

Gericht geht von der Unglaubwürdigkeit des Augenzeugen aus, verurteilt jedoch aufgrund von Indizien). Auch umgekehrt ist - insbesondere bei komplizierten Sachverhalten - denkbar, daß das Gericht zum von der Verteidigung gewünschten Verfahrensergebnis unter Annahme der angegriffenen Bedingung kommen wollte (Freispruch trotz Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen), nun aber den Eventualbeweis Antrag bescheiden muß, woraus der Verteidiger dann völlig falsche Schlüsse ziehen könnte.

Des weiteren ist ein Hilfs- und nicht ein Eventualbeweis Antrag dann „prozeßlogisch“ geboten, wenn der Verteidiger davon ausgeht, das Gericht werde seinem Hauptantrag entsprechend entscheiden¹². Ein solcher vorsorglich gestellter Antrag mag etwa besondere Bedeutung als Schutz vor gescheiterter Verständigung des Verteidigers mit dem Gericht über die Rechtsfolgenentscheidung haben.

3. Es gibt also trotz der Möglichkeit, Eventualbeweis Anträge zu stellen, auch ein anzuerkennendes Bedürfnis für Hilfsbeweis Anträge. Und es gibt eine Variante, die Schlothauer nur kurz erwähnt¹³, mit der die oben aufgezählten Nachteile des Hilfsbeweis Antrages umgangen werden können: Der Verteidiger beantragt zusätzlich, das Gericht möge über seinen Hilfsbeweis Antrag vor Urteilsverkündung durch Beschluß entscheiden, falls es seinem Hauptantrag nicht folgen sollte. Die Zulässigkeit dieser „weithin unbekanntem“¹⁴, aber in der Rechtsprechung¹⁵ und Literatur¹⁶ wohl einhellig anerkannten Variante folgt daraus, daß in einem Hilfsbeweis Antrag ansonsten zugleich der stillschweigende Verzicht auf die Bekanntgabe der Entscheidung über den Antrag in der Hauptverhandlung gesehen wird¹⁷.

Diese Variante eröffnet der Verteidigung eine interessante Situation: Der Verteidiger hat die Chance, noch in der Hauptverhandlung zu erfahren, wie das Gericht zu seinem Hauptantrag steht. Er kann zunächst seine risikobehafteten Beweis Anträge zurückhalten, die zwar den Hauptantrag stützen, aber auch „nach hinten losgehen“ könnten¹⁸. Er entgeht dem „Verteidigerdilemma“, indem er etwa Ausführungen und

Wiss. Mitarbeiter Dr. Dr. Uwe Scheffler, Berlin

Der Hilfsbeweis Antrag und seine Bescheidung in der Hauptverhandlung

1. Der in der Praxis bei Strafverteidigern so beliebte Hilfsbeweis Antrag genießt in der Literatur - auch und gerade in der von Rechtsanwälten verfaßten - keinen guten Ruf. So schreiben z. B. Sarstedt/Hamm, wer Hilfsbeweis Anträge stelle, sei „selbst schuld“¹. Für Warburg sprechen mehr Gründe dagegen². Dahs konstatiert „erhebliche Nachteile“³, und Michalke spricht von einem „überschätzten Instrument“⁴.

Unlängst hat Schlothauer die Risiken des Hilfsbeweis Antrages zusammengefaßt⁵. Er hält entsprechend der von Alsberg⁶ herausgearbeiteten Abgrenzung den Eventualbeweis Antrag für vorzugswürdig. Dieser unterscheidet sich vom Hilfsbeweis Antrag vor allem dadurch, daß er nicht an einen verfahrensabschließenden Hauptantrag (z. B. Freispruch, Geldstrafe, Strafaussetzung zur Bewährung) gekoppelt wird, sondern mit einer konkreten Beweistatsache bzw. -würdigung (z. B. Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals, Glaubwürdigkeit eines Zeugen) verknüpft ist. Deshalb muß - was häufig übersehen wird⁷ - der Eventualbeweis Antrag in jedem Fall noch in der Hauptverhandlung beschieden werden, während der Hilfsbeweis Antrag (mit Ausnahme der Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht⁸) erst in den Urteilsgründen abgelehnt zu werden braucht. Hieraus ergeben sich - insoweit ist Schlothauer zuzustimmen - zwei Vorzüge des Eventualbeweis Antrages: Zum einen kann häufig das Gericht weitergehender als beim Hilfsbeweis Antrag gezwungen werden, seine Beurteilung der Beweislage schon vor dem Urteil bekanntzugeben, wodurch seine Beweismäßigkeits- und Strafzumessungsspielräume wesentlich mehr eingeengt werden können⁹. Zum anderen werden Nachteile des Hilfsbeweis Antrages, sofern dieser erst in den Urteilsgründen abgelehnt wird, vermieden. Bei einem Eventualbeweis Antrag ist der Verteidiger vor ihn überraschenden Antragsablehnungen geschützt, da er noch in der Hauptverhandlung hierauf reagieren kann¹⁰. Zudem sind die Revisionschancen erhöht, weil das Revisionsgericht beim nicht oder rechtsfehlerhaft beschiedenen Hilfsbeweis Antrag selbst prüfen kann, ob der Beweis Antrag auch rechtsfehlerfrei hätte abgelehnt werden können¹¹.

2. Nun kann allerdings der erste Gesichtspunkt sich auch anders darstellen: Gerade beim Eventualbeweis Antrag kann der Verteidiger nur schwer abschätzen, ob für das Gericht „Nebenlösungswege“ existieren, ob es also auch ohne Annahme der mit dem Antrag angegriffenen Bedingung in der unerwünschten Form verurteilen kann (Beispiel: Auch das

¹Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 5. Aufl. (1983), S. 223; ähnlich Hamm, in: Festgabe f. Peters, 1984, S. 174.

²Warburg, Die anwaltliche Praxis in Strafsachen, 1985, S. 62.

³Dahs, Hdb. des Strafverteidigers, 5. Aufl. (1983), S. 358.

⁴Michalke, in: Formularbuch für den Strafverteidiger, 1988, S. 284.

⁵Schlothauer, StV 1988, 542 ff.

⁶Alsberg, Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 1. Aufl. (1930), S. 27 ff.

⁷Vgl. Hamm (o. Fn 1), S. 173 f.; Warburg (o. Fn 2), S. 61 f.

⁸Vgl. statt aller Kleinknecht/Meyer, 38. Aufl. (1987), § 244 Rn 44 mwN.

⁹Schlothauer, StV 1988, 546 f.

¹⁰Schlothauer, StV 1988, 545.

¹¹Schlothauer, StV 1988, 544.

¹²Dahs (o. Fn 3), S. 359; Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 5. Aufl. (1983), S. 60; ähnlich auch Schlothauer, StV 1988, 547.

¹³Schlothauer, StV 1988, 547.

¹⁴Hamm (o. Fn 1).

¹⁵BGH, bei Dallinger, MDR 1951, 275; OLG Karlsruhe, MDR 1966, 948; OLG Celle, MDR 1966, 605; 1968, 945; KG, StV 1988, 518; vgl. auch OLG Schleswig, bei Ernesti/Jürgensen, SchIHA 1969, 152.

¹⁶LR-Gollwitzer, 24. Aufl. (1987), § 244 Rn 170; Kleinknecht/Meyer (o. Fn 8); Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 769; Gössel, StrafverfahrensR, 1977, S. 253; Hamm (o. Fn 1); Schlothauer, StV 1988, 547; Schlüchter, NSiZ 1984, 373 f. Fn 2; Michalke (o. Fn 4).

¹⁷BGHSt 32, 10, 13; LR-Gollwitzer (o. Fn 16), Rn 161; KK-Herdeggen, 2. Aufl. (1987), § 244 Rn 49; KMR-Paulus, 7. Aufl. (Stand Dez. 1987), § 244 Rn 398; Kleinknecht/Meyer (o. Fn 8); Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 769; Schlothauer, StV 1988, 542.

¹⁸Warburg (o. Fn 2), S. 61; krit. Sarstedt/Hamm (o. Fn 1), S. 221 f.; Schlothauer, StV 1988, 547.

Beweisanträge zur Straffrage zurückstellen kann, weil sein Antrag auf Freispruch durch einen solchen Hilfsantrag abgesichert ist¹⁹. Und verbindet der Verteidiger gar diesen Antrag noch mit der Ankündigung weiterer Beweisanträge für den Fall des Bedingungseintritts, so ist ein solcher Hilfsbeweis Antrag kein Zeichen von Schwäche²⁰, weil nunmehr „alle Pfeile verschossen“²¹ sind, sondern stellt umgekehrt ein Mittel aktiver Verteidigung dar, das die Hoffnung, das Gericht könnte aus Bequemlichkeit dem Hauptantrag folgen²², jedenfalls eher realistisch erscheinen läßt: Denn als „lästige Alternative“²³ stünde nun nicht mehr die Schwierigkeit gegenüber, in den schriftlichen Urteilsgründen irgendwie um den Hilfsbeweis Antrag herumzukommen, sondern der Wiedereintritt in die Beweisaufnahme.

Allerdings kann sich das Gericht diesem „Dilemma“²⁴ entziehen: Nach der - m. E. zu weit gehenden - Entscheidung des OLG Celle ist es unschädlich, wenn das Tatgericht die Entscheidung über Hilfsbeweisanträge noch in der Hauptverhandlung verweigert, sofern es dem Verteidiger Gelegenheit gibt, den Antrag als Hauptbeweis Antrag zu wiederholen²⁵ (wozu der Verteidiger freilich jederzeit berechtigt ist²⁶). Vor allem aber hat es der BGH als zulässig angesehen, daß der Tatrichter einen Hilfsbeweis Antrag schon vor der Urteilsberatung bescheidet²⁷. Diese Rechtsprechung ist grundsätzlich zu billigen; im Einzelfall mag - fußend auf der Aufklärungspflicht - sogar nur eine solche Behandlung sachgerecht sein²⁸ (So kann § 244 II StPO das Gericht etwa in der von Michalke²⁹ als bisher nicht entschieden bezeichneten Konstellation zur sofortigen Beweisaufnahme zwingen, in der der Verteidiger für die Unschuld des Angeklagten Beweis für den Fall anbietet, daß das Gericht nicht nur auf Geld-, sondern auf Freiheitsstrafe erkennen wollte. Diese Situation sollte der Verteidiger tunlichst dann vermeiden, wenn er mit einem Hilfsbeweis Antrag, wie oben angeregt, nur vorsorglich eine Verständigung absichern will.).

Aber selbst bei einer solchen Reaktion des Gerichts steht der Verteidiger nicht schlechter da, als hätte er gleich einen Hauptbeweis Antrag gestellt. Sollte sie dagegen nur schlicht als Ausdruck der Weigerung des Gerichts erscheinen, sich auf die vom Verteidiger geschaffene prozessuale Situation einzulassen, mag bezüglich der „Früherkennung richterlicher Beweiswürdigung“³⁰ sogar der Schluß möglich sein, daß das Gericht nicht entsprechend dem Hauptantrag zu entscheiden gedenkt³¹; ansonsten wäre die Weigerung des Gerichts, „seine Karten vorzeitig aufzudecken“³², unverständlich und würde wohl auch gegen das Beschleunigungsprinzip verstoßen³³. Meint der Verteidiger dies zu erkennen, hätte er sogar doch die gewünschte Information erhalten³⁴.

4. Für die Revision gilt folgendes: Wird der in der Hauptverhandlung zu bescheidende Hilfsbeweis Antrag (ablehnend) beschieden, gilt für die Revision nichts anderes als bei einem Hauptbeweis Antrag. Sollte ein solcher Hilfsbeweis Antrag nach der Urteilsberatung abgelehnt und sodann gleich das Urteil verkündet werden, so wäre dies - anders als beim üblichen, erst in den Urteilsgründen zu bescheidenden Beweisantrag, der dennoch vor Urteilsverkündung abgelehnt wird³⁵ - ein Verstoß gegen § 258 StPO³⁶.

Wird der Hilfsbeweis Antrag entgegen dem Antrag dagegen erst in den Urteilsgründen (oder überhaupt nicht) beschieden, stellt sich nur noch die Frage des Beruhens. Hier gilt: Anders als bei den üblichen Hilfsbeweis Anträgen kommt es nicht darauf an, ob das Gericht den Antrag in der Hauptverhandlung rechtsfehlerfrei hätte ablehnen können. Denn die Verteidigung hat gerade nicht auf die Unterrichtung verzichtet und hätte somit die weitere Prozeßführung an dem Ablehnungsbeschluß orientieren können. Damit ist „in aller Regel“ das Beruhen zu bejahen³⁷.

Von einem Teil der Literatur und Rechtsprechung werden hiervon Ausnahmen gemacht, soweit das Gericht im Urteil die Beweistatsache als wahr oder offenkundig behandelt hat³⁸. Diese Auffassung ist nicht haltbar, sofern es (auch) um die potentiellen Auswirkungen einer solchen Ablehnung noch in der

Hauptverhandlung auf die Prozeßführung des Antragstellers geht³⁹. Deshalb ist an die oben schon geratene Ankündigung weiterer Beweisanträge für den Fall des Bedingungseintritts zu erinnern.

Das KG hat in einem Urteil⁴⁰ gefordert, die angekündigten Beweisanträge in der Revisionsbegründungsschrift mitzuteilen. Diese Entscheidung gibt zu Bedenken Anlaß. Grundsätzlich braucht der Revisionsführer zum Beruhen nichts - erst recht nicht in der Form und Frist des § 344 II StPO - mitzuteilen, also auch nicht, welche weiteren Anträge er gestellt hätte⁴¹. Dies kann laut dem BGH von einem Revisionsführer schon deshalb nicht verlangt werden, weil eine zuverlässige gedankliche Rekonstruktion der damaligen Prozeßlage kaum möglich ist⁴². Allerdings ist in einigen älteren Entscheidungen bei der Wahrunterstellung von Hauptbeweis Anträgen erst in den Urteilsgründen zum Beruhen ausgeführt worden, der Revisionsführer müsse, wenn er behauptet, er habe im Falle der Bekanntgabe der Ablehnung weitere Beweisanträge stellen wollen, dies im einzelnen dartun⁴³. Diese Rechtsprechung dürfte schon deshalb zweifelhaft sein, weil gerade die Ablehnung durch Wahrunterstellung ein „Alarmzeichen“ für den Verteidiger sein sollte⁴⁴, also gerade nicht die Notwendigkeit

¹⁹Dahs (o. Fn 3), S. 352.

²⁰Vgl. dazu Schlothauer, StV 1988, 545.

²¹Mannheim, JW 1927, 3063.

²²Vgl. Günther, Strafverteidigung, 1982, S. 117; skeptisch dazu Sarstedt/Hamm (o. Fn 1), S. 221; Michalke (o. Fn 4).

²³KK-Herdeggen (o. Fn 17); ähnlich Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozeß, 4. Aufl. (1987), S. 114.

²⁴Martin, Anm. zu LM Nr. 6 zu § 244 VI StPO; KK-Herdeggen (o. Fn 17).

²⁵OLG Celle, MDR 1968, 945; zust. Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 769 Fn 114.

²⁶LR-Gollwitzer (o. Fn 16), Rn 165; KK-Herdeggen (o. Fn 17); Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 61; Schlothauer, StV 1988, 544.

²⁷BGHSt 32, 10, 13; BGH, bei Dallinger, MDR 1974, 548; zust. LR-Gollwitzer (o. Fn 16), Rn 169; KK-Herdeggen (o. Fn 17); Kleinknecht/Meyer (o. Fn 8); KMR-Paulus (o. Fn 17), Rn 399; Alsberg/Nüse/Meyer, (o. Fn 12), S. 770; Schlothauer, StV 1988, 543; Schlüchter, NSiZ 1984, 373 f.; Bedenken bei Dahs (o. Fn 3); gegen ihn Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 770 Fn 124.

²⁸Unklar KK-Herdeggen (o. Fn 17).

²⁹Michalke (o. Fn 4).

³⁰Hamm (o. Fn 1), S. 169.

³¹Vgl. Schlothauer, StV 1988, 547; Michalke (o. Fn 4), S. 282; a. A. Hamm (o. Fn 1).

³²Simader, Die Ablehnung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung, 1933, S. 63; Weber, JW 1929, 262.

³³Vgl. Hamm (o. Fn 1), S. 175; Simader (o. Fn 32).

³⁴Zur Gefahr der Irreleitung s. aber Weber, JW 1929, 263.

³⁵RGSt 55, 109; OLG Karlsruhe, MDR 1966, 948; LR-Gollwitzer (o. Fn 16), § 258 Rn 6; Eb. Schmidt, Lehrkomm. II, 1957, § 258 Rn 1; Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 770 f.

³⁶RGSt 26, 32, 33; OLG Düsseldorf, VRS 64, 205; LR-Gollwitzer (o. Fn 16), § 258 Rn 6; KK-Hürxthal, 2. Aufl. (1987), § 258 Rn 24; KMR-Paulus (o. Fn 17), § 258 Rn 4.

³⁷BGH, NSiZ 1982, 432; KK-Herdeggen (o. Fn 17), Rn 58.

³⁸KG, StV 1988, 518, 519; Kleinknecht/Meyer (o. Fn 8), Rn 86; Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 881 f., 908 f.

³⁹KK-Herdeggen (o. Fn 17), Rn 58.

⁴⁰KG (o. Fn 38).

⁴¹So ausdrücklich BGH, bei Dallinger, MDR 1975, 725; Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 881.

⁴²BGH (o. Fn 41).

⁴³RG, Recht 1926, 226; OLG Saarbrücken, VRS 31, 120, 121; zust. Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 882; a. A. OLG Dresden, JW 1929, 1504; OLG Düsseldorf, JMBINW 1980, 155, 156; vgl. auch RG, JW 1916, 1589, 1590 (eigene Sachkunde des Gerichts); OLG Oldenburg, NdsRpfl 1951, 191 (Bedeutungslosigkeit).

⁴⁴Sarstedt, DAR 1964, 312; Sarstedt/Hamm (o. Fn 1), S. 225 Fn 546; Hamm (o. Fn 1), S. 175; Schulz, GA 1981, 308; Schwenn, StV 1981, 631 Fn 2.

weiterer Beweisanträge entfallen läßt⁴⁵. Dies gilt verstärkt für den in der Hauptverhandlung zu bescheidenden Hilfsbeweisantrag, weil hier durch den Bedingungseintritt „Großalarm“ beim Verteidiger ausgelöst werden muß. Vollends abzulehnen ist diese Rechtsprechung aber dann, wenn zudem die Stellung weiterer Beweisanträge angekündigt ist: Weiteres Verteidigungshandeln soll hier im Falle des Bedingungseintritts, und zwar unabhängig von der Ablehnungsbegründung des Hilfsbeweisantrages, erfolgen. Die Vermutung, daß bei Ablehnung wegen Offenkundigkeit bzw. bei Wahrunterstellung weiteres Vorbringen nicht erfolgen würde, ist also sogar widerlegt.

Nichtsdestotrotz ist aufgrund der Entscheidung des KG dem Verteidiger zu raten, in der Revisionsbegründungsschrift seine beabsichtigten Beweisanträge mitzuteilen, wobei er dann, wenn es ihm im Hinblick auf die erstrebte neue Hauptverhandlung taktisch angebracht erscheint, die genaue Bezeichnung des Beweismittels oder die detaillierte Ausführung der Beweisbehauptung unterlassen könnte. Diese Anträge müßten zwar geeignet sein, das Beruhen des Urteils auf ihrer Unterlassung zu begründen, bedürfen m. E. jedoch keinerlei Zusammenhangs zum nicht mehr in der Hauptverhandlung beschiedenen Hilfsbeweisantrag, da es Sache des Verteidigers ist, zu bestimmen, welche Anträge er bis zur Entscheidung eines anderen Antrages zurückbehält.

5. Es bleibt also festzuhalten, daß der Hilfsbeweisantrag dann seine vermeintliche Qualität als „Geheim-“ oder „Spezialwaffe“⁴⁶ tatsächlich haben kann, wenn er mit einem Zusatz in etwa wie folgt verbunden wird: „Ferner wird beantragt, diesen Hilfsbeweisantrag im Falle des Bedingungseintritts noch in der Hauptverhandlung durch der Urteilsverkündung vorausgehenden Beschluß zu bescheiden“⁴⁷. In diesem Fall ist beabsichtigt, weitere Beweisanträge zu stellen“. Hält sich das Gericht hieran nicht, sollte in der Revisionsbegründungsschrift „höchstvorsorglich im Hinblick auf KG, StV 1988, 518“ vorgetragen werden, daß geplant war, „insbesondere“ (um anderes mögliches Vorbringen nicht auszuschließen) im einzelnen zu bezeichnende Beweisanträge bei Ablehnung des Hilfsbeweisantrages zu stellen.

⁴⁵So aber Alsberg/Nüse/Meyer (o. Fn 12), S. 909; zutr. Dahn (o. Fn 3), S. 356: „Die Ablehnung eines Beweisantrages im Wege der Wahrunterstellung wird daher in jedem Fall Anlaß zu sorgfältiger Prüfung sein müssen, ob weitere Beweisanträge am Platze sind.“

⁴⁶Schlothauer, StV 1988, 542.

⁴⁷Unklar der abweichende Formulierungsvorschlag bei Michalke (o. Fn 4), S. 283; zutr. Schlothauer, StV 1988, 543 Fn 8, 547 Fn 45.