtshilfeweg anzuregen.

Der Verteidigung ist es auch unbenommen direkt mit dem Zeugen abzuklären, ob dieser bereit ist, in der Hauptverhandlung oder ggf. in einer Videokonferenz oder in einer kommissarischen Vernehmung auszusagen. Sie sollte davon Gebrauch machen, soweit dies tatsächlich möglich ist und nicht aus anderen Gründen untunlich, denn dies ermöglicht es bereits im Beweisantrag Angaben zur Erreichbarkeit des Zeugen zu machen. Ist der Zeuge sogar bereit ins Inland zu reisen und hier eine ladungsfähige Anschrift zu begründen, kann das sogar von der Beschränkung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ganz befreien.

Hinweis:

Der Angeklagte tut gut daran, den Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen rechtzeitig zu stellen. Der Zeitpunkt der Antragstellung ist ein Umstand, den das Gericht bei seinen Erwägungen gem. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO berücksichtigen darf (BGH NSTZ 2009, 705).

2. Keine Selbstladung im Ausland

Eine Selbstladung des Zeugen durch die Verteidigung kommt nach h.M. nicht in Betracht (vgl. die Nachw. bei HK-StPO-JULIUS, § 220 StPO, Rn. 12). Die Ladung kann nur durch die zuständigen deutschen Strafverfolgungsorgane auf dem im Verhältnis zum betreffenden Staat vorgesehenen Geschäftsweg erfolgen. Die förmliche Ladung eines Auslandszeugen nach § 220 StPO ist der Verteidigung verschlossen, weil sie nicht selbst ein Ersuchen stellen kann (a.A. HARTWIG StV 1996, 626 ff. über ein beim Prozessgericht zu stellendes Zustellgesuch).

3. Antragsformulierung

Während der Verteidiger sonst mit einem Beweisantrag „das Gericht ... nötigen (kann), über das von ihm zur Aufklärung des Sachverhalts für erforderlich Gehaltene hinauszugehen“ (BGHSt. 21, 118, 124), hat der Beweisantrag diese Macht hier erst einmal nicht. Aber wegen der „konkreten“ Begründungspflicht des Gerichts bei Zurückweisung gem. §§ 244 Abs. 4 S. 2, 244 Abs. 5 StPO kommt der – an sich nicht obligatorischen - Begründung des Beweisantrages gerade beim Auslandszeugen manchmal besondere Bedeutung zu.

Ein solcher Beweisantrag kann fehlerfrei nur zurückgewiesen werden, wenn das Gericht trotz des in der Antragsbegründung dargestellten Sachverhaltes und bisherigen Beweisergebnisses überzeugende Gründe dafür hat, dass die Vernehmung des Zeugen keinen Aufklärungsgewinn erbringen wird. Darzustellen ist deshalb von der Verteidigung in der Begründung des Beweisantrages etwa die Beziehung des Zeugen zum Tatgeschehen, die so eng sein kann, dass eine Ablehnung des Antrages schon deshalb kaum noch denkbar ist.

4. Gestaffelter Antrag

Die Verteidigung sollte sich möglichst früh entscheiden, welche Art der Beweiserhebung sie bevorzugt. Im Einzelfall kann sie auch die bloße Verlesung eines früheren Vernehmungsprotokolls nach § 251 StPO an Stelle der persönlichen Vernehmung bevorzugen, wenn sie das kalkulierbare Beweisergebnis dem Wagnis der erneuten Vernehmung vorzieht.

Hinweis:

Vorausgesetzt, die Verteidigung strebt die Vernehmung in der Hauptverhandlung als unmittelbarste Form der Beweiserhebung an, dann sollte sie darüber hinaus den Beweisantrag von vornherein hilfsweise auch auf eine grenzüberschreitende audiovisuelle Vernehmung des Auslandszeugen nach § 247 a StPO richten und hilfsweise auf eine kommissarische Vernehmung. Das Gericht muss per se den unmittelbarsten erreichbaren Beweis erheben.

Allgemein wird zwar unter Hinweis auf BGHSt. 45, 188 ff. zwar angenommen, dass der Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen in der Hauptverhandlung zugleich ein solches Minus umfasst. Dringend erforderlich kann es aber sein, im Einzelfall zu begründen, dass die audiovisuelle Vernehmung erforderlich ist, weil von ihr eine weitergehende und bessere Sachaufklärung zu erwarten ist als durch das Verlesen eines bereits vorliegenden richterlichen Vernehmungsprotokolls (vgl. dazu BGH NJW 2000, 2517). Im Übrigen neigt zumindest der 5. Strafsenat des BGH (BGH, Beschl. v. 9. 10. 2007 – 5 StR 544/07, BeckRS 2007 16981) „zu der Auffassung, dass es einem ausdrücklich zu formulierenden Begehren eines Beweisantragstellers obliegt, ob er sich nach Feststellung der Unerreichbarkeit eines Zeugen für dessen von ihm begehrte Vernehmung in der Hauptverhandlung mit dem bei einer Bild-Ton-Übertragung gegebenen Defizit an Unmittelbarkeit (vgl. BGHSt. 45, 188, 196) im Vergleich zur konfrontativen Vernehmung im Gerichtssaal begnügen möchte“ (vgl. BGHSt. 22, 118, 122).

Kommt z.B. aus technischen Gründen im ersuchten Staat nur die kommissarische Vernehmung in Betracht, kann die Verteidigung auch schon im Beweisantrag darauf hinwirken, dass das Gericht bestimmte, das Beweisthema konkretisierende Fragen in den anordnenden Gerichtsbeschluss aufnimmt.

5. Der affirmative Beweisantrag

Der Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen kann auch als affirmativer, d.h. absichernder Beweisantrag gestellt werden, der mit dem Auslandszeugen einen Sachverhalt unter Beweis stellt, der nach Auffassung des Antragstellers nach der bisherigen Beweisaufnahme schon feststeht. Der Antragsteller erreicht auf diese Weise eine Festschreibung des Sachverhaltes, wenn der Beweisantrag wegen „Erwiesenseins“ oder „Wahrunterstellung“ (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO) abgelehnt wird. Die Bereitschaft des Gerichts, mittels „Erwiesensein“ oder „Wahrunterstellung“ von der Beweisaufnahme abzusehen, wenn bereits eine gleichlautende glaubhafte Zeugenaussage vorliegt, wird bei dem weiteren Auslandszeugen von vornherein relativ hoch sein.