

Zeitschrift: StV - Strafverteidiger

Autor: Axel Nagler

Rubrik: Aufsätze

Referenz: StV 2013, 324 - 330 (Heft 5)

Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse

*Rechtsanwalt und Notar Axel Nagler, Essen*¹

A. Einleitung

Sowohl die Globalisierung als auch die Internationalisierung des »Krieges gegen den Terror«, aber auch die Implementierung einer internationalen Strafjustiz und der Ausbau der justiziellen Zusammenarbeit in Europa sind einige der wesentlichen Ursachen dafür, dass vor den Gerichten der Bundesrepublik Deutschland immer häufiger und immer intensiver Sachverhalte verhandelt werden, die sich ganz, überwiegend, zumindest aber teilweise im Ausland abgespielt haben (sollen). Regelmäßig sind diese Sachverhalte nur aufzuklären mit Hilfe von im Ausland gewonnenen Ermittlungsergebnissen, seien es Vernehmungen von Zeugen, Erkenntnissen aus ausländischen verdeckten Ermittlungsmethoden, Dokumenten, Gutachten ausländischer Sachverständiger oder deutscher Sachverständiger über ausländische Sachverhalte u.v.a.m. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit einigen der Probleme, die in derartigen Verfahren regelmäßig auftreten; wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit können nur grundsätzliche Fragen der Verwertbarkeit von im Ausland gewonnenen Beweisen, Fragen der (Un-)Verwertbarkeit von Aussagen im Ausland vernommener Zeugen gem. § 136a StPO sowie Fragen des Beweisantragsrechts im Hinblick auf Zeugen erörtert werden, die ihren Wohnsitz im Ausland haben. Die Aktualität der Probleme und ihre tägliche praktische Relevanz zwingen aber dazu, sich mit der Thematik fortlaufend weiter- und tiefergehend auseinanderzusetzen.

B. Beispielhafte Fälle

Zu Beginn seien beispielhaft ein paar Strafverfahren willkürlich herausgegriffen, die in den letzten Jahren in der Bundesrepublik Deutschland geführt wurden oder noch werden und in denen die genannten Verfahrensprobleme eine entscheidende Rolle spielten oder spielen:

I. In den Jahren 2006 und 2007 wurde vor dem *OLG Düsseldorf* unter anderem gegen einen arabischstämmigen Mann verhandelt, dem Mitgliedschaft in Al Qaida vorgeworfen wurde.² Die Erkenntnisse dazu stammten aus einer Wohnraumüberwachung, mit der Erzählungen des Angeklagten aufgezeichnet worden waren, in denen er Freunden und Glaubensbrüdern berichtet hatte, er sei zu früherer Zeit in einem Ausbildungslager von Al Qaida zum Mujahid ausgebildet worden und habe sich im Oktober/November 2001 in Afghanistan und Pakistan aufgehalten, wo er mit *Bin Laden* unter anderem in Tora Bora gekämpft habe. Dass dieser Angeklagte auch von Engeln berichtete, die vom Himmel herunter gestiegen und in die Kämpfe eingegriffen hätten, dass er mit *Bin Laden* im Bombenhagel der US-Luftwaffe gegrillt und gelacht habe und von Spinnen erzählte, die so groß seien wie Schafe und die von den Mujahedin in die amerikanischen Panzer geworfen würden, wo sie die USamerikanischen Soldaten auffräßen, irritierte das *Gericht* bei der Beurteilung dieser Erzählungen als wahr ebenso wenig wie die Tatsache, dass das psychiatrisch/psychologische Gutachten dem Angeklagten erhebliche Persönlichkeitsdefizite, insbesondere ein gesteigertes Geltungsbedürfnis attestierte, das ihn dazu treibe, sich selbst als bedeutender darzustellen, als er sei und dass die Gutachter das *Gericht* darauf hinwiesen, dass alles, was dieser Angeklagte seinen Freunden in seiner Wohnung oder sonst wo erzählt hatte, mit ganz besonderer Sorgfalt auf den Wahrheitsgehalt überprüft werden müsse. Beweisanträge der Verteidigung, die dahin gingen, mit Hilfe zahlreicher Zeugen zu beweisen, dass der Angeklagte sich im September bis November 2001 - und darüber hinaus bis April 2002 - keineswegs in Afghanistan, Pakistan oder sonst wo zusammen kämpfend mit *Bin Laden* aufgehalten habe, sondern vielmehr in seinem Heimatort in Syrien war und dort versucht hatte, seine Jugendliebe für sich zurückzugewinnen und die Familie besucht hatte, wurden vom *Gericht* unter Zuhilfenahme der Beweisantizipation zurückgewiesen, da der Angeklagte selbst in der Wohnraumüberwachung von seinem

Aufenthalt in Afghanistan/Pakistan berichtet habe und im Übrigen die benannten Zeugen allesamt Verwandte seien (was nicht bei allen Zeugen zutrif), denen man entsprechende Angaben ohnehin nicht glauben werde. Da der Angeklagte auch davon berichtet hatte, er habe *Ramzi Binalshibh* so einfach mal zum Spaß öfter die Bastonade verabreicht und sei im Übrigen auch mit *Abu Zubaida* zusammengetroffen, wurden diese beiden hochrangigen Al Qaida-Mitglieder, die sich zum fraglichen Zeitpunkt in Guantanamo aufhielten und wohl noch immer aufhalten, gegenbeweislich benannt. Auch diese Beweisanträge wurden vom *Gericht* abgelehnt mit der Begründung, man werde solchen Zeugen, die wie der Angeklagte Mitglie-

1

Überarbeitete Fassung des Vortrages, den *Verf.* am 14.09.2012 auf dem 5. EU-Strafrechtstag in Bonn gehalten hat.

2

2 BJs 57/04-8 GBA; das Verfahren ist nach einer Revisionsentscheidung BGHSt 54, 12 = StV 2009, 675, einer Entscheidung des *BVerfG* (BVerfGE 130, 1 = StV 2012, 641) und einer erneuten Entscheidung des 3. *Strafsenats* des *BGH* v. 12.04.2012, 3 StR 552/08 = JurionRS 2012, 14562 noch nicht abgeschlossen.

Nagler: Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse - StV 2013 Heft 5 - 325 >>

der bei Al Qaida seien und deswegen ein großes Interesse daran hätten, ihren Kampfgenossen und Glaubensbrüder vor einer Verurteilung zu bewahren, ohnehin keinen Glauben schenken. Dieses Beispiel ermöglicht einen Blick auf die Problematik von Beweisanträgen mit der Benennung von Zeugen, die ihren Wohnsitz oder Aufenthalt im Ausland haben.

II. Ein anderer Fall wird derzeit vor dem *OLG Stuttgart* verhandelt:³ Die beiden Angeklagten sind wegen ihrer Vorgesetztenverantwortlichkeit im Sinne von § 4 VStGB für einer Miliz im Osten der Demokratischen Republik Kongo vorgeworfene Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagt. Die Bundesanwaltschaft hat eine ganze Reihe von Zeugen aufgeboten, die von ihr selbst in Afrika vernommen worden sind. Abgesehen von der Frage der Verwertbarkeit dieser Aussagen ist die Verteidigung gehalten, ihrerseits Zeugen aus dem fraglichen Krisengebiet zu benennen. Darüber hinaus spielt - ganz nebenbei und neben vielfältigen anderen Fragen - die Frage der Verwertbarkeit von Telefonüberwachungsmaßnahmen eine Rolle, die von UN-Sonderermittlern durchgeführt worden sind.

III. In einem Fall, der derzeit vor dem *OLG Düsseldorf* verhandelt wird,⁴ geht es um den Vorwurf der Mitgliedschaft in einer als islamistische Terrororganisation eingestuften Gruppe. Sie soll ihren Sitz in Waziristan haben, wohin der Angeklagte gereist, wo er eine Ausbildung in einem Terrorcamp genossen und wo er auch an Kampfhandlungen teilgenommen und dabei schwer verletzt worden sein soll. Unter anderem die genauen Umstände der verschiedenen Auslandsaufenthalte und deren Zwecke und Ziele des Angeklagten sind nur durch Zeugen aufzuklären, die im Ausland ihren Wohnsitz oder Aufenthalt haben. Auch hier wird die Problematik des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO eine bedeutende Rolle spielen. Darüber hinaus soll in diesem Verfahren die Aussage eines Mannes eingeführt werden, der wegen eines Anschlages auf den usbekischen Präsidenten *Karimov* zu elf Jahren Haft verurteilt wurde, sich zur Zeit der Befragung in usbekischer Strafhaft befand und dort verstorben ist. Da allgemein bekannt ist, dass in usbekischen Gefängnissen insbesondere politische Oppositionelle, aber auch andere Gefangene regelmäßig und systematisch gefoltert werden, steht die Frage der Verwertbarkeit der Aussagen dieses Zeugen ebenfalls auf der Tagesordnung.

IV. Im letzten Beispielsfall geht es um einen Menschen, der unbekanntes Aufenthaltes ist, aber beschuldigt wird, aus Marokko über Spanien etwa 4,5t Haschisch nach Deutschland eingeführt zu haben. Die Frage der Verwertbarkeit spanischer und italienischer Telefonüberwachungsmaßnahmen steht hier ebenso im Vordergrund wie die Frage der Einführung von Zeugenaussagen aus dem Ausland, auch durch die Verteidigung.

V. Die Reihe der Beispiele ließe sich ohne besondere Schwierigkeiten noch wesentlich verlängern, ohne dass dabei der vor dem *Hamburger LG* noch andauernde Prozess gegen mutmaßliche somalische Piraten besonders hervorgehoben werden müsste.

C. Grundsätzliches zur Verwertbarkeit von im Ausland gewonnenen Erkenntnissen

Bei im Ausland gewonnenen Beweisen sind für den Bereich des Schengener Abkommens zunächst die Zustimmungserfordernisse nach Art. 39 Abs. 2, 50 Abs. 3 SDÜ zu beachten, insbesondere dann, wenn derartige Daten im Wege des inzwischen weit verbreiteten polizeilichen Nachrichtenaustausches zu den Akten gelangt sind. Davon abgesehen sind im Wege der Rechtshilfe im Ausland zulässigerweise gewonnene Erkenntnisse, wenn nicht gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung verstoßen wurde, regelmäßig wie im Inland erlangte Beweise verwertbar.⁵ Die Beweisgewinnung richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des ersuchten Staates (*locus regit actum* - anders aber jetzt Art. 4 EU-RhÜbk - *forum regit actum*)⁶.

Die Prüfung der Verwertbarkeit hat daher zwei Schritte:

Sind die Beweise in einer nach dem Recht des ersuchten Staates zulässigen Weise erhoben worden? - Das erfordert Kenntnisse im ausländischen Recht oder verlässliche Auskünfte eines Rechtskundigen aus dem jeweiligen Land.

Verstoßen die Regeln und das Verfahrens des ersuchten Staates gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung?

Dazu gilt nach einer jüngeren Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH:⁷ Wenn die Verfahrensregelungen des ersuchten Staates von deutschen Vorschriften abweichen, berührt das die Verwertbarkeit grundsätzlich auch dann nicht, wenn prozessuale Rechte der Verfahrensbeteiligten betroffen sind. Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens oder andere durch die EMRK garantierte Rechte soll nicht zur Unverwertbarkeit führen, wenn der Verstoß nicht in den Einflussbereich der deutschen Strafverfolgungsbehörden fällt und diese keine kompensierenden Maßnahmen wie z.B. Videovernehmung ergreifen können. Nach der Entscheidung folgt selbst aus der EMRK keine allgemeine Zurechnung des Verfahrensgangs im Ausland, da die Regelungen der EMRK kein einheitliches Verfahrensrecht der Vertragsstaaten unabhängig von den nationalen Verfahrensrechten schaffen. Der 2. Senat beruft sich für seine Auffassung auf Entscheidungen des EGMR und der EMRK aus 1998 und 1999 sowie eine Stimme in der Literatur, wonach eine Beschwerde gem. Art. 35 Abs. 3 EMRK für unzulässig zu erklären ist, wenn die gerügte Handlung oder Unterlassung dem beklagten Staat nicht zuzurechnen ist.⁸ Eine jüngst ergangene Entscheidung des EGMR⁹ spricht allerdings eine ganz andere Sprache: Ein in Belgien Inhaftierter wurde auf Rechtshilfeersuchen Frankreichs in Belgien nach den Regeln belgischen Rechts vernommen, wobei ihm der Beistand eines Verteidigers verweigert wurde. Der EGMR verurteilte Frankreich wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. c EMRK. Frankreich habe für den Verstoß gegen

3
5-3 StE 6/10 GBA.

4
III-5 StS 3/11 GBA.

5
Schomburg/Hackner, in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, Vorb. § 68 IRG Rn. 11.

6
Schomburg/Hackner (Fn. 5); *Gleiß/Eylmann* StV 2008, 318, jew. m.w.N.

7
BGHSt 55, 70 = StV 2010, 342 m. krit. Anm. *Sommer* StraFo 2010, 284 f.

8
EGMR, Entsch. v. 15.06.1999, Nr. 18360/91; EKMR, Entsch. v. 14.04.1998, Nr. 20652/92; *Grabenwarter*, EMRK, 3. Aufl. 2008, § 13 Rn. 42 m.w.N. So, wie die Entscheidungen vom BGH zitiert sind, sind sie in den Sammlungen des EGMR und der EKMR nicht auffindbar. Insbesondere gibt es zu der angegebenen Entscheidungsnummer des EGMR Entscheidungen, die mit der hier aufgeworfenen Rechtsfrage nichts zu tun

haben; eine Entscheidung des *EGMR* v. 15.06.199 gibt es nicht, ebenso wenig eine solche der *EKMR* v. 14.04.1998 zum Thema.

9

EGMR, Stojkovic./. Frankreich u. Belgien, Urt. v. 27.10.2011, Nr. 25303/08.

Nagler: Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse - StV 2013 Heft 5 - 326 << >>

das Recht auf ein faires Verfahren und das Recht auf Verteidigerbeistand einzustehen, weil Frankreich, wengleich für die Vernehmung selbst nicht zuständig, für das belgische Verfahrensrecht auf die Fairness des Verfahrens hätte achten müssen. Zur Begründung verweist der *EGMR* auf Art. 1 EMRK, wonach die Mitgliedstaaten für die Wahrung der Rechte der Personen, die ihrer Hoheitsgewalt unterstehen, zuständig sind. Die französischen Behörden wären damit gehalten gewesen, dafür zu sorgen, dass das bei ihnen geführte Verfahren insgesamt fair war und hatten sich zu vergewissern, dass in Belgien vorgenommene Handlungen nicht die Verteidigungsrechte verletzen. Der *EGMR* kehrt damit von seiner früheren Auffassung ab und sieht jedenfalls in Fällen, in denen der ersuchte Staat ebenfalls an die EMRK gebunden ist, auch den ersuchenden Staat für Konventionsverletzungen im ersuchten Staat für verantwortlich an.¹⁰ Damit dürfte der Rechtsprechung des *BGH* jedenfalls insoweit der Boden entzogen sein, wie beide Staaten, der ersuchende und der ersuchte, zur Beachtung der Garantien der EMRK verpflichtet sind.

Gilt die EMRK im ersuchten Staat nicht, dürfte eine Verantwortlichkeit der deutschen Stellen jedenfalls aus dem Gesichtspunkt folgen, dass die Beweise auf fragwürdige und konventionswidrige Art auf Ersuchen der deutschen Strafverfolgungsbehörden erhoben wurden und von ihnen in Kenntnis dieser Umstände entgegengenommen werden - weshalb dann keine Zurechnung erfolgen soll, bleibt das Geheimnis des 2. *Strafsenats*. Es ist kaum vorstellbar, dass eine Zurechnung an die deutschen Behörden nicht erfolgen soll, wenn sie um Vernehmung eines in Guantanamo Einsitzenden ersuchen in der Kenntnis, dass dort Waterboarding zu den gängigen Vernehmungsmethoden gehört. Gegenüber deutschem Rechtsverständnis defizitäre Unterschiede im Verfahrensrecht sollen nach dieser abzulehnenden Rechtsprechung nur im Rahmen einer dann mit besonders hohen Anforderungen versehenen Beweismündigung Berücksichtigung finden.¹¹ Verwertungsverbote greifen nach dem zu engen Verständnis der h.M., erst dann ein, wenn gegen besonders elementare rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen wird, etwa wenn:

die Beweise durch Folter erhoben werden,¹²

keine Belehrung über Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte erfolgt ist und die betroffene Person später der Vernehmung widerspricht¹³ (letzteres eine besonders praxisnahe Anforderung, wenn die vernommene Person sich in ausländischem Gewahrsam befindet und dazu später nicht befragt werden kann) oder

die Ermittlungshandlung zur Umgehung eines innerstaatlichen Beweiserhebungsverbotes im Ausland durchgeführt wird.¹⁴

Die Rechtsprechung ist kasuistisch geprägt; die Aufstellung allgemeingültiger Regeln über Beweisverbote ist angesichts der international arbeitsteiligen Strafverfolgung und der Verschiedenartigkeit der Erhebungs- und Verwertbarkeitssystematik der Staaten äußerst schwierig,¹⁵ jedenfalls noch nicht geleistet - auch im Inland ist eine konsistente, systematische Beweisverbotslehre noch lange nicht zustande gebracht.¹⁶ Defizite bei der Beweisgewinnung müssen dann jedenfalls weiter als bisher bei der Beweismündigung berücksichtigt werden. Das gilt etwa dann, wenn der ersuchte Staat die Unterstützung verweigert oder Beweismittel lediglich selektiv bereitstellt (s. aber OLG Hamburg NJW 2006, 2326 für die Verlesbarkeit nach § 251 I Nr. 2 StPO einer an Stelle eines Vernehmungsprotokolls übersandten Zusammenfassung von Aussagen eines an einem unbekanntem Ort gefangen gehaltenen Terrorverdächtigen). Nach *BGH* NStZ 2004, 1259 ist eine besonders vorsichtige Beweismündigung und u.U. die Anwendung des Zweifelssatzes geboten, wenn ein potentiell entlastendes Beweismittel, dessen Einführung die Aufklärungspflicht gebietet, aufgrund Weigerung des ersuchten Staates nicht in das Verfahren eingeführt werden kann. Die Verkürzung der Beweisgrundlage auszugleichen gebiete der Grundsatz des fairen Verfahrens und die Beschränkung der Verteidigungsrechte. Verwertungsverbote entstehen aber regelmäßig durch die Missachtung der Souveränität fremder Staaten, also wenn hoheitliche Maßnahmen irgendwelcher Art auf dem Territorium anderer Staaten ohne deren

Zustimmung durchgeführt werden.¹⁷ Dazu gehört auch die unmittelbare Kontaktaufnahme mit im Ausland lebenden Personen, seien sie deutsche Staatsangehörige oder nicht (Ausnahmen: völkerrechtliche Übereinkunft, etwa grenzüberschreitende Observation oder Nacheile nach Art. 40 , 41 SDÜ), Gestattung im Einzelfall oder verlässliche Übung,¹⁸ mit Einschränkungen die telefonische Kontaktaufnahme des Gerichts mit dem Zeugen zur Klärung der Frage, ob er Sachdienliches beitragen kann;¹⁹ solches geht rechtshilferechtlich unbedenklich über den Verbindungsbeamten des BKA,²⁰ aber ob das inhaltlich besser ist, ist zumindest fraglich. Zu einem Verwertungsverbot führt auch die Missachtung bestehender Spezialitätsvorbehalte (vgl. § 72 IRG).²¹ Umstritten ist trotz der Entscheidung des *BVerfG* die Verwertbarkeit von Privaten im Ausland durch strafbare Handlungen erlangter und anschließend von deutschen Behörden angekaufter Beweismittel.²² Auch gravierende Verstöße gegen das Völkerrecht werden von der Rechtsprechung mit Blick auf das »Interesse an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege« oftmals erstaunlich gering sanktioniert - so in Fällen von völkerrechtswidriger Entführung, Lockung oder Umgehung einer Auslieferung durch Abschiebung, wo der Grundsatz gilt: »rechtswidrig festgenommen, rechtmäßig in Haft«. ²³

10

Esser, unveröff. Manuskript, zur Veröff. in *NStZ* bestimmt; so auch *Gaede* JR 2006, 292 (294).

11

Schomburg/Hackner (Fn. 5), m.w.N; st. Rspr., s. *BGHSt* 2, 300 (304); zuletzt *BGHSt* 55, 70 = *StV* 2010, 342 .

12

Ambos *StV* 2009, 151 ; *BGHSt* 55, 314 = *StV* 2011, 334 .

13

BGH *NStZ* 1996, 609 = *StV* 1997, 397 .

14

BGH *NStZ* 1988, 563 = *StV* 1988, 5 ; vgl. zum Ganzen *Schomburg/Hackner* (Fn. 5), Rn. IIc.

15

Schomburg/Hackner (Fn. 5), Rn. 11d.

16

Vgl. *Jahn*, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag, S. C 47 f. Das *BVerfG* ist diesem Zustand bisher nicht entgegengetreten und hat die Chance, sich mit der Problematik grundsätzlich zu befassen, auch in dem *Beschl. v. 07.12.2011* (*BVerfGE* 130, 1 = *JuS* 2012, 266 [*BVerfG* 07.12.2011 - 2 *BvR* 2500/09; 2 *BvR* 1857/10] m. Anm. *Jahn*) nicht genutzt.

17

Schomburg/Hackner (Fn. 5), Vorb. § 68 IRG Rn. 12 m.w.N.

18

Schomburg/Hackner (Fn. 5), Vorb. § 68 IRG Rn. 12a; Nr. 121 *RiVAST*.

19

Schomburg/Hackner (Fn. 5), Vorb. § 68 IRG, Rn. 12, 64.

20

Schomburg/Hackner (Fn. 5), Vorb. § 68 IRG, Rn. 64; vgl. auch *BGH* *StV* 2007, 227 .

21

BGHSt 34, 334 (344) = *StV* 1987, 338 ; *Schomburg/Hackner* (Fn. 5), Vorb. § 68 IRG Rn. 12.

22

Vgl. zum Streitstand etwa *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner* (Fn. 5), Vorb. § 59 Rn. 5a.

23

D. Im Ausland vernommene Zeugen

Bei Zeugen, die im Ausland vernommen wurden, ist zunächst zu unterscheiden nach dem Ort der Vernehmung, ob also die Vernehmung aus Staaten stammt, bei denen an der Einhaltung der Grund- und Menschenrechte sowie der grundsätzlichen Rechtsstaatlichkeit ihrer Verfahren vom Grundsatz her zunächst keine durchgreifenden Zweifel bestehen, oder ob es sich um Zeugenaussagen aus Staaten handelt, hinsichtlich derer ein laxer Umgang mit Menschenrechten bekannt und Berichte über Folterungen häufig sind (zum Beispiel Afghanistan, Usbekistan, Tadschikistan, Pakistan, Sudan, Syrien, USA (Guantanamo) etc.

I. Bei den ersteren erfolgt die Prüfung ihrer Glaubwürdigkeit und der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben wie bei Inlandszeugen (Aussagegenese, Interessenlage des Zeugen, mögliche Beeinflussung, Aussage- und Vernehmungspsychologie), nur dass die entsprechenden Umstände im Ausland schwieriger zu ermitteln sein dürften. Zu beachten sind allerdings die unterschiedlichen Rechtssysteme. So ist z.B. nach dem USamerikanischen Recht ein Zeuge, der sich als Angeklagter auf eine Verständigung mit der Staatsanwaltschaft eingelassen hat, später verpflichtet, zu den Sachverhalten, wegen derer er den Deal gemacht und sich geständig eingelassen hat, auch als Zeuge auszusagen; er kann jedenfalls nicht mehr frei entscheiden, ob er von einem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen will, auch, wenn ihm dadurch ggf. in Deutschland neue Verfolgung droht. Derartige Umstände müssen je nach Herkunftsland aufgeklärt werden.

II. Bei Zeugen aus Staaten, in denen der Verdacht besteht, dass Folter oder andere in § 136a StPO genannte Methoden zur Erweckung oder Aufrechterhaltung der Aussagebereitschaft wesentlich beigetragen haben, ist ein Verwertungsverbot i.S.v. § 136a StPO besonders gründlich zu prüfen. Diese Vorschrift ist in erster Linie als prozessrechtliche Ausformung des Grundrechts auf Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 1 S 2, 104 Abs. 1 S 2 GG sowie der Rechtsstaatlichkeit zu verstehen.²⁴ Sie setzt staatlich veranlasster Informationsgewinnung scharfe Grenzen und stellt elementare Grundsätze auf, die sich unabdingbar aus dem grundrechtlich geprägten Verständnis des Rechtsstaates ableiten. Es ist daher nur konsequent, dass dem Betroffenen selbst hierüber kein Verfügungsrecht eingeräumt wird (§ 136a Abs. 3 S. 1 StPO). Aus diesen Gründen hat die Vorschrift über den unmittelbaren Geltungsbereich hinaus weit reichende Bedeutung, weil sie eine der deutlichsten Ausprägungen des Grundsatzes ist, dass im Strafverfahren die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss oder darf.²⁵ Deswegen ergeben sich aus § 136a StPO Ausstrahlungswirkungen auf andere Rechtsprobleme, die die Vorschrift selbst nicht unmittelbar regelt. So gilt sie entsprechend für Private, wenn diese staatlich veranlasst Informationen sammeln.²⁶ § 136a StPO findet nicht unmittelbare Anwendung auf ausländische Strafverfolgungsorgane, die deutscher Hoheitsgewalt nicht unterstellt sind. In entsprechender Anwendung der Vorschrift sind aber Beweismittel, die durch ausländische Hoheitsorgane mithilfe verbotener Vernehmungsmethoden erlangt wurden, schon deswegen nicht verwertbar, weil die deutschen Justizorgane bei der Verwertung an die Beachtung der Grundrechte, des Gebotes der Rechtsstaatlichkeit und der UN-Antifolterkonvention sowie Art. 3, 6 EMRK gebunden sind. Darüber hinaus wird man das Verhalten ausländischer Organe der deutschen Hoheitsgewalt zurechnen müssen, wenn etwa Vernehmungen aus Drittstaaten, in denen erkennbar Erkenntnisse aus Folterungen gewonnen werden, von deutschen Organen angenommen werden. Ausschließlich eine solche Bewertung respektiert das Verbot einer entwürdigenden Behandlung von Beschuldigten und von Folterungen, das weltweit und universell gilt, und beugt wirksam einem Foltertourismus vor.²⁷ Über die Frage, ob unter Verstoß gegen die Grundsätze des § 136a StPO in rechtswidriger Weise durch Privatpersonen oder insoweit als Nicht-Hoheitsträger anzusehende Ermittler ausländischer Hoheitsträger beschaffte Beweismittel von den Justizorganen benutzt werden dürfen, besteht im Einzelnen im Rahmen der allgemeinen, umstrittenen Grundsätze über Beweisverwertungsverbote Streit. Diesem Streit braucht aber nicht stets nachgegangen zu werden, weil auch nach herrschender Meinung die Abwägung im Einzelfall zu einer Unverwertbarkeit führt, wenn Erklärungen unter besonders krassem Verstoß gegen die Menschenwürde, etwa durch Folter, gewonnen worden sind.²⁸ Vor der notwendigen Prüfung im Hinblick hierauf verschließt die Rechtsprechung allerdings nur allzu gern die Augen.²⁹

Ob ein Verfahrensverstoß nach § 136a StPO vorliegt, hat das Gericht von Amts wegen unter Nutzung aller erreichbaren Beweismittel aufzuklären.³⁰ Der Zweifelssatz soll hier nicht gelten mit der Folge, dass die

Aussage verwertbar ist, wenn der Verstoß nicht erwiesen ist.³¹ Diese im Wesentlichen ältere Auffassung, wonach bei der Feststellung unzulässiger Willensbeeinflussungen im Sinne von § 136a StPO der Grundsatz *in dubio pro reo* nicht gelten soll, überzeugt nicht. Diese Auffassung trägt der typischerweise für den Vernommenen fast aussichtslosen Beweislage nicht Rechnung.³² Zweifel am Vorliegen eines Verfahrensverstößes im Sinne von § 136a StPO müssen jedenfalls dann als unbeachtlich gelten, wenn aus Gründen, die in der Sphäre der Justiz liegen, die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Justizförmigkeit des staatlichen Verfahrens durch hinreichend verlässliche Anhaltspunkte, beispielsweise substantiierte Behauptungen des Betroffenen, ernsthaft erschüttert ist. Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen darf der Beschuldigte in dieser typischerweise für ihn fast aussichtslosen Beweis-

24

Vgl. *Peters*, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, S. 337; LR-StPO/*Gleß* 26. Aufl. 2010, § 136a Rn. 3; *Meyer-Goßner*, StPO, 55. Aufl. 2012, § 136a Rn. 1; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 625; BGHSt 14, 358 (364); 5, 332; *Nagler* StRR 2011, 328 .

25

Vgl. BVerfG NJW 84, 428 [BVerfG 19.10.1983 - 2 BvR 859/83] ; NJW 05, 2383 [BVerfG 24.05.2005 - 1 BvR 906/04] ; BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 = StV 1983, 230 .

26

LR-StPO/*Gleß* (Fn. 24), § 136a Rn. 10; *Keller* FS Grünwald 1999, S. 267; *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 136a Rn. 3; *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 630; *Nagler* StRR 2011, 328 .

27

Vgl. *Nagler* StRR 2011, 328 ; LR-StPO/*Gleß* (Fn. 24), § 136a Rn. 11, 13; KK-StPO/*Diemer*, 6. Aufl. 2008, § 136a Rn. 4; *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 136a Rn. 3 a.E.

28

Meyer-Goßner (Fn. 24), Rn. 3 m.w.N.

29

Meyer-Goßner (Fn. 24), Rn. 3.

30

Vgl. *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 706 m.w.N.; LR-StPO/*Gleß* (Fn. 24), § 136a Rn. 77.

31

BGH NSStZ 2008, 643.

32

Vgl. *Nagler* StRR 2011, 328 (329) ; *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 966; *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 708; *Peters* (Fn. 24), S. 339; LR-StPO/*Gleß* (Fn. 24), § 136a Rn. 78; ähnlich, aber zurückhaltend SK-StPO/*Rogall*, 4. Aufl. 2010, § 136a Rn. 101 a.E.

Nagler: Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse - StV 2013 Heft 5 - 328 << >>

lage nicht mit der Beweislast alleingelassen werden.³³ Wenn substantiierte Behauptungen, ggf. in Verbindung mit anderen Beweiszeichen,³⁴ begründete Zweifel an der Einhaltung des § 136a StPO erwecken, muss von einer verbotenen Beeinflussung ausgegangen werden.³⁵ Der Beweis des Verfahrensverstößes gegen die Regeln des § 136a StPO muss von Amts wegen geführt werden. Dafür gilt Freibeweis.³⁶ Dabei kann und muss das Gericht alle ihm zugängliche Erkenntnisquellen benutzen und kann insbesondere auch schriftliche und telefonische Auskünfte einholen. Das Revisionsgericht ist nicht an die Feststellungen und Bewertungen des Tatgerichts gebunden.³⁷

Nach Art. 15 UN-Anti-Folter-Übk begründet nicht nur die unmittelbare Folterung zur Herbeiführung einer Aussage (so aber die Rechtsprechung des *BGH*) ein Verwertungsverbot. Dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich keineswegs die enge Beschränkung auf direkt durch Folter herbeigeführte Aussagen entnehmen.

Vielmehr ist die Vorschrift, dem Sinn des Übereinkommens entsprechend, so auszulegen, dass jegliche - auch mittelbar - durch Folter herbeigeführte Aussage unverwertbar ist. Das Verwertungsverbot aus Art. 15 UN-Anti-Folter-Übk weist Fernwirkung auf. So schließt ein Verstoß gegen das Folterverbot auch Rechtshilfe aus.³⁸ Die im Verhältnis zum restriktiven Verständnis von Verwertungsverboten aus § 136a StPO unerwarteten Überlegungen des 3. *Strafsenats* des BGH³⁹ zu einer möglichen Belehrungspflicht des Beistand leistenden Konsularbeamten dahingehend, dass seine Wahrnehmungen ggf. später in einem Strafverfahren gegen den Hilfesuchenden verwertet werden können, sollten in entsprechenden Verfahren künftig beachtet werden. Die Belehrung von in fremden Staaten konsularischen Beistand Suchenden ist aus guten Gründen qualifiziert zu erweitern dahingehend, dass dem Inhaftierten auch erläutert wird, dass Angaben, die unter Zwang, Drohung oder Folterungen gemacht worden sind oder werden, unverwertbar sind.⁴⁰

E. Anträge auf Vernehmung von Auslandszeugen

I. Bevor ein Antrag auf Vernehmung eines Zeugen, der seinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Ausland hat, gestellt werden kann, sind derartige Zeugen zunächst einmal zu ermitteln. Dies erfordert oft erhebliche Anstrengungen und aufwändige Reisetätigkeit, die jedenfalls für den Pflichtverteidiger unbezahlt ist und hinsichtlich des Ersatzes der Aufwendungen unter dem Vorbehalt von § 46 Abs. 1 und 2 RVG steht. Wenn nicht, wie in dem Verfahren vor dem *IStGH*, Ermittler im Ausland zur Verfügung stehen, die selbstverständlich auch angeleitet und beaufsichtigt werden müssen, stößt solche Tätigkeit für den Pflichtverteidiger daher aus tatsächlichen Gründen auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten, zumindest in erheblichem Umfang nicht honorierte Tätigkeiten und das Risiko, die Auslagen für zunächst auf eigene Kosten durchgeführte Ermittlungsreisen später nicht erstattet zu bekommen. Bei Reisen in bestimmte Länder und Regionen kommen Sicherheitsrisiken hinzu.

II. Sind solche Zeugen aber dann doch ermittelt, gilt grundsätzlich folgendes:

Soweit ein solcher Antrag die Aufklärungspflicht des Gerichts im Sinne von § 244 Abs. 2 StPO tangiert, darf er grundsätzlich nur abgelehnt werden, wenn einer der Ablehnungsgründe von § 244 Abs. 3 S. 2 StPO vorliegt, insbesondere der benannte Zeuge unerreichbar ist. Allein der Aufenthalt eines Zeugen im Ausland begründet die Unerreichbarkeit in keinem Fall; diese ist auch nicht gegeben, wenn ein Richter sich weigert, ein Ladungersuchen ins Ausland in einer fremden Sprache zu unterschreiben, um den vertraglichen Anforderungen des ersuchten Staates zu entsprechen;⁴¹ auch ein Zeuge, der im Verdacht der Tatbeteiligung steht, darf nicht von vorneherein als unerreichbar angesehen werden.⁴² Unerreichbarkeit darf nur angenommen werden, wenn alle der Bedeutung der Aussage entsprechenden Bemühungen, ihn zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu bewegen, erfolglos geblieben sind und auch in Zukunft aussichtslos erscheinen. Das Gericht ist zunächst verpflichtet, den Zeugen unmittelbar⁴³ oder im Wege internationaler Rechtshilfe, auf diplomatischem Geschäftswege oder durch im Ausland tätige Beamte des Bundeskriminalamts zu laden, auch wenn kein Rechtshilfeabkommen besteht.⁴⁴ Im internationalen Rechtshilfeverkehr sind Zeugen allerdings nicht verpflichtet, einer Ladung zur Vernehmung ins Ausland zu folgen. Innerhalb der europäischen Rechtshilfeverträge verbieten Art. 8 EuRhÜbk, 52 III SDÜ es ausdrücklich, Zeugen wegen ihres Nichterscheins Sanktionen aufzuerlegen oder auch nur anzudrohen. Für den Geltungsbereich des EU-RhÜbk ist Art. 52 SDÜ aufgehoben worden (Art. 2 Abs. 2 EU-RhÜbk). *Gleß/Schomburg* schreiben zu Art 5 EU-RhÜbk allerdings noch in der 12. Auflage,⁴⁵ dass wegen Art. 52 Abs. 3 SDÜ der nicht erschiene Zeuge deswegen Nachteile nicht haben darf; m.E. ergibt sich diese Rechtsfolge aus dem inhaltsgleichen und noch in Kraft befindlichen Art. 8 EuRhÜbk.⁴⁶ Allerdings kann nach Art. 10 EuRhÜbk ein Zeuge, dessen Erscheinen für besonders notwendig gehalten wird, durch den ersuchten Staat aufgefordert werden, der Ladung Folge zu leisten.

33

Vgl. LR-StPO/*Gleß* (Fn. 24), § 136a Rn. 78; BGH StV 2007, 65; *Lehmann*, Die Behandlung des zweifelhaften Verfahrensverstößes im Strafprozess, 1983, Rn. 114 ff.; AK-StPO/*Gundlach*, Bd. 2 Teilbd. 1, 1992, § 136a Rn. 78; *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 709 m.w.N.; *Kühne*, Strafprozeßlehre, 8. Aufl. 2010, Rn. 966; *Nagler* StRR 2011, 328 (330).

34

Z.B. Berichten über Folterungen in dem betreffenden Staat durch NGOs, das US-amerikanische oder das britische Außenministerium, die regelmäßig sehr aufschlussreiche Analysen auf ihren Homepages

veröffentlichen.

35

Vgl. LR-StPO/*Gleß* (Fn. 24), § 136a Rn. 78 m.w.N.; *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 709 m.w.N.; in dieser Richtung auch BGH StV 1986, 138 (139) m. zust. Anm. *Deckers*; *Nagler* StRR 2011, 328 .

36

Allg. Meinung, vgl. BGHSt 14, 189 (191); 16, 164 (166 f.); *BGH* b. *Miebach* NSTz 1988, 211; OLG Frankfurt VRS 36, 366; KK-StPO/*Diemer* (Fn. 27), § 136a Rn. 43; LR-StPO/*Gleß* (Fn. 24), § 136a Rn. 80; KMR-StPO/*Paulus*, § 244 Rn. 364; BGH NJW 1994, 2904 (2905) = StV 1994, 521 ; vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 136a Rn. 32; BGHSt 16, 164 (166 f.) = JR 1962, 108 m. zust. Anm. *Eb. Schmidt*; BGH NJW 1994, 2904 (2905) = StV 1994, 521 ; SK-StGB/*Rogall* (Fn. 32), § 136a Rn. 83; *Alsberg/Nüse/Meyer*, Beweisanzug, 5. Aufl. 1983, S. 124 m.w.N.; *Nagler* StRR 2011, 328 .

37

S. die Nachweise in Fn. 36.

38

Vgl. *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hacker* (Fn. 5), § 73 IRG Rn. 90a; BVerfG EUGRZ 96, 324 (328); NJW 2004, 1858 f.; *Nagler* StRR 2011, 328 .

39

BGHSt 55, 314 (320) = StV 2011, 334 .

40

Nagler StRR 2011, 328 (331) .

41

So aber noch BGHSt 32, 342; vgl. hierzu die vernichtende Anm. *Vogler* NJW 85, 1764; *Kissel/Mayer*, GVG, 6. Aufl. 2010, § 184 Rn. 25; zusef. *Schomburg/Hackner* (Fn. 5), Vorb. § 68 IRG Rn. 62.

42

BGH NJW 1982, 2783; 1983, 528; *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 244 Rn. 63.

43

Gem. Art. 52 Abs. 1 SDÜ , Art. 5 EU-RhÜbk

44

Allg. Meinung, vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 136a Rn. 63 m.w.N.

45

Gleß/Schomburg, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Fn. 5), Art. 5 EU-RhÜbk Rn. 2 a.E.

46

Vgl. Art. 5 Abs. 5 EuRhÜbk .

Nagler: Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse - StV 2013 Heft 5 - 329 << >>

Die europäischen Rechtshilfeverträge erkennen dem Zeugen, der erschienen ist, Ansprüche auf Entschädigungsleistungen sowie auf Erstattung von Reise- und Aufenthaltskosten nach Maßgabe des Rechts des ersuchenden Staates zu (Art. 9 EuRhÜbk). Die Entscheidung des Zeugen zum Erscheinen kann positiv beeinflusst werden, wenn ihm in der Ladung pflichtgemäß die Zusage von Entschädigungsleistungen und Kostenerstattung nach Art. 10 EuRhÜbk und die Zusicherung freien Geleits (Art. 12 EuRhÜbk)⁴⁷ gemacht werden. Das freie Geleit begründet ein inhaltlich und zeitlich beschränktes prozessuales Verfolgungshindernis, das für den Fall des Verdachts der Tatbeteiligung gilt, nicht aber vor Verfolgung von Straftaten schützt, die der Zeuge nach der Einreise in den ersuchenden Staat begeht (z.B. auch Aussagedelikte). Es entsteht aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarung, gilt also nicht im vertragslosen

Rechtshilfeverkehr, wenn es nicht gesondert zugesichert ist.⁴⁸

Vor der Annahme von Unerreichbarkeit ist stets zu prüfen, ob das etwaige Wissen des Zeugen, wenn auch bei geringerem Beweiswert, u.U. auch unter Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten, erreichbar ist, z.B. durch kommissarische Vernehmung im Ausland, (§ 223 StPO) oder eine audio-visuelle Vernehmung gem. § 247a StPO.⁴⁹ Art. 10 EU-RhÜbk sieht für Mitgliedstaaten der EU diese Art der Vernehmung ausdrücklich vor. Zeugnisverweigerungsrechte können in diesem Fall gem. Art. 10 Abs. 5 EU-RhÜbk nach dem Recht beider Staaten geltend gemacht werden. Der *BGH* geht davon aus, dass der Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen ein solches Minus stets mit umfasse.⁵⁰ Ein deutscher Richter kann beauftragt werden, eine Zeugenvernehmung im Ausland durchzuführen, wenn ein Rechtshilfeabkommen oder eine einzelfallbezogene Zustimmung des ersuchten Staates das Tätigwerden deutscher Amtsträger gestattet. Eine konsularische Vernehmung steht derjenigen eines inländischen Gerichts gleich.⁵¹ Auch wenn kein Rechtshilfeabkommen besteht, kann auch ein ausländischer Richter im Wege internationaler Rechtshilfe um die Durchführung einer Zeugenvernehmung ersucht werden.⁵² Wenn die Verfahrensbeteiligten bei der Vernehmung durch einen ersuchten ausländischen Richter anwesend sein dürfen, muss das erkennende Gericht darauf hinwirken, dass der Vernehmungstermin rechtzeitig bekannt gegeben wird.⁵³ Ein Antrag auf kommissarische Vernehmung kann abgelehnt werden, wenn von vorneherein abzusehen ist, dass nur die Vernehmung vor dem erkennenden Gericht Beweiswert hat und zur Aufklärung beitragen kann. Nicht zu verkennen ist, dass hier die Gefahren der Fehlprognose und der Ablehnung des Antrags unter diesem Vorwand lauern.⁵⁴

III. Eine erhebliche Abkürzungsmöglichkeit auf dem Wege zu einem schnellen Urteil bietet hingegen § 244 Abs. 5 S. 2 StPO. Die Ratio dieser Vorschrift ist nicht die Wahrheitsfindung, sondern die Entlastung der Rechtspflege.⁵⁵ *Hard cases make bad law*: Aus der Sicht des Gerichts bringt die Vorbereitung und Durchführung der Vernehmung im Ausland zu ladender Personen als Zeugen, vor allem wenn der Beweisantrag erst in der Hauptverhandlung gestellt wird, mitunter erhebliche Schwierigkeiten und Verfahrensverzögerungen mit sich. In diesen Fällen greifen die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 S. 2 StPO wegen des für sie in unterschiedlichem Maße geltenden Verbots der Beweisantizipation oftmals nicht oder zumindest nicht sofort, so dass allein nach deren Maßstäben

die Unerreichbarkeit des Zeugen erst nach zeitraubenden Nachforschungen und unter Belastung des internationalen Rechtshilfeverkehrs oder
die Unergiebigkeit seiner Aussage erst durch seine Vernehmung festgestellt werden kann.

Um diesen Schwierigkeiten besser begegnen zu können, gestattet die Vorschrift die Ablehnung des Beweisantrags bei den im Ausland zu ladenden Zeugen schon dann, wenn das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen deren Vernehmung zur Erforschung der Wahrheit nicht für erforderlich hält. Der Gesetzgeber ging dabei davon aus, dass die Ablehnungsmöglichkeit zwar nur um den schmalen Bereich erweitert würde, um den die Ablehnungsgründe des bisher allein anwendbaren Abs. 3 S. 2 über die Aufklärungspflicht hinausreichen. Er versprach sich dennoch eine Entlastung der Gerichte und eine Beschleunigung des Verfahrens, da zur Wahrheitserforschung undienliche Anträge nunmehr leichter abgelehnt werden können, vor allem, wenn zweifelhaft ist, ob die Voraussetzungen für eine Ablehnung wegen Unerreichbarkeit oder wegen Verschleppungsabsicht sicher gegeben sind.⁵⁶

Man merke: Die Ausführungen beschäftigen sich mit der Frage von Beweisanträgen auf Ladung von Auslandszeugen ausschließlich aus der Warte dessen, der Beweisanträge ablehnen will, weil er von derartigen Anträgen keinen Beitrag zur Sachaufklärung erwartet - vom Vorsitzenden des 3. *Strafsenats* des *BGH*, *Becker*, ist in der gesamten Kommentierung der Vorschrift kein kritisches Wort zu lesen.⁵⁷ Das mag bedeuten, dass derartige Anträge vormals jedenfalls nach der Auffassung der Gesetzesverfasser und der damit befassten Gerichte ausschließlich zum Zwecke der Torpedierung von Verfahren gestellt worden sind. Festzuhalten ist damit jedenfalls, dass § 244 Abs. 5 S. 2 StPO das Beweisantragsrecht in den Fällen von Auslandszeugen liquidiert hat; das Gericht kann alle derartigen Anträge ablehnen, wenn sein pflichtgemäßes Ermessen, also die Aufklärungspflicht, die Beweiserhebung nicht gebietet. Nach der Gesetzesbegründung sollte die Erweiterung der Ablehnungsmöglichkeit derartiger Beweisanträge nur einen schmalen Bereich betreffen.⁵⁸ Die Praxis aber macht nur allzu gerne Gebrauch

Hierauf ist der Zeuge nach der Rspr. d. *BGH* hinzuweisen, vgl. *BGHSt* 32, 68 (74) m.w.N = *StV* 1984, 1 ; s. auch *Rose wistra* 1998, 11 (14) u. *Schomburg/Hackner* (Fn. 5), Vorb. § 68 IRG Rn. 71.

48

So noch *BGHSt* 35, 216 = *StV* 1988, 233 m. krit. Anm. *Lagodny StV* 1989, 9 [KG Berlin 29.04.1988 - 2 AR 86/87 - 4 Ws 74/88] . Die Frage, ob heute eine allgemeine Regel des Völkerrechts des Inhalts festzustellen ist, wonach auch bei vertragslosem Rechthilfeverkehr der Zeuge freies Geleit hat, sollte nicht unbedingt auf dem Risiko-Rücken eines von der Verteidigung beantragten Zeugen ausgetragen werden.

49

Vgl. *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 229c m.w.N.

50

BGHSt 45, 188 = *StV* 1999, 580 .

51

§ 15 Abs. 4 KonsG; *BGH StV* 1992, 548 .

52

Eisenberg (Fn. 24), Rn. 229c m.w.N.

53

BGH NJW 1988, 2187 = *StV* 1988, 5 .

54

So auch *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 229c m.w.N.

55

Satz 2 eingef. d. Art. 2 Nr. 4 des RpfEntlG v. 11.01.1993.

56

So insgesamt *LR-StPO/Becker* (Fn. 24), § 244 Rn. 352 f.; *BGH NJW* 2001, 695 (696) = *StV* 2001, 93 ; *StV* 1994, 633 ; *StV* 1994, 635 unterstellt gar dem Tatgericht bei Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht eine in dem ablehnenden Beschluss nicht erwähnte Prüfung der Aufklärungspflicht.

57

Vgl. *LR-StPO/Becker* (Fn. 24), § 244 Rn. 352-359.

58

BT-Dr. 12/1217, S. 36

Nagler: Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Ermittlungsergebnisse - StV 2013 Heft 5 - 330 <<

von dieser Möglichkeit, den der *BGH* unter Billigung des *BVerfG* ⁵⁹ weit gehend unbeanstandet lässt. ⁶⁰

Ein wesentliches Problem der Anwendung der Vorschrift stellt es dar, dass die Ladung von Zeugen im Ausland daher mithilfe einer Beweisantizipation abgelehnt werden kann, ohne dass es auf Unerreichbarkeit oder die anderen Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 S. 2 StPO ankäme. Das Gericht hat es also in der Hand, die Beweisanträge abzulehnen mit der Begründung, auch die beantragte Beweiserhebung könne die bestehende Überzeugung des Gerichts vom Sachverhalt aufgrund der überragenden Bedeutung der bisherigen Beweisergebnisse oder aufgrund von Umständen, die den Beweiswert der erwarteten Zeugenaussagen mindern, nicht mehr ändern. ⁶¹ Damit besteht nun greifbar die Gefahr, der Aufklärungsgrundsatz könnte, um lästige Beweisanträge ablehnen zu können, weniger sorgfältig gewahrt ⁶² werden. Das nur in groben Zügen dargestellte Beispiel **B.I.** kann in dieser Richtung verstanden werden. Es gelten andererseits aber Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK , Art. 103 Abs. 1 GG und der Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip). Diese Grundsätze sind mindestens berührt, da § 244 Abs. 5 S. 2 StPO die Möglichkeit des Angeklagten, auf die Beweisaufnahme

wirksam, das heißt notfalls auch gegen die Auffassung des Gerichts, Einfluss zu nehmen, erheblich begrenzt. Der Angeklagte kann vom Selbstladungsrecht gem. §§ 220, 38, 37 StPO bei Auslandszeugen keinen Gebrauch machen.⁶³ Hingegen kann die Staatsanwaltschaft im Wege der Rechtshilfe, der internationalen Polizeizusammenarbeit und mithilfe der Auslandsbeamten des Bundeskriminalamts sehr viel leichter Zeugen aus dem Ausland herbeischaffen. Angesichts der oben geschilderten tatsächlichen Schwierigkeiten des Pflichtverteidigers dürfte das Prinzip der Waffengleichheit in diesen Fällen obsolet sein. Diese Problematik findet sich in ganz besonderer Weise in den Verfahren mit Auslandsbezug, wie sie oben beispielhaft geschildert worden sind. Dies betrifft schon die ganz alltäglichen Fälle mit grenzüberschreitenden Ermittlungen in Rumänien, den Niederlanden, Polen, Frankreich oder Marokko, erst recht aber und ganz besonders die Fälle des Einsatzes der bundesdeutschen Justiz »out of area« wie in Fällen von Terrorismus, Piraterie und bei der Anwendung der Normen des Völkerstrafgesetzbuchs (auch gegen Bundeswehrangehörige auf Auslandseinsätzen). Hierbei ist besonders zu berücksichtigen, dass die Vorschriften des § 129b StGB und des Völkerstrafgesetzbuches sowie die Ausweitung der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden und der Justiz in Europa (unter anderem durch Forum Shopping) bei Einführung des S. 2 des § 244 Abs. 5 StPO im Jahre 1993 nicht bedacht werden konnten. Einer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung der Vorschrift steht daher die Entscheidung des *BVerfG* aus dem Jahre 1996, die im Übrigen nach der damals h.M. Art. 6 Abs. 1 und 3 lit d EMRK noch nicht als Prüfungsmaßstab in Betracht zog,⁶⁴ im Wege einer Neubewertung nicht im Wege. Gegenwärtig liegt die Problematik der Anwendung dieser Vorschrift dem *BVerfG* in einem Beschwerdeverfahren vor.⁶⁵

F. Schluss

Damit dem Angeklagten sein Status als Subjekt des Verfahrens nicht weiterhin genommen und sein Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren unter Wahrung der Waffengleichheit nicht verletzt wird, ist rechtspolitisch zu fordern, dass der Gesetzgeber die Anwendung von § 244 Abs. 5 S. 2 jedenfalls für Fälle aufhebt, die ganz oder teilweise Sachverhalte zum Gegenstand haben, die im Ausland angesiedelt sind. Bis zum Eingreifen des Gesetzgebers ist für solche Fälle 244 Abs. 5 S. 2 StPO verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Verbot der Beweisantizipation zu beachten ist, zumindest im Hinblick auf Beweisergebnisse, die mit Hilfe der Auslandszeugen konterkariert werden sollen.

59
BVerfGE 97, 2.

60
S. die Rechtsprechungsnachweise Fn. 56; die Revisionsrügen im Fallbeispiel **B.I.** hat der *BGH* nicht einmal der Erwähnung für Wert befunden (vgl. BGHSt 54, 12 = StV 2009, 675 und Beschl. v. 12.04.2012, 3 StR 552/08); ausnahmsweise in je einem krassen Fall BGH StV 2007, 227 u. BGH StV 2002, 407; In den Fällen BGH StV 2011, 398 und BGH StV 2010, 556 hat der 3. *Strafsenat* unter ausdrücklichem Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung die Urteile der Tatgerichte nur deswegen aufgehoben, weil die Beweisanträge ablehnenden Beschlüsse keine Begründung enthielten; erst jüngst hat dieser aufgrund seiner Zuständigkeit mit Auslandssachverhalten häufig befasste *Senat* erneut eine Gelegenheit verstreichen lassen, eine Änderung der Rechtsprechung in Erwägung zu ziehen, indem er sich trotz zahlreicher Rügen zur Problematik des § 244 V 2 StPO nicht geäußert und den Fall über die Sachrüge gelöst hat, Ur. v. 29.11.2012 - 3 StR 139/12 .

61
Vgl. *Eisenberg* (Fn. 24), Rn. 268m. zahlr. N.

62
Nach gängiger Rechtsprechung sind in die Abwägung, ob die Ladung eines Zeugen erforderlich ist, unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles die Klarheit und Gesicherheit des bisherigen Beweisergebnisses, die Bedeutung der Beweistatsache für die Entscheidung *und mögliche verfahrenstechnische Schwierigkeiten bei der Beweiserhebung* einzustellen, vgl. BGH NSTZ 2005, 701 [BGH 09.06.2005 - 3 StR 269/04]; *wistra* 2006, 426 [BGH 27.06.2006 - 3 StR 403/05] .

63
Meyer-Goßner (Fn. 24), § 220 Rn. 4; *KK-StPO/Gmel* (Fn. 27), § 220 Rn. 4, jew. m.w.N.; a.A. *Hartwig* StV 1996, 626 .

64

StV 1997, 1 m. fundiert begründeter abl. Anm. *Kinzig*.

65

2 BvR 1307/12.