

Sachverhaltsaufklärung durch Auslandszeugen

I. Einleitung

„Zentrales Anliegen und damit *beherrschendes Prinzip* des deutschen Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts“ – mit diesem Diktum der höchstrichterlichen Rechtsprechung beginnt *Ulrich Eisenberg* seinen Kommentar zum Beweisrecht der StPO.¹ Von diesem Ausgangspunkt fächert er – nicht nur mit wissenschaftlichem, sondern auch mit rechtspolitischem Impetus – die Grundprinzipien des strafprozessualen Beweisverfahrens auf: Amtsaufklärungspflicht, Kriterien der Beweiswürdigung, Beweisantragsrecht von Verteidigung und Anklage,² etc. Er nimmt damit die kontinentaleuropäische Perspektive ein, aus der das Zusammenwirken dieser Elemente die beste Gewähr dafür bietet, dass in der Vergangenheit liegende Tatsachen zur Überzeugung des Gerichts so etabliert werden, dass ein Urteil für sich in Anspruch nehmen kann, auf materielle Wahrheit zu gründen.

Als eine wesentliche Sicherung gilt dabei die Rollenverteilung zwischen den verschiedenen Akteuren: Das Gericht entwickelt – ausgehend von den Ermittlungsakten und der Anklageschrift – durch eigene Aufklärung eine Sachverhaltshypothese, welche Verteidigung und Anklage im Laufe der Hauptverhandlung immer wieder erschüttern können, bis der maßgebliche Sachverhalt zur Überzeugung des Gerichts feststehen darf. Zuvor ist eine Beweisantizipation, also eine Vorwegnahme der Würdigung eines noch nicht im Verfahren präsentierten Beweismittels, verboten.³

Weil nach dem Konzept des kontinentaleuropäischen Strafverfahrens erst das Zusammenspiel der unterschiedlichen Elemente eine valide Sachverhaltsrekonstruktion gewährleistet, stehen diese in einem empfindlichen Verhältnis, das in unterschiedlichen Fallkonstellationen eines jeweils adäquaten Ausgleichs bedarf. Auch Amtsaufklärungspflicht und Beweisantragsrecht gehören zusammen, obwohl sie aus unterschiedlichen Epochen des Strafprozesses stammen.⁴ Sie ergänzen sich einerseits, stehen aber andererseits untereinander teilweise auch in einem

¹ *Eisenberg*, BeweisR (5. Aufl., 2006); BVerfGE 33, 383; 57, 275; 63, 61; BGHSt 1, 96; 10, 118; 23, 187.

² *Eisenberg*, a.a.O., Rn. 2 ff.; zum Beweisantragsrecht weiterer Prozessbeteiligter (Nebenkläger; Privatkläger) ebenda Rn. 167 ff.

³ RGSt 5, 312; SK-Schlüchter, § 244 Rn. 82; LR-Collwitzer, § 244 Rn. 339; *Engels*, GA 1981, 21.

⁴ Vgl. dazu RGSt 1, 61; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden 1993, S. 91f.

noch ungeklärten Geltungsverhältnis.⁵ Das konstatiert *Eisenberg*, wenn er am Schluss des ersten Abschnittes seines Kommentars feststellt: Es „besteht keine völlige Übereinstimmung zwischen Sachverhaltsaufklärung und Beweisanztragsrecht.“⁶

Die Frage nach der Bedeutung der einzelnen Elemente eines Beweisverfahrens, die Frage danach, mit welchen Mitteln und Maßnahmen das Gericht den Sachverhalt klären muss, stellt sich immer wieder neu in verschiedenen Fallkonstellationen. In Zusammenhang mit der (in der Praxis immer häufigeren) Verhandlung von Fällen mit Auslandsbezug etwa konkretisiert sie sich in der Frage: *Wann muss ein deutsches Gericht einen strafrechtlichen Sachverhalt mit Hilfe von Auslandszeugen klären?*

Die strafprozessuale Antwort scheint auf den ersten Blick einfach: § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO bestimmt ausdrücklich, dass ein Beweisanztrag auf Ladung eines Auslandszeugen abgelehnt werden kann, wenn seine Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Einen rechtshilferechtlichen Kontext stellt das Strafprozessrecht nicht her.

Doch auf den zweiten Blick befriedigt der bloße Verweis auf § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nicht. Denn die gesetzliche Regelung scheint sowohl in strafprozessualen als auch in rechtshilferechtlichem Zusammenhang wie ein Fremdkörper.

Bei näherem Hinsehen wird offenbar, dass die genannte Regelung seit ihrer Einführung einerseits ein (vom Gesetzgeber nicht beabsichtigtes) Eigenleben entwickelt hat (II.) und andererseits heute angesichts der Fortschritte in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit jedenfalls in Europa nicht mehr zeitgemäß erscheint (III.). Ein neues Verständnis der in § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO intendierten Regelung und allenfalls deren Reform sind deshalb angebracht (IV.).

II. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO als Element der strafprozessualen Beweisführung

1. Der Auslandszeuge im Strafprozess

Der Auslandszeuge ist grundsätzlich ein Beweismittel wie jedes andere; in Strafverfahren mit grenzüberschreitenden Sachverhalts Umständen ist er sogar ein nahe liegendes Beweismittel.⁷ § 244 Abs. 5 S. 2 StPO schränkt das Beweisanztragsrecht (und die Amtsermittlungspflicht) bezüglich des Auslandszeugen aber insofern ein, als es dem Gericht erlaubt – noch bevor es die Erreichbarkeit eines Auslandszeugen klärt und ihn lädt⁸ – zu prüfen, ob die richterliche Aufklärungspflicht seine Vernehmung überhaupt gebietet.⁹

⁵ Dazu etwa *Engels*, GA 1981, 22.

⁶ *Eisenberg*, a.a.O., Rn. 5.

⁷ *Rose*, Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses, Frankfurt/M. 1999, S. 1; vgl. a. *Rogall*, JZ 1996, 953 f.

⁸ Zur Ladung des Auslandszeugen: *Eisenberg*, a.a.O., Rn. 229 a ff., 1055 a, 1059 a. E., 1209.

⁹ Vgl. BGHSt 40, 60 ff.; *Duttge*, NSStZ 2000, 159; *Rose*, a.a.O., S. 516 ff. m. w. N.; Kritisch zu dieser Vorschrift (insbesondere angesichts der Internationalisierung sowohl der Straftatenbegehung als auch deren Bekämpfung): *Eisenberg*, a.a.O., Rn. 267 m. w. N.; *Kinzig*, StV 1997, 4; vgl. a. Stellungnahme von 91 Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern, ZRP 1991, 309.

2. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO als Durchbrechung des Beweisantizipationsverbotes

§ 244 Abs. 5 S. 2 StPO durchbricht damit das generelle Beweisantizipationsverbot.¹⁰ Denn nach den allgemeinen Regeln darf ein Beweisantrag eben nicht mit der Begründung abgewiesen werden, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei bereits erwiesen.¹¹ Vielmehr muss das Gericht bis zum Ende der Beweisaufnahme für alle möglichen Sachverhaltshypothesen offen bleiben und darf sich nicht auf eine (Erst-)Hypothese versteifen, die naturgemäß stark durch die Anklage geprägt wäre. Denn das Gericht ist durch § 244 Abs. 2 StPO verpflichtet, von Amts wegen selbständig die seine Entscheidung tragende Tatsachengrundlage umfassend aufzuklären.¹² Ausgangspunkt für die Prüfung der Voraussetzungen des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ist also grundsätzlich das Amtsermittlungsprinzip, das eine Beweisantizipation prinzipiell verbietet, um eine verfrühte Festlegung des Gerichts auf eine Sachverhaltshypothese zu verhindern. Das Prozedere allein soll Offenheit gewährleisten. Wird nun – wie im Fall der Auslandszeugen – das Beweisantizipationsverbot eingeschränkt, erscheint es angezeigt, andere Regelungen zur Formalisierung des Prozederes der Sachverhaltsaufklärung umso stärker zu gewichten, damit sichergestellt bleibt, dass das Gericht in Wahrnehmung seiner Amtsermittlungspflicht offen für andere Sachverhaltshypothesen bleibt, bevor es die „materielle Wahrheit“ im Wege der „freien Beweiswürdigung“ feststellt.¹³

3. Der Auslandszeuge und das Beweisantragsrecht

Die Formalisierung des Prozederes der Sachverhaltsaufklärung zeigt sich grundsätzlich gerade in den Regelungen zum Beweisantragsrecht. Diese Regelungen sollen vor allem der Verteidigung eine Handhabe geben, um eine voreilige – durch die Anklagebehörde im ersten und das Gericht in weiteren Schritten vorbestimmte – Rekonstruktion des Sachverhalts durch neue Beweismittel zu erschüttern. Insofern sichert das Beweisantragsrecht auch die Waffengleichheit von Anklage und Verteidigung.

Dass der Gesetzgeber diese Handhabe im Jahr 1993 beschnitt, indem er die Ausnahmeregelung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO im Rahmen des RpflegeEntlG¹⁴ einführte, ist darauf zurückzuführen, dass Verfahrensverzögerungen aufgrund der Ladung von Auslandszeugen als umständlich und langwierig galten.¹⁵ Man erhoffte sich von der Reform den Wegfall der als kompliziert empfundenen Prüfung der Erreichbarkeit und damit eine Entlastung der Gerichte. Dem Reformgesetzgeber erschien eine Tatsachenaufklärung im Ausland wegen der damit regelmäßig verbundenen Verfahrensverzögerungen nicht unter denselben

¹⁰ SK-Schlüchter, § 244 Rn. 144 b; LR-Gollwitzer, § 244 Rn. 341; KK-Herdeggen, § 244 Rn. 85.

¹¹ RGSt 1, 190; BGHSt 8, 181; Eisenberg, a.a.O., Rn. 198.

¹² Eisenberg, a.a.O., Rn. 1.

¹³ Zu den Gegenpolen von formalisierter Sachverhaltsaufklärung und „freier Beweiswürdigung“ vgl. a. Eisenberg, a.a.O., Rn. 2 a. E.

¹⁴ Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. 1. 1993, in der Fassung vom 22. 12. 2006.

¹⁵ Vgl. nur SK-Schlüchter, § 244 Rn. 144 a.

Umständen geboten wie die Sachverhaltsaufklärung im Inland.¹⁶ Als Grund der Verfahrensverzögerungen sah der Gesetzgeber vor allem an, dass Zeugen im Ausland nicht von einem bzw. nicht vor ein deutsches Gericht unter Androhung von Zwangsmitteln geladen werden können. Das galt insbesondere dann als Problem würde, wenn sich ein Zeuge durch seine Aussage auch noch selbst belasten müsste.¹⁷

§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO erscheint damit primär als eine Beschränkung des Beweisanztragsrechts. Die Regelung ist – in den immer häufiger werdenden Fällen mit Auslandsbezug – von grundlegender Bedeutung, weil sie das Recht der Verteidigung, eine aufgrund von Ermittlungsakten vorläufig gebildete Sachverhaltshypothese in der Hauptverhandlung erschüttern zu können, empfindlich einschränkt, wie verschiedene höchstrichterliche Entscheidungen in jüngerer Zeit drastisch vor Augen geführt haben.¹⁸

Die Durchbrechung des Beweisanztragsverbots durch § 244 Abs. 5 S. 2 StPO als Begrenzung des Rechts der Verteidigung, durch einen Beweisanztrag oder Beweisermittlungsanztrag auf die Beweisaufnahme Einfluss zu nehmen,¹⁹ kann die Verteidigung, selbst wenn ihr große materielle Ressourcen zur Verfügung stehen, praktisch nicht kompensieren, weil ein Angeklagter in Bezug auf Auslandszeugen – nach herrschender Meinung – auch nicht von seinem Selbstladerecht Gebrauch machen kann.²⁰

Mittelbar schränkt die Regelung aber auch die Amtsermittlungspflicht ein. Denn ein Gericht muss nicht weiter nachforschen, wenn es – vielleicht schon in einem frühen Zeitpunkt in der Hauptverhandlung – festgestellt hat, dass eine Vernehmung des Auslandszeugen die bestehenden Sachverhaltsannahmen aufgrund der überragenden Bedeutung der bisherigen gegenteiligen Beweisergebnisse und/oder aufgrund von den Beweiswert (der erwarteten Zeugenaussage) mindernden Umständen nicht mehr ändern könne.²¹ Das zeigt einmal mehr, dass es letztlich keine frei schwebende Amtsermittlungspflicht gibt, sondern dass die Regelungen über das Beweisanztragsrecht als gesetzliche Anhaltspunkte für eine Konkretisierung der Amtsermittlungspflicht dienen müssen.²²

Heute liegt aber aus Sicht der Praxis eine weitere, oftmals fast wichtigere Bedeutung von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO gar nicht in der tatsächlichen Beschränkung der Beweismöglichkeiten, sondern in dem Zusammenspiel zwischen Ablehnung

¹⁶ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/1217, 36; vgl. aber auch die Replik der Bundesregierung BT-Drs. 12/1217, 67.

¹⁷ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/1217, 36; ausf. dazu: *Schomburg/Hackner*, in *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (S/L/G/H)*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRS), 4. Aufl. 2006, Hauptteil I, vor § 68, Rn. 66.

¹⁸ Etwa: BGH NStZ 2007, 349 ff.; 2005, 701; NJW 2004, 3051.

¹⁹ *Eisenberg*, a.a.O., Rn. 268.

²⁰ *KK-Tölksdorf*, § 220 Rn. 4; *LR-Gollwitzer*, § 220 Rn. 7; *Meyer-Goßner*, DRiZ 1996, 180; *Basdorf*, StV 1995, 310; *Fezer*, StV 1995, 266; *Siegismund/Wickern*, wistra 93, 86 f.; a. A.: *Hartwig*, StV 96, 626 ff.; *Schlothauer*, Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger, 2. Aufl. 1998, Rn. 217 a; *ders.*, StV 1999, 50.

²¹ BGHSt 40, 60 = NStZ 94, 448 mit Anm. *Kintzi* = JZ 95, 209 mit Anm. *Perron*; vgl. a. BGH NStZ 97, 286; *Herdegen*, NStZ 98, 444 f.

²² Vgl. *Engels*, GA 1981, 22 ff.

des Beweisantrags bzw. des Beweisermittlungsantrages²³ und der Pflicht zur (weiteren) Aufklärung eines Sachverhalts. Denn nach § 244 Abs. 6 StPO muss das Gericht in einem Beschluss darlegen, welchen Standpunkt es gegenüber einem abgelehnten Beweisbegehren einnimmt. Denn nur dann kann sich der Antragsteller, in praxi die Verteidigung, mit dem (auf die Amtsaufklärung gegründeten) Standpunkt auseinandersetzen und darauf reagieren.²⁴ Das Gericht muss dabei nach ständiger Rechtsprechung „prognostisch berücksichtigen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu würdigen wäre.“²⁵ Das Gericht kann den Antrag nur ablehnen, wenn es zu dem Ergebnis kommt, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht bestätigen könne oder dass ein Einfluss der Aussage auf die Überzeugungsbildung des Tatgerichts sicher ausgeschlossen sei, selbst wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde.²⁶ Die Anforderungen an die Beschlussbegründung zwingen das Gericht also, als Reaktion auf den Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen genau zu sagen, was die Beweisführung bis zu diesem Zeitpunkt – nach seiner Überzeugung – hervorgebracht hat. Nur dann sind die Einflussmöglichkeiten der Parteien auf die (weitere) strafprozessuale Beweisaufnahme gesichert. Deshalb darf die Ablehnung eines Antrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen auch nicht erst im Urteil begründet werden.²⁷

Vielmehr muss das Gericht bereits vorher aufzeigen, dass der Auslandszeuge nicht gehört werden muss, weil die beantragte Vernehmung die bestehenden Sachverhaltsannahmen aufgrund der überragenden Bedeutung der bisherigen (gegenteiligen) Beweisergebnisse und/oder aufgrund des erwarteten Beweiswerts der Zeugenaussage nicht mehr ändern könne.²⁸ Das Gericht muss dabei den Einzelfall genau prüfen.²⁹

Vor diesem Hintergrund erlangt der Ablehnungsbeschluss eine, wenn auch unbeabsichtigte, so doch gleichwohl gewichtige Bedeutung für die Praxis, indem das Gericht bei Ablehnung eines solchen Beweisantrages gezwungen ist, durch die Konkretisierung seiner Amtsermittlungspflichten in einer Art Zwischenbilanz seine bisherige Beweiswürdigung offen auf den Tisch zu legen. Ein solches durch einen Beweisantrag ausgelöstes „Beweisinterlokut“³⁰ ist aus verteidigungsstrategischen Gründen interessant, intendiert hatte der Gesetzgeber mit § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO ein solches Institut nicht. Angesichts des traditionell am Amtsermittlungsprinzip ausgerichteten Strafprozesses erscheint es, jedenfalls auf den ersten Blick, auch zweifelhaft, ob ein solches Institut formal in die Struktur unseres strafprozessualen Beweisverfahrens passt. Denn ein „Beweisinterlokut“ ist

²³ Vgl. BGH NStZ 2008, 109.

²⁴ OLG Hamm StV 2005, 542, 543; KK-*Herdegen*, § 244 Rn. 58 m. w. N.

²⁵ BGH NStZ 2007, 349, 350.

²⁶ BGH NJW 2005, 2322, 2323 m. w. N., st. Rspr.

²⁷ BGH NStZ 2007, 349.

²⁸ BGHSt 40, 60 = NStZ 94, 448 mit Anm. *Kintzi* = JZ 95, 209 mit Anm. *Perron*; vgl. a. BGH NStZ 97, 286; *Herdegen*, NStZ 98, 444 f.

²⁹ BGH NStZ 2007, 349.

³⁰ Ein Beweisinterlokut kannte bereits der gemeine deutsche Zivilprozess als gerichtliche Zwischenentscheidung über Beweislast, Beweisthema und Beweisfrist.

nur dann sinnvoll, wenn es mit rechtlichen Konsequenzen für die Sachverhaltskonstruktion verbunden ist und die Parteien darauf formalisiert reagieren können. Hier dürfte in der künftigen rechtspolitischen Diskussion aber durchaus zwischen innerstaatlichen Sachverhalten, bei deren Aufklärung ein „Beweisinterlokut“ nicht notwendig ist, und Auslandssachverhalten unterschieden werden. Der Auslandsbezug lässt ein „Beweisinterlokut“ in verschiedenen Fallkonstellationen als sinnvoll erscheinen, etwa auch, wenn ein Beweismittel aus dem Ausland in das innerstaatliche Verfahren transferiert werden soll.³¹

III. Anachronismus zur Entwicklung im Rechtshilferecht

1. Der Auslandszeuge im Rechtshilferecht

§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO steht aber nicht in der Kritik, weil die Regelung ein Eigenleben als Ansatz für ein strafrechtliches Beweisinterlokut entwickelt hat, sondern weil die Regelung aus rechtshilferechtlicher Sicht ein Anachronismus ist. Die Gesetzgeber überall in Europa haben die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in den letzten Jahren bedeutend vereinfacht, weil Gerichte vermehrt grenzüberschreitende Straftaten beurteilen müssen. Die Reformwelle verlief aber weder gleichmäßig noch flächendeckend. Selbst innerhalb der Europäischen Union (EU) sind verschiedene Reformbestrebungen zu verzeichnen. So wurden etwa die Vorgaben für Ladung bzw. Vernehmung eines Auslandszeugen einerseits durch Rechtsakte in der „dritten Säule“ der EU und andererseits im Rahmen der Schengen-Zusammenarbeit reformiert (s. u. III. 2.).

Obwohl die Rechtshilfe vereinfacht wurde, wird die Antwort auf die Frage, wann ein Gericht mit Hilfe von Auslandszeugen einen strafrechtlichen Sachverhalt klären muss, fast paradox, zunehmend schwieriger: weil die Erleichterung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen insbesondere im EU-Raum einfacheren Zugang zum Auslandszeugen schafft.³²

2. Der Auslandszeuge im Europäischen Rechtsraum

Innerhalb der Europäischen Union (EU) bzw. zwischen den Staaten des Schengen-Verbundes gelten seit einem Jahrzehnt erleichterte Zustellungsvorschriften für die Ladung von Auslandszeugen.³³ Zwar gilt auch in diesem Rahmen immer noch das völkerrechtliche Verbot der Androhung von Zwangs- und Beugemaßnahmen im Ausland.³⁴ Das heißt, Auslandszeugen können nicht mit demselben Machtinstrumentarium wie Inlandszeugen vor ein Gericht zitiert werden. Der

³¹ Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2006, S. 431.

³² Dazu: Eisenberg, a.a.O., Rn. 229 ff., 1055 a., 1059 a. E., 1209 (zum „Auslandszeugen“), sowie Rn. 86 b (zur kommissarischen Vernehmung im EU-Ausland).

³³ Art. 52 Abs. 1 SDÜ; dazu: Eisenberg, a.a.O., Rn. 229 a.; Schomburg/Gleß, in: S/L/G/H, IRS, Hauptteil IV, Art. 52 ff.

³⁴ Schomburg/Gleß, in: S/L/G/H, IRS, Hauptteil IV, Art. 52 Rn. 3.

Weg für Auslandszeugen könnte aber insbesondere durch die Zusicherung der Erstattung von Reisekosten und des freien Geleits geebnet werden.³⁵

Darüber hinaus – und in Bezug auf § 244 Abs. 5 S. 2 StPO von besonderem Interesse – sieht das von den EU-Mitgliedstaaten im Mai 2000 angenommene Rechtshilfeübereinkommen (EU-RhÜbk)³⁶ die Möglichkeit einer Video-Fernvernehmung³⁷ vor: Danach können Zeugen innerhalb der EU künftig in ihrem Heimatstaat per Videokonferenz in einer Strafverhandlung in einem anderen Mitgliedstaat vernommen werden.³⁸ Vorgeladen wird der Zeuge zwar von den Justizbehörden des ersuchten Mitgliedstaats nach dessen nationalem Recht. Die Vernehmung jedoch führt unmittelbar das zuständige Organ des ersuchenden Mitgliedstaats, wiederum nach den eigenen Rechtsvorschriften, durch.³⁹ Der Vertreter der Justizbehörde des ersuchten Mitgliedstaats ist lediglich anwesend, stellt die Identität der zu vernehmenden Person fest und achtet nur auf die Einhaltung der Grundprinzipien der Rechtsordnung seines Staates. Bemerkenswerterweise hat der so vernommene Auslandszeuge ein Wahlrecht: Er kann sich sowohl auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen, das ihm nach dem Recht des ersuchten Mitgliedstaats zusteht, als auch auf ein Aussageverweigerungsrecht, das ihm nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaats zusteht. Ist seine videovermittelte Aussage falsch, so droht ihm Bestrafung nach der Strafdrohung für eine Falschaussage, die am Aussageort (Heimatland) gilt.⁴⁰

3. Rechtfertigung der Regelung § 244 Abs. 5 S. 2 StPO

Es stellt sich damit die Frage, ob bzw. wie § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO heute noch zu rechtfertigen ist. Die Durchbrechung des Beweisantizipationsverbots in § 244 Abs. 5 S. 2 StPO war von Anfang an heftig umstritten:⁴¹ Bereits zur Zeit der Reform, also zu Beginn der 90er Jahre, sahen viele die Neuregelung als Widerspruch zur fortschreitenden Entwicklung eines international, insbesondere europäisch, stärker vernetzten Rechtsraumes.⁴² Tatsächlich ist heute die Ladung ausländi-

³⁵ Eisenberg, a.a.O., Rn. 229 b.

³⁶ Übereinkommen vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. Nr. C 197 vom 12. Juli 2000, 1.

³⁷ Art. 10 EU-RhÜbk; dazu: Gleß, in: S/L/G/H, IRS, Hauptteil III B 1, Art. 10 Rn. 1 ff.

³⁸ Art. 10 Abs. 1 EU-RhÜbk: „Befindet sich eine Person im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und soll diese Person als Zeuge oder Sachverständiger von den Justizbehörden eines anderen Mitgliedstaats vernommen werden, so kann Letzterer, sofern ein persönliches Erscheinen der zu vernehmenden Person in seinem Hoheitsgebiet nicht zweckmäßig oder möglich ist, darum ersuchen, dass die Vernehmung per Videokonferenz nach Maßgabe der Absätze 2 bis 8 erfolgt.“

Art. 10 Abs. 2 Satz 1 EU-RhÜbk: „Der ersuchte Mitgliedstaat bewilligt die Vernehmung per Videokonferenz, wenn der Rückgriff auf Videokonferenzen den Grundprinzipien seiner Rechtsordnung nicht zuwiderläuft und er über die technischen Vorrichtungen für eine derartige Vernehmung verfügt.“

³⁹ Art. 10 Abs. 4, Abs. 5 lit. c EU-RhÜbk.

⁴⁰ Vgl. Art. 10 Abs. 8 EU-RhÜbk.

⁴¹ Zu dieser Durchbrechung des Beweisantizipationsverbots etwa: BGH NJW 2002, 653, 654 m. Anm. Julius.

⁴² Werle, JZ 1993, 789, 793; Asbrock, ZRP 1992, 11, 13.

scher EU-Zeugen – jedenfalls theoretisch – nicht mehr viel umständlicher als die Ladung inländischer Zeugen, worauf etwa auch *Ulrich Eisenberg* hinweist (s. o. III. 1.).

Gleichwohl besteht § 244 Abs. 5 S. 2 StPO unverändert fort. Es gilt also weiterhin, dass bei der Ladung eines Zeugen im Ausland (also auch in einem anderen EU-Mitgliedstaat) noch vor der Prüfung der Erreichbarkeit festzustellen ist, ob die richterliche Aufklärungspflicht seine Vernehmung gebietet.⁴³ Die Vernehmung eines im Ausland lebenden Zeugen kann mit der (beweisantizipierten) Begründung abgelehnt werden, dass auch eine Beweiserhebung im Ausland die bestehenden Sachverhaltsannahmen aufgrund der überragenden Bedeutung der bisherigen gegenteiligen Beweisergebnisse und/oder aufgrund von den Beweiswert (der erwarteten Zeugenaussage) mindernden Umständen nicht mehr ändern könne.⁴⁴

Rechtfertigen ließe sich die Regelung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO nur dann, wenn man über die rechtlichen Vorgaben hinaus das Funktionieren der (grenzüberschreitenden) Vernehmung von Auslandszeugen in der Praxis berücksichtigen würde. Dazu liegen bisher keine offiziellen statistischen Daten vor. Vieles spricht jedoch dafür, dass beträchtliche Defizite in der praktischen Umsetzung der fortschrittlichen rechtshilferechtlichen Regelungen bestehen, mit der Konsequenz, dass die Ladung von Auslandszeugen auch heute – wie vor 1993 und dem RpflegerEntlG (s. o. II. 3.) – zu Verfahrensverzögerungen führt, weil die Ladung bzw. Vernehmung von Auslandszeugen umständliche und langwierige Prozeduren notwendig macht. Da aber ein verlässlicher empirischer Befund fehlt, stehen die gesetzlichen Vorgaben für sich und verdienen Beachtung.

IV. Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO

Angesichts der Entwicklung im Rechtshilferecht ist eine unveränderte, uneingeschränkte Geltung von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO – etwa in Bezug auf EU-Auslandszeugen – nicht mehr zu rechtfertigen. Die generelle Durchbrechung des Beweisantizipationsverbots muss angesichts der Entwicklungen im Rechtshilferecht eingeschränkt werden. Fraglich ist, ob es dafür einer Gesetzesänderung bedarf oder ob auch eine einschränkende Auslegung von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO möglich und ausreichend wäre.

⁴³ Vgl. BGHSt 40, 60 ff.; *Duttge*, NSStZ 2000, 159; *Rose*, a.a.O., S. 516 ff. m. w. N.; Kritisch zu dieser Vorschrift (insbesondere angesichts der Internationalisierung sowohl der Straftatenbegehung als auch deren Bekämpfung): *Eisenberg*, a.a.O., Rn. 267, in Fn. 56 m. w. N.; *Kintzi*, StV 1997, 4; vgl. a. Stellungnahme von 91 Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern, ZRP 1991, 309.

⁴⁴ BGHSt 40, 60 = NSStZ 94, 448 mit Anm. *Kintzi* = JZ 95, 209 mit Anm. *Perron*; vgl. a. BGH NSStZ 97, 286; *Herdegen*, NSStZ 98, 444 f.

1. Gesetzgeberische Vorgaben und Reformüberlegungen

Der Gesetzgeber hat sich zwar zur Bedeutung neuer Rechtshilferegelungen für die Anwendung und Auslegung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO nicht geäußert. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO gilt nach seinem Wortlaut uneingeschränkt auch angesichts neuer Möglichkeiten der Rechtshilfe. Jedoch sahen und sehen nicht nur Gesetzgebung und Exekutive, sondern auch die Rechtsprechung einen bedeutenden Spielraum für die Gerichte bei der Anwendung von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO, der dazu genutzt werden muss, die Durchbrechung des Beweisantizipationsverbotes möglichst geringzuhalten.

Zum Ersten müssen die Gerichte in jedem Einzelfall prüfen, ob bzw. welche praktischen Probleme die Ladung eines Zeugen tatsächlich aufwerfen würde.⁴⁵ Diese Pflicht betont die höchstrichterliche Rechtsprechung immer wieder.⁴⁶ Die oberen Gerichte stellen ferner hohe Anforderungen an die mit § 244 Abs. 5 StPO verbundenen Prüfungs- und Begründungspflichten. Ein Ablehnungsbeschluss gegenüber einem Beweisantrag darf nicht nur den Gesetzestext wiederholen, sondern muss sich mit der konkreten Bedeutung der (von der Verteidigung erwarteten) Zeugenaussage auseinandersetzen.⁴⁷ Ferner ist heute bei Beweisanträgen auf Vernehmung eines Zeugen aus dem EU- oder Schengen-Ausland auch zu prüfen, ob eine Ladung zu einer grenzüberschreitenden Fernvernehmung im Ausland möglich ist.⁴⁸ Diese Rechtslage sollte der Gesetzgeber durch eine neue Regelung klarstellen und EU- sowie Schengen-Auslandszeugen ausdrücklich von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ausnehmen.

2. Teleologische Reduktion des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO

Solange eine gesetzgeberische Lösung zur Einschränkung des Geltungsbereichs von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO noch nicht greift, könnte eine generelle teleologische Reduktion der Norm für Beweisanträge auf Ladung von Auslandszeugen aus der Europäischen Union bzw. aus dem Schengen-Raum Abhilfe schaffen. Auch in Bezug auf Beweismittel, die im Ausland belegen sind, gebietet die richterliche Aufklärungspflicht grundsätzlich, dass das erkennende Gericht alle zur Sachverhaltsaufklärung dienlichen Beweismittel nutzt. Der Amtsermittlungsgrundsatz verpflichtet das Gericht deshalb regelmäßig, Zeugen auch jenseits der Staatsgrenzen zu laden.⁴⁹ Durch einen Beweisantrag bzw. einen Beweisermittlungsantrag auf Ladung eines Auslandszeugen wird diese gerichtliche Aufklärungspflicht intensiviert,⁵⁰ damit die gerichtliche Hypothesenbildung über den in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, so weit er Auslandsbezug aufweist, auch allen-

⁴⁵ Zur Diskussion im Rechtsausschuss: *Siegismund/Wickern*, wistra 93, 86.

⁴⁶ Dazu etwa: BGH NJW 2002, 563, 564 m. w. N.

⁴⁷ Vgl. zu den ebenfalls hohen Anforderungen an Prüfung und Ablehnung eines Beweisermittlungsantrages BGH NStZ 2008, 109.

⁴⁸ Vgl. dazu: Bundesregierung BT-Drs. 12/1217, 67 sowie BGH NJW 1999, 3788 m. Anm. *Duttge*, in NStZ 2000, 158; BGH NJW 2002, 563, 564 m. Anm. *Julius*.

⁴⁹ Vgl. dazu *Schomburg/Hackner* in S/L/G/H, Hauptteil I, vor § 68, Rn. 48 ff.

⁵⁰ Vgl. BGH NStZ 1982, 79; *Duttge*, NStZ 2000, 158.

falls durch im Ausland belegte Beweismittel erschüttert bzw. korrigiert werden kann.

Eine teleologische Reduktion von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO bringt Amtsermittlungspflicht, Vorgaben zur Beweiswürdigung und Beweisantragsrecht wieder ins Gleichgewicht, weil die vom Gesetzgeber als Ausnahmefallregelung intendierte Durchbrechung des Beweisantizipationsverbots auch nur in den anvisierten Ausnahmefällen greift. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO wäre danach bei Ladungen von Zeugen innerhalb der EU bzw. des Schengen-Raumes regelmäßig unanwendbar, weil (und soweit) die Ladung dieser Zeugen rechtshilferechtlich und tatsächlich möglich und deren Vernehmung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

V. Fazit

Die Amtsaufklärungspflicht, das Beweisantragsrecht und die Anforderungen an die Beweiswürdigung⁵¹ sollen garantieren, dass das Gericht die „materielle Wahrheit“ ermitteln und diese dem Urteil zugrunde legen kann. Voraussetzung dafür ist, dass das Gericht die Vergangenheit in einem offenen, aber formalisierten Prozess rekonstruiert. Das bedeutet unter anderem, dass die – zunächst aufgrund von Ermittlungsakten und Anklageschrift zurechtgelegte – Ersthypothese des Gerichts nach dem Prinzip der Waffengleichheit effektiv durch Beweisanträge (insbesondere der Verteidigung) erschüttert werden kann, bevor das Gericht in freier Beweiswürdigung einen gültigen Sachverhalt feststellt. In den Fällen, in denen ein Zeuge aus dem Ausland einen in der Ersthypothese zugrunde gelegten Sachverhalt erschüttern soll, scheint nach der heute geltenden Strafprozessordnung das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Elementen der Wahrheitsermittlung gestört. Denn das Gericht kann einen auf Vernehmung des Auslandszeugen gerichteten Beweisantrag unter Durchbrechung des Verbots der Beweisantizipation ablehnen, ohne neue rechtshilferechtliche Möglichkeiten zu berücksichtigen. Nimmt man aber den allseits geäußerten Wunsch ernst, Kriminalität auch grenzüberschreitend zu bekämpfen, so muss man fordern, dass sich nicht nur die Strafverfolgungsbehörden, sondern auch die Gerichte neuer Wege und neuer Technologien bedienen, um grenzenlos eine förmliche Rechtspflege zu gewährleisten, die in der Tradition der Amtsaufklärungspflicht die be- und entlastenden Momente einer mutmaßlichen Straftat umfassend erforscht, um dem zentralen Anliegen und beherrschenden Prinzip des deutschen Strafprozesses, der Ermittlung des wahren Sachverhalts, gerecht zu werden. Dazu gehört auch eine den rechtshilferechtlichen Umständen angepasste Verpflichtung, Auslandszeugen zu laden und zu hören.

Das Jubiläum *Ulrich Eisenbergs* ist ein würdiger Anlass, auch sein rechtspolitisches Anliegen aufzunehmen und eine Rechtsänderung einzufordern: Eine Reform (bzw. übergangsweise eine teleologische Reduktion) von § 244 Abs. 5 S. 2

⁵¹ Eisenberg, a.a.O., Rn. 2 ff.

StPO ist in dem Umfang geboten,⁵² in dem – wie heute innerhalb der EU bzw. des Schengen-Raumes – der Zugriff auf Auslandszeugen regelmäßig

- rechtshilferechtlich und tatsächlich möglich ist,
- wesentliche Verfahrensgarantien beachtet werden und
- eine solche Vernehmung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.⁵³

Denn in diesem Umfang ist die Durchbrechung des Verbots der Beweisantizipation durch § 244 Abs. 5 S. 2 StPO nicht gerechtfertigt.

⁵² *Gleß*, JR 2002, 97 f.; *Gleß*, in S/L/G/H, Art. 11 EU-RhÜbk, Rn. 25; a. A. *KK-Diemer*, § 247 a Rn. 8.

⁵³ Zu diesen Kriterien in Zusammenhang mit der (grenzüberschreitenden) Videovernehmung: BGH NJW 1999, 3788 = StV 1999, 580 = NStZ 2000, 157 m. Anm. *Duttge* = JZ 2000, 471 m. Anm. *Vassilaki* = JR 2000, 71 m. Anm. *Rose* = NJ 2000, 100 m. Anm. *Artkämper*; bestätigt in BGH StV 2000, 345 f. = NStZ 2000, 385 f. = JZ 2001, 49 f. m. Anm. *Simm.*; vgl. a.: *Geppert*, JK 00, StPO § 247 a/1 (JURA 2000/3); *Schlothauer*, StV 2000, 180.