

Schriften zum Strafrecht

Band 36

Die Wahrunterstellung
im Strafprozeß

Von

Prof. Dr. Jörg Tenckhoff



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

JÖRG TENCKHOFF

Die Wahrunterstellung im Strafprozeß

Schriften zum Strafrecht

— **Band 36** —

Die Wahrunterstellung im Strafprozeß

Von

Prof. Dr. Jörg Tenckhoff



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Als Habilitationsschrift auf Empfehlung
der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft**

Alle Rechte vorbehalten

© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41

**Gedruckt 1980 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany**

ISBN 3 428 04728 1

Vorwort

Das im Dezember 1976 abgeschlossene Manuskript hat im Wintersemester 1976/77 und im Sommersemester 1977 der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Habilitationsschrift vorgelegen. Für den Druck konnten Literatur und Rechtsprechung bis März 1980 berücksichtigt werden.

Besonderen Dank schulde ich meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Karl Lackner, für seine Anteilnahme an der Arbeit und seine fördernde Kritik. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die großzügige Druckbeihilfe, Herrn Rechtsreferendar Herbert Veh für seine Hilfe bei Durchsicht des Manuskripts und der Korrekturabzüge.

Augsburg, im Mai 1980

Jörg Tenckhoff

Inhaltsübersicht

Einleitung	21
-------------------------	----

Erstes Kapitel

Die Wahrunterstellung in Rechtsprechung und Lehre	24
<i>I. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Wahrunterstellung</i>	25
1. Das Wesen der Wahrunterstellung	27
A. Die negative Komponente der Wahrunterstellung	27
B. Die positive Komponente der Wahrunterstellung	28
C. Zwischenergebnis	29
2. Die Funktion der Wahrunterstellung	29
3. Voraussetzungen der Wahrunterstellung	30
A. Formale Voraussetzungen	30
a) Förmlicher Beweisantrag	30
aa) Fragen 30 — bb) Anträge vor der Hauptverhandlung 30	
— cc) Bedingte Beweisanträge 31 — dd) Beweisermittlungs-	
anträge 31	
b) Bestimmter Beweisantrag	31
aa) Widersprüchliche Einlassungen 31 — bb) Unsubstan-	
tizierte Anträge 32 — cc) Unvollständige Anträge 32	
B. Materielle Voraussetzungen	33
a) Tatsache	33
aa) Kein Ausschluß von Werturteilen 33 — bb) Beweis-	
tatsache 34	
b) Erheblichkeit der Tatsache	34
aa) Historische Entwicklung 34 — bb) Begriff 35	
c) Der Entlastung des Angeklagten dienende Tatsache	36
d) Unwiderlegbarkeit der Tatsache	36
e) Keine sonstigen Voraussetzungen	37

4. Wirkung der Wahrunterstellung	38
A. Behandlung „als wahr“	38
B. Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung	39
a) Freie Beweiswürdigung	39
b) Zeitpunkt der Beweiswürdigung	40
5. Prozessuale Folgen der Wahrunterstellung	40
A. Bindung des Gerichts	40
a) Bedeutung	41
b) Anwendungsbereich	43
aa) Tatsachen und Schlußfolgerungen 43 — bb) Erheblichkeit der Tatsache 45 — cc) Entlastende Funktion 45 — dd) Unwiderlegbarkeit der Tatsache 46	
c) Intensität	46
aa) Bei Beurteilung als wahr 46 — bb) Bei Beurteilung der Erheblichkeit 47 — cc) Bei Beurteilung der entlastenden Wirkung 47	
B. Fürsorgepflichten des Gerichts	47
a) Aufklärung des Antragstellers	47
b) Anhörung des Antragstellers	48
C. Erörterung in den Urteilsgründen	48
6. Anwendungsbereich der Wahrunterstellung	49
A. Indiztatsachen	49
a) Wahrunterstellung auch bei Indiztatsachen	49
b) Beschränkte Wirkung der Wahrunterstellung	49
c) Hilfstatsachen	50
B. Strafzumessungstatsachen	51
7. Grenzen der Wahrunterstellung	52
A. Wahrunterstellung und Aufklärungspflicht	52
B. Wahrunterstellung und Beweisinteresse des Angeklagten	53
a) Präsenze Beweismittel	53
b) Wahrheitsbeweis	53
C. Wahrunterstellung und Rechte Dritter	53

8. Verhältnis der Wahrunterstellung zu anderen Ablehnungsgründen	53
A. Kombination mit anderen Ablehnungsgründen	53
a) Erwiesenheit der Tatsache	54
b) Unerheblichkeit der Tatsache	54
c) Ungeeignetheit des Beweismittels	54
d) Unerreichbarkeit des Beweismittels	55
e) Eigene Sachkunde des Gerichts	55
B. Wandel in der Auffassung des Gerichts	55
a) Erwiesenheit der Tatsache	55
b) Unerheblichkeit der Tatsache	55
9. Revisibilität bei Verfahrensfehlern	56
A. Fehlerhafte Beweisablehnung	56
a) Wahrunterstellung unsubstanziierter Behauptungen	57
b) Wahrunterstellung unvollständiger Behauptungen	57
c) Partielle Wahrunterstellung	57
d) Möglichkeit der Feststellung zusätzlicher Einzelheiten	57
e) Wahrunterstellung unerheblicher Tatsachen	57
B. Mängel im Verfahren	58
a) Nichtbescheidung des Beweisantrages	58
b) Ablehnung mit unzulässigen Gründen	58
c) Verletzung der Fürsorgepflicht	58
d) Unzulässige Verlesung	58
C. Fehler im Urteil	58
a) Widerspruch zur Wahrunterstellung	58
b) Nichteinhaltung der Wahrunterstellung	59
c) Partielle Einhaltung der Wahrunterstellung	59
d) Unstimmigkeiten zwischen Ablehnungsentscheidung und Urteilsfeststellungen	59
e) Fehlerhafte Beweiswürdigung	59
f) Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“	59
g) Keine Auseinandersetzung mit den unterstellten Tatsachen	60
10. Zusammenfassung	60

<i>II. Stellungnahme des Schrifttums</i>	60
1. Behandlung „als wahr“	61
A. Die unterschiedlichen Auffassungen	61
a) Behandlung als erwiesen	61
b) Behandlung als unwiderlegt	61
c) Behandlung als glaubhaft	62
B. Bedeutung der unterschiedlichen Auffassungen	62
2. Bindung an die Wahrunterstellung	63
A. Hinweispflicht des Gerichts	63
B. Erörterung im Urteil	64
3. Die Behandlung unerheblicher Tatsachen	65
A. Erheblichkeit der Tatsache als Voraussetzung einer Wahr- unterstellung	65
B. Nachträgliche Meinungsänderung des Gerichts	66
a) Aufklärung des Antragstellers	66
b) Darlegung im Urteil	67
4. Wahrunterstellung von Indiz- und Strafzumessungstatsachen ..	67
A. Indiztatsachen	67
a) Die herrschende Lehre	67
aa) Indiztatsachen im engeren Sinne 67 — bb) Hilfstat- sachen 68	
b) Beschränkung auf unbedingte Beweisanträge	69
c) Die Auffassung Grünwalds	69
B. Strafzumessungstatsachen	70
5. Grenzen der Wahrunterstellung	71
A. Wahrunterstellung und Aufklärungspflicht	71
a) Primat der Aufklärungspflicht	71
b) Durchbrechung des Grundsatzes	72
aa) Begrenzung der Aufklärungspflicht durch das Prozeß- ziel 72 — bb) Erhebliche Aufwendungen 72	

Inhaltsübersicht	11
B. Wahrunterstellung und Rechte Dritter	72
a) Von vornherein entgegengesetzte Interessen	72
b) Nachträgliche Interessenkollision	73
aa) Bei Mitangeklagten 73 — bb) Bei sonstigen Dritten	73

Zweites Kapitel

Möglichkeiten, Inhalt und Funktion der Wahrunterstellung näher zu bestimmen	74
<i>I. Die Ablehnung von Beweisanträgen in ausländischen Strafverfah- rensrechten</i>	74
1. Die einzelnen Strafverfahrensrechte	75
A. Deutschsprachiger Bereich	75
a) DDR	75
b) Österreich	76
c) Schweiz	76
B. Romanischer Rechtskreis	77
a) Frankreich	77
b) Italien	78
c) Spanien	78
d) Griechenland	78
C. Anglo-amerikanisches Strafverfahren	79
2. Würdigung	79
<i>II. Wahrunterstellung im Zivil- und Öffentlichen Recht</i>	80
1. Die verschiedenen Verfahrensordnungen	80
A. Zivilprozeßordnung	81
B. Freiwillige Gerichtsbarkeit	82
C. Bundesverfassungsgerichtsgesetz	82
D. Verwaltungsverfahrensgesetze	83
a) Verwaltungsgerichtsordnung	83
b) Finanzgerichtsordnung	84
c) Sozialgerichtsgesetz	84

2. Würdigung	85
III. Der methodische Weg	86

Drittes Kapitel

Die Funktion der Wahrunterstellung	88
I. Ergebnis einer „erfolgreichen“ Beweisaufnahme	89
1. Die gerichtliche Beweisaufnahme	89
A. Das Ziel des Beweisverfahrens	90
a) Die in Betracht kommenden Zwecke	91
aa) Herbeiführung eines Schuldspruchs 91 — bb) Schaffung von Rechtsfrieden 93 — cc) Komplexer Zweck 94 — dd) Wahrheitsermittlung 95	
b) Der Wahrheitsbegriff	95
aa) Empirische Wahrheit 96 — bb) Historische Wahrheit 96 — cc) Materielle Wahrheit 97 — dd) Objektive Wahrheit 97	
c) Zusammenfassung	98
B. Die Feststellung des Sachverhalts	98
a) Die richterliche Überzeugung	99
aa) Subjektive Gewißheit 99 — bb) Grenzen der Subjektivität 101 — cc) Begriff der Überzeugung 104	
b) Die Überzeugungsbildung	104
aa) Denkprozeß 106 — bb) Irrationale Faktoren 106 — cc) Besonderheiten bei Kollegialgerichten 107 — dd) Résumé 107	
2. Der Grundsatz „in dubio pro reo“	107
A. Voraussetzungen	108
a) Begriff des Zweifels	108
b) Die relevanten Zweifel	110
B. Bedeutung	111
a) Einschränkung der materiellen Norm	111
b) Beweisregel	112
c) Entscheidungsregel	112
C. Ergebnis	114

	Inhaltsübersicht	13
II. Ersetzung des Beweisergebnisses		115
1. Bedeutung der Ersetzung		115
A. Wesen		115
a) Fiktion, nicht Unterstellung		116
b) Normatives, nicht psychologisches Phänomen		116
B. Wirkung		117
2. Reichweite der Ersetzung		117
A. Grenzen der Surrogation		117
a) Fiktion der Nichtwiderlegbarkeit		118
b) Keine Wahrheitsfiktion		119
aa) Wortlaut 119 — bb) Gegengründe 119 — cc) Abwägung 120		
c) Ergebnis		120
B. Gleichwertigkeit des Surrogats		120
a) Psychologischer Eindruck		121
b) Umfassendes Bild		121
aa) Nähere Klärung des Beweisthemas 122 — bb) Aufdeckung neuer beweiserheblicher Tatsachen 122 — cc) Klärung weiterer Punkte 122		
c) Résumé		123
3. Zulässigkeit der Ersetzung		123
A. Entgegenstehende Prozeßprinzipien		123
a) Grundsatz der Unmittelbarkeit		123
aa) Unmittelbarkeit der Beweiserhebung 123 — bb) Unmittelbarkeit des Beweismittels 124		
b) Instruktionsmaxime		124
aa) Keine Verfügungsbefugnis 125 — bb) Beweiszwang 125		
c) Verbot der Beweisantizipation		128
B. Unzulässigkeit im Einzelfall		129
a) Unzulässigkeit einer Beweisaufnahme		129
b) Evident unrichtige Ergebnisse		130
c) Gefahr einer falschen Beweiswürdigung		130
4. Zusammenfassung		130

Viertes Kapitel

Folgerungen 131

<i>I. Anwendungsbereich der Wahrunterstellung</i>	131
1. Unerhebliche Tatsachen	131
A. Anfängliche Unerheblichkeit	131
B. Nachträgliche Feststellung der Unerheblichkeit	133
a) Hinweispflicht	133
b) Erörterung in den Urteilsgründen	135
C. Zusammenfassung	136
2. Indiztatsachen	136
A. Der Indizienbeweis	136
a) Abgrenzung zum unmittelbaren Beweis	137
b) Die Elemente des Indizienbeweises	139
aa) Gewißheit der indizierenden Tatsache 139 — bb) Denk-	
bare Schlußfolgerung 141	
B. Zulässigkeit der Wahrunterstellung	142
a) Abhängigkeit vom Grundsatz „in dubio pro reo“	142
b) „In dubio pro reo“ bei Indiztatsachen	143
aa) Keine Sonderregelung für den Alibibeweis 144 — bb)	
Zwingende Schlußfolgerungen 146 — cc) Mögliche Schluß-	
folgerungen 147	
c) Zwischenergebnis	148
C. Umfang der Wahrunterstellung	148
a) Zwingende Schlußfolgerungen	149
b) Denkbare Schlußfolgerungen	149
aa) Keine Erstreckung der WU auf die Folgerung 149 —	
bb) Keine belastende Wirkung der Indiztatsache 150	
D. Wirkung der Wahrunterstellung	151
a) Zwingende Schlußfolgerungen	151
b) Denkbare Schlußfolgerungen	151
aa) Besonders naheliegende Folgerungen 151 — bb) Mög-	
liche Folgerungen 152	
E. Zusammenfassung	152

Inhaltsübersicht	15
3. Strafzumessungstatsachen	153
A. Zulässigkeit der Wahrunterstellung	153
a) Das Prinzip	153
b) Prognoseentscheidungen	154
aa) Prognosestatsachen 155 — bb) Prognoseurteil 156 —	
cc) Bedeutung der WU 157	
B. Substantiierung des Antrages	157
C. Zusammenfassung	158
<i>II. Grenzen der Wahrunterstellung</i>	158
1. Aufklärungspflicht	158
A. Aufklärungspflicht und Beschleunigungsgebot	159
a) Reichweite der Aufklärungspflicht	159
aa) Eindeutige Klärung 159 — bb) Fehlerhafte Überzeu-	
gungsbildung 160	
b) Beschleunigungsgebot	160
c) Notwendigkeit einer Abwägung	162
B. Aufklärungspflicht bei Indiztatsachen	162
a) Indiztatsachen im engeren Sinne	162
aa) Zwingende Folgerungen 162 — bb) Besonders nahelie-	
gende Folgerungen 163 — cc) Mögliche Folgerungen 163	
b) Hilfstatsachen	164
c) Résumé	165
C. Aufklärungspflicht bei Pauschalbehauptungen	165
2. Schutzinteresse Dritter	166
A. Opfer der Straftat	166
a) Beleidigungsdelikte	166
b) Andere Straftaten	166
B. Verdächtigung dritter Personen	166
Ergebnis der Untersuchung	168
Literaturverzeichnis	170

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz v. 3. 9. 1953 (BGBl I, S. 1267)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (zitiert zunächst nach Band und Seite, ab 1949 zitiert nach Jahr und Seite)
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
Bd.	Band
BDO	Bundesdisziplinarordnung i. d. F. v. 20. 7. 1967 (BGBl I, S. 1181)
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründung
Bespr.	Besprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BStBl	Bundessteuerblatt
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege
BT-Dr.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht i. d. F. v. 3. 2. 1971 (BGBl I, S. 105)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CPP	Code de procédure pénale
CPD	Codex Pinkis Dikonomias
DAR	Deutsches Autorecht

ders.	derselbe
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Die Justiz	Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Deutsche Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRIZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. 1. 1877 (RGBl, S. 77)
EGOWiG	Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz v. 24. 5. 1968 (BGBl I, S. 503)
ESVGH	Entscheidungssammlung Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
EuGH	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Beilage zur ÖJZ)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit i. d. F. v. 20. 5. 1898 (RGBl I, S. 771)
FGO	Finanzgerichtsordnung v. 6. 20. 1965 (BGBl I, S. 1477)
Fußn.	Fußnote
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (zitiert zunächst nach Band und Seite, ab 1953 zitiert nach Jahr und Seite)
GB1	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik
GG	Grundgesetz v. 23. 5. 1949 (BGBl, S. 1)
GS	Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß, Gerichtliche Medizin, Gefängniskunde und ausländische Literatur
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz i. d.F. v. 9. 5. 1975 (BGBl I, S. 1077)
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen
h. M.	herrschende Meinung
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung. Vereinigte Entscheidungssammlung
hrsg.	herausgegeben
i. d. F.	in der Fassung
i. d. p. r.	in dubio pro reo
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JMBINRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KMR	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsverordnungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz
KOV	Die Kriegsoferversorgung
Kriminalistik	Kriminalistik. Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
krit.	kritisch
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LM	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs von Lindenmaier / Möhring
LR	Löwe / Rosenberg
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MenschRKonv	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. 11. 1950 (BGBl II, S. 686)
Motive	Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. In: Stenographische Berichte, Bd. 3, S. 67 ff.
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MStGB	Militärstrafgesetzbuch
NJ	Neue Justiz. Zeitschrift für Recht und Rechtswissenschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotVO	Notverordnung
Nr.	Nummer
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht
PGO	Des allerdurchlauchtigsten großmechtigsten vnüberwintlichsten, Keyser Karls des fünfften, vnd des heyiligen Römischen Reichs peinlich gerichts ordnung
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGBI	Reichsgesetzblatt
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RMG	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
Rspr	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
Rspr.	Rechtsprechung

S.	Seite oder Satz
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Sen.	Senat
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
SGG	Sozialgerichtsgesetz i. d. F. v. 23. 8. 1958 (BGBl I, S. 1613)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannt
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen
Sten. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat
StGB	Strafgesetzbuch v. 15. 5. 1871 i. d. F. v. 2. 1. 1975 (BGBl I, S. 1)
StPO	Strafprozeßordnung v. 1. 2. 1877 i. d. F. v. 7. 1. 1975 (BGBl I, S. 129)
StR	Strafrecht
StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen v. 8. 3. 1971 (BGBl I, S. 157)
StRP	Gesetz über die Strafrechtspflege
StRPVO	Verordnung über die Strafrechtspflege
StV	Gesetz über das Strafverfahren
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz v. 5. 10. 1978 (BGBl I, S. 1645)
StVRG	Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts
u.	und
u. a.	und andere
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. 1. 1960 (BGBl I, S. 17)
WU	Wahrunterstellung
z. B.	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung i. d. F. v. 12. 9. 1950 (BGBl, S. 455, 533)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRpflBay	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Unter den Gründen, die gemäß § 244 III StPO die Ablehnung eines Beweisantrages rechtfertigen, ist die erst 1935 ins Gesetz aufgenommene¹ Wahrunterstellung² insofern besonders interessant, als ihre große Beliebtheit in der Praxis der Untergerichte in offenem Gegensatz zu dem diesem Rechtsinstitut überwiegend skeptisch gegenüberstehenden Schrifttum steht. Die Palette der Kritik reicht von „irreführend“³, „nicht ganz lupenrein“⁴ und „gewisser Skepsis“⁵ über „notwendiges Übel“⁶ und „bedenklich“⁷ bis hin zu „gefährlich“⁸, „fragwürdig“⁹ und „berüchtigt“¹⁰, ja sogar zu „schädlich und überflüssig“¹¹. Und selbst wo nicht ausdrücklich die Beseitigung dieses Ablehnungsgrundes gefordert wird¹², werden die Richter im Hinblick darauf, daß „dieses Institut . . . in der Praxis et-

¹ Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG vom 28. 6. 1935 (RGBl I, S. 844), jedoch nicht für die Verfahren vor dem Amtsgericht und dem Landgericht als Berufungsgericht. Das in § 245 II StPO verankerte System der formulierten Ablehnungsgründe wurde zwar durch § 24 der VO über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege vom 1. 9. 1939 (RGBl I, S. 1658) wieder aufgegeben, jedoch nach dem Kriege zunächst in einzelnen Besatzungszonen und sodann bundeseinheitlich durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des GVG, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. 9. 1950 (BGBl, S. 455) wieder eingeführt.

² Künftig WU abgekürzt.

³ Schwarz, DJZ 1935, Sp. 925/927 f.

⁴ Dabs, Strafverteidiger, S. 360.

⁵ Dabs, Strafverteidiger, S. 359.

⁶ Mannheim, JW 1927, 388/389.

⁷ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 341, Anm. 14; Jagusch, NJW 1971, 2198/2203. Alsberg, JW 1930, 3324 spricht von „bedenklichem Ruf“.

⁸ Bendix, Neuordnung des Strafverfahrens, S. 212; Schorn, Strafverteidiger, S. 154; Grünwald, Honig-Festschrift, S. 68. Vgl. auch Radbruch, RG-Festgabe, S. 203; Kreuzer, Diss., S. 54 f.

⁹ Eberhard Schmidt, Lehrkommentar II, § 244, Rdnr. 58.

¹⁰ Bendix, Neuordnung des Strafverfahrens, S. 212; ähnlich Willms, Schäfer-Festschrift, S. 275: „beständiges Ärgernis“.

¹¹ Radbruch, RG-Festgabe, S. 208; ähnlich Simader, Ablehnung, S. 137; Mattern, Diss., S. 114, 130 f.

¹² So jedoch in neuerer Zeit insbesondere Grünwald, Honig-Festschrift, S. 68. Gegen die Einführung dieses Rechtsinstituts bereits E 1908, Begr. zu § 232, Sp. 288; E 1909, Begr. zu § 232, S. 159; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 454; v. Dohna, Strafprozeßrecht, S. 172 und in: Verhandlungen des 35. DJT, S. 138 (nicht ganz so weitgehend aber in: JW 1929, 1445); Radbruch, RG-Festgabe, S. 208 und passim; Völcker, Diss., S. 23; Schenk, Diss., S. 171 f.

was verwildert ist¹³, zu zurückhaltender Anwendung¹⁴ und die Verteidiger im Falle einer WU durch den Tatrichter zu erhöhter Vorsicht ermahnt¹⁵.

Die Diskrepanz von Theorie und täglicher Praxis ist auch nicht durch die Judikatur der Obergerichte beseitigt: Zwar ist hier insofern eine restriktive Tendenz unverkennbar, als der Primat der Aufklärungspflicht gegenüber der WU betont wird¹⁶, doch ist die Rechtsprechung, wie noch eingehend zu zeigen sein wird¹⁷, keineswegs homogen, sondern vielfach in sich widersprüchlich, so daß von einer klaren Bestimmung von Inhalt und Grenzen der WU nicht die Rede sein kann. Angesichts der zentralen Bedeutung des Beweisrechts für die Wahrheitsermittlung¹⁸ und der zahlenmäßigen Häufigkeit der WU¹⁹ muß das jedoch erreicht werden, wenn man das Rechtsinstitut beibehalten will.

Und warum sollte eigentlich auf ein so „probates Hilfsmittel des geplagten Tatrichters“²⁰ ohne wirklich zwingenden Grund verzichtet werden? Insbesondere prozeßökonomische Erwägungen²¹ lassen dies unangebracht erscheinen²²; und daß ein großes Bedürfnis nach einem derartigen Ablehnungsgrund besteht, mit dessen Hilfe nutzlose Beweiserhebungen vermieden werden können, zeigt sich deutlich daran, daß die WU in ihrer jetzigen Gestalt auch praeter legem durch die Rechtsprechung

¹³ *Alsberg*, JW 1929, 977; *Alsberg / Nüse*, Beweis Antrag, S. 147.

¹⁴ *Alsberg*, Verhandlungen des 35. DJT, S. 464; JW 1930, 153/154 und 3325; *Mannheim*, JW 1931, 2031/2032; *Kohlhaas*, LM Nr. 42 zu § 244 II StPO; *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 341, Anm. 14.

¹⁵ *Sarstedt* spricht von einem „Alarmzeichen“, das nur bedeuten könne, daß der Richter einen Weg gefunden habe, den Angeklagten trotz WU zu verurteilen (DAR 1964, 307/312; ähnlich in: *Revision*, S. 187, Anm. 21).

¹⁶ Vgl. *BGHSt* 1, 137/139 mit Anm. *Hülle*, LM Nr. 3 zu § 244 III StPO; *BGH*, NJW 1959, 396; 1961, 2069/2070; *RGSt* 47, 417/424; *OLG Hamm*, VRS 10, 364; *OLG Köln*, JMBiNRW 1962, 39/40; *OLG Celle*, JR 1964, 353; *OLG Saarbrücken*, VRS 38, 59.

¹⁷ Vgl. unten I. Kap. I.

¹⁸ So zutreffend *Alsberg / Nüse*, Beweis Antrag, S. 17.

¹⁹ Genaue Zahlenangaben sind leider nicht möglich, da empirische Untersuchungen bislang nicht vorliegen. Nach einer Schätzung von *Kurtze* (Diss., S. 45) aus dem Jahre 1926 wird jedoch etwa die Hälfte aller Ablehnungsbeschlüsse auf eine WU gestützt; und auch heute noch wird von richterlicher und anwaltschaftlicher Seite immer wieder die Beliebtheit gerade der WU als Beweisablehnungsgrund hervorgehoben; vgl. statt aller *Dahs*, Strafverteidiger, S. 359.

²⁰ *Seibert*, NJW 1960, 19/20.

²¹ Zu den überwiegend prozeßtaktischen Gründen, deretwegen auch seitens der Anwaltschaft eine WU nicht ungerne gesehen wird, vgl. *Dahs*, Strafverteidiger, S. 360, 361.

²² So auch *Bendix*, Neuordnung des Strafverfahrens, S. 212; *Alsberg*, JW 1929, 977 und *Alsberg / Nüse*, Beweis Antrag, S. 147; *Seibert*, NJW 1960, 19/20; *Dahs*, Strafverteidiger, S. 360; *Schröder*, NJW 1972, 2105/2108 f.

des *Reichsgerichts* entwickelt wurde²³. Deshalb sollte man nicht resignierend einfach die Flinte ins Korn werfen, sondern versuchen, die gegensätzlichen Standpunkte von Praxis und kritischer Theorie dadurch zu überwinden, daß feste, rechtsstaatliche Konturen für diesen Ablehnungsgrund herausgearbeitet werden.

Was bisher hierzu getan wurde, reicht — ohne das große Verdienst von *Max Alsberg* um die Systematisierung des gesamten Beweisrechts²⁴ und speziell der WU schmälern zu wollen²⁵ — keinesfalls aus: Die Äußerungen in der Literatur betreffen durchweg nur besonders intrikate Einzelfragen, wobei, was bei dieser Verengung der Betrachtungsweise nicht weiter wunder nimmt, die Ergebnisse meist kontrovers bleiben. Erforderlich wäre es aber, zunächst einmal den Ablehnungsgrund der WU in dem Gesamtzusammenhang der richterlichen Wahrheitsermittlung zu sehen und festzustellen, inwieweit die verschiedenen — einander teilweise widerstreitenden — Prozeßmaximen wie Aufklärungspflicht und Konzentrationsprinzip, freie Beweiswürdigung und „in dubio pro reo“ seine Ausgestaltung bestimmen. Erst von einem solch sicheren Ausgangspunkt aus können dann Einzelprobleme mit einem höheren Anspruch auf allgemeine Billigung geklärt werden.

Das zu erreichen ist Sinn und Zweck der vorstehenden Untersuchung.

²³ Vgl. *Schröder*, NJW 1972, 2105/2109.

²⁴ Das betont zu Recht *Sarstedt*, DAR 1964, 307/311.

²⁵ Vgl. außer den Zusammenfassungen in JW 1929, 977 ff. und in seiner grundlegenden Monographie über den Beweisantrag (1. Aufl., S. 110 ff.; 4. Aufl., bearbeitet von *Nüse*, S. 146 ff.) die Anmerkungen zu Urteilen des *Reichsgerichts* in: JW 1922, 496, 1023, 1037, 1129 f. und 1212; 1923, 689 f.; 1927, 1490 f., 2049 und 2710 f.; 1928, 2253 f.; 1929, 114 f. und 115 f.; 1930, 153 f., 935 f., 1068 f., 1971 f. und 3325; 1931, 952, 1815, 2032 f., 2575 f. und 2820 f.; 1932, 58 ff., 3100 f. und 3721 sowie des *OLG Dresden* in: JW 1930, 953.