

**Schriften zum Strafrecht**

---

**Heft 88**

# **Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren**

**Die Unerreichbarkeit des Zeugen gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2  
der Strafprozeßordnung.**

**Geschichtliche Untersuchung und aktuelle Problemstellung  
einschließlich der V-Mann-Problematik**

**Von**

**Paul Hoffmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**PAUL HOFFMANN**

**Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren**

# **Schriften zum Strafrecht**

**Heft 88**

# **Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren**

**Die Unerreichbarkeit des Zeugen gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2  
der Strafprozeßordnung.**

**Geschichtliche Untersuchung und aktuelle Problemstellung  
einschließlich der V-Mann-Problematik**

**Von  
Paul Hoffmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Hoffmann, Paul:**

Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren: die  
Unerreichbarkeit des Zeugen gemäss § 244 Abs. 3 Satz 2 der  
Strafprozessordnung; geschichtliche Untersuchung und aktuelle  
Problemstellung einschliesslich der V-Mann-Problematik / von  
Paul Hoffmann. — Berlin: Duncker und Humblot, 1991

(Schriften zum Strafrecht; H. 88)

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1986

ISBN 3-428-07073-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 3-428-07073-9

## Vorwort

Die Arbeit wurde im Dezember 1986 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen als Dissertation angenommen. Neuere Rechtsprechung und Literatur wurde bis zur Drucklegung berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Manfred Maiwald, der das Thema anregte und die Fertigstellung der Arbeit durch kritische Durchsicht des Manuskripts und mit vielfältigen eigenen Anregungen begleitete, ohne dem Verfasser den notwendigen Freiraum bei der Beschäftigung mit diesem Problemkreis zu nehmen.

Mein Dank gilt auch Prof. Dr. Fritz Loos, der dankenswerterweise die Zweitkorrektur der Arbeit übernahm und wertvolle Anregungen gab.

Nicht zuletzt gilt mein herzlicher Dank meinen Eltern und meiner Ehefrau für die in jeglicher Hinsicht geleistete Unterstützung.

Schließlich bin ich dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zum Strafrecht zu Dank verpflichtet.

Rheda-Wiedenbrück, im März 1990

*Paul Hoffmann*



## *Meinen Eltern*





# Inhaltsverzeichnis

|                         |    |
|-------------------------|----|
| <b>Einleitung</b> ..... | 17 |
|-------------------------|----|

## 1. Teil

### Begriffsbestimmung

|                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>1. Abschnitt: Der Begriff des Beweisantrags</b> .....                                | 19 |
| I. Problemstellung .....                                                                | 19 |
| II. Die Begriffsdefinition des Beweisantrags und ihre einzelnen Komponenten .....       | 20 |
| 1. Die Definition .....                                                                 | 20 |
| 2. Die Komponenten des Beweisantrags .....                                              | 20 |
| a) Die Behauptung bestimmter Beweistatsachen .....                                      | 21 |
| b) Die Benennung bestimmter Beweismittel .....                                          | 22 |
| aa) Zeugenbeweis .....                                                                  | 23 |
| bb) Urkundenbeweis .....                                                                | 25 |
| <b>2. Abschnitt: Das Verhältnis von Beweisantragsrecht und Aufklärungspflicht</b> ..... | 27 |

## 2. Teil

### Die historische Entwicklung der gesetzlichen Regelung

|                                                                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>1. Abschnitt: Von der Constitutio Criminalis Carolina bis zur Reichsstrafprozeßordnung 1877</b> .....                                                       | 29 |
| I. Die Constitutio Criminalis Carolina (CCC) .....                                                                                                             | 29 |
| II. Die Zeit der Hexenverfolgung – Cautio Criminalis .....                                                                                                     | 31 |
| III. Die preußische Kriminalordnung von 1805 .....                                                                                                             | 33 |
| IV. Die vorbildliche Entwicklung im französischen Strafverfahrensrecht ...                                                                                     | 34 |
| V. Die Reform des Strafverfahrens in den deutschen Staaten .....                                                                                               | 36 |
| VI. Die Regelungen über das Beweisantragsrecht und die Ablehnbarkeit von Beweisanträgen in der deutschen Partikulargesetzgebung vor Erlaß der RStPO 1877 ..... | 37 |
| 1. Hessen-Nassau .....                                                                                                                                         | 37 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                       |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2. Kurhessen .....                                                                                                                                                                                                                                                    | 38        |
| 3. Bayern .....                                                                                                                                                                                                                                                       | 39        |
| 4. Preußen .....                                                                                                                                                                                                                                                      | 40        |
| 5. Württemberg, Braunschweig, Sachsen, Hannover, Baden .....                                                                                                                                                                                                          | 42        |
| 6. Zusammenfassung .....                                                                                                                                                                                                                                              | 44        |
| VII. Die gesetzliche Regelung in der Reichsstrafprozeßordnung 1877 und ihre Entstehungsgeschichte .....                                                                                                                                                               | 44        |
| 1. Die gesetzliche Regelung .....                                                                                                                                                                                                                                     | 44        |
| 2. Die Entstehungsgeschichte .....                                                                                                                                                                                                                                    | 46        |
| a) Die Initiative des Gesetzgebers .....                                                                                                                                                                                                                              | 46        |
| b) Der erste Entwurf (E I) .....                                                                                                                                                                                                                                      | 46        |
| c) Der zweite und dritte Entwurf (E II u. E III) .....                                                                                                                                                                                                                | 47        |
| d) Die Überarbeitung durch die Reichsjustizkommission .....                                                                                                                                                                                                           | 49        |
| VIII. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen .....                                                                                                                                                                                                                     | 51        |
| <br>                                                                                                                                                                                                                                                                  |           |
| <i>2. Abschnitt: Von der Reichsstrafprozeßordnung 1877 bis zum Ende des 2. Weltkrieges – Die Ausgestaltung des Beweisantragsrechts und die Entwicklung des Ablehnungsgrundes der Unerreichbarkeit des Beweismittels in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur .....</i> | <i>54</i> |
| I. Die Entwicklung bis zur Notverordnung vom 14. 6. 1932 .....                                                                                                                                                                                                        | 54        |
| 1. Gesetzgeberische Initiativen .....                                                                                                                                                                                                                                 | 54        |
| a) Die Entwicklung bis zum Entwurf 1895 .....                                                                                                                                                                                                                         | 54        |
| b) Die Entwicklung bis zum Entwurf 1919 .....                                                                                                                                                                                                                         | 55        |
| c) Die Entwicklung bis zur Notverordnung vom 14. 6. 1932 .....                                                                                                                                                                                                        | 56        |
| 2. Die Ausgestaltung des Beweisantragsrechts durch das Reichsgericht und die ältere Literatur – Die Entwicklung der Ablehnungsgründe ..                                                                                                                               | 59        |
| a) Die Arbeit des Reichsgerichts .....                                                                                                                                                                                                                                | 59        |
| aa) Die Entwicklung der Ablehnungsgründe .....                                                                                                                                                                                                                        | 59        |
| bb) Die Anfänge der Aufklärungsrüge .....                                                                                                                                                                                                                             | 62        |
| b) Der Einfluß der älteren Literatur .....                                                                                                                                                                                                                            | 63        |
| II. Die Zeit der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten bis zum Ende des 2. Weltkrieges .....                                                                                                                                                                  | 66        |
| 1. Gesetzgeberische Initiativen .....                                                                                                                                                                                                                                 | 66        |
| a) Die Verordnung über die Bildung von Sondergerichten vom 31. März 1933 .....                                                                                                                                                                                        | 66        |
| b) Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG vom 28. Juni 1935 .....                                                                                                                                                                   | 66        |

|                                                                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| c) Die Maßnahmenverordnung vom 1. September 1939 und die Vereinfachungsverordnung vom 13. August 1942 .....                                                                  | 68 |
| 2. Die Stellungnahme des Reichsgerichts zum Abbau des Beweisantragsrechts durch das nationalsozialistische Regime .....                                                      | 69 |
| a) Der Einfluß des § 24 der Maßnahmenverordnung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....                                                                              | 69 |
| b) Die Weiterentwicklung der Aufklärungsrüge durch das Reichsgericht .....                                                                                                   | 70 |
| 3. Die Rolle der Literatur beim Abbau des Beweisantragsrechts in der NS-Zeit .....                                                                                           | 70 |
| III. Die Grundzüge der geschichtlichen Entwicklung speziell des Ablehnungsgrundes der Unerreichbarkeit bis zum Ende des 2. Weltkrieges in Rechtsprechung und Literatur ..... | 72 |
| 1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....                                                                                                                               | 72 |
| 2. Die Behandlung in der älteren Literatur .....                                                                                                                             | 75 |
| IV. Die gesetzliche Regelung durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12. September 1950 .....                                                                           | 76 |
| V. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen .....                                                                                                                               | 77 |

3. Teil

**Die Unerreichbarkeit des Beweismittels nach gegenwärtigem Recht**

|                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>1. Abschnitt: Die Einordnung des Ablehnungsgrundes der Unerreichbarkeit in das Normengefüge der Strafprozeßordnung</i> .....      | 81 |
| I. Einordnung in § 244 .....                                                                                                         | 81 |
| II. Zusammenhang zwischen § 244 Abs. 3 Satz 2 5. Alt. und den §§ 223 und 251 .....                                                   | 83 |
| <i>2. Abschnitt: Grundsätzliche Voraussetzungen der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels</i> ..... | 87 |
| I. Vorliegen eines Beweisantrags .....                                                                                               | 87 |
| 1. Der Unterschied zwischen Amtsaufklärungspflicht und Beweisantragsrecht .....                                                      | 87 |
| a) Theorie der Identität von Amtsaufklärungspflicht und Beweisantragsrecht .....                                                     | 88 |
| b) Stellungnahme .....                                                                                                               | 88 |
| II. Die allgemeinen Gründe der Unerreichbarkeit – Versuch einer dogmatischen Differenzierung .....                                   | 92 |
| 1. Die bisherige Einteilung in tatsächliche und rechtliche Unerreichbarkeit .....                                                    | 92 |

|                                                                                                                                                     |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2. Eigener Ansatz – Objektive und subjektive Unerreichbarkeit                                                                                       | 95        |
| <b>3. Abschnitt: Die Unerreichbarkeit des Zeugen</b>                                                                                                | <b>97</b> |
| I. Der Zeuge als dominierendes Beweismittel in der Praxis                                                                                           | 97        |
| II. Vorprüfung durch das Gericht                                                                                                                    | 97        |
| 1. Stellung eines Beweisantrags                                                                                                                     | 97        |
| 2. Das Nichtvorliegen anderer Ablehnungsgründe                                                                                                      | 97        |
| III. Die Fälle der objektiven Unerreichbarkeit des Zeugen                                                                                           | 99        |
| 1. In der Person des Zeugen liegende und von ihm selbst nicht zu beseitigende Hindernisse                                                           | 99        |
| a) Tod, Verschollenheit, Geisteskrankheit, § 251 Abs. 1 Nr. 1 1. u. 2. Variante                                                                     | 99        |
| b) Krankheit und Gebrechlichkeit für längere oder ungewisse Zeit                                                                                    | 100       |
| aa) Unmöglichkeit des Erscheinens wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit                                                                              | 100       |
| bb) Die ungewisse Dauer                                                                                                                             | 102       |
| c) Die Unerreichbarkeit bei Möglichkeit der kommissarischen Vernehmung                                                                              | 102       |
| 2. Andere nicht zu beseitigende Hindernisse, die dem Erscheinen des Zeugen bei bekanntem Aufenthalt entgegenstehen, §§ 251 Abs. 1 Nr. 2, 223 Abs. 1 | 103       |
| a) Inländische Zeugen                                                                                                                               | 104       |
| aa) Unerreichbarkeit bei Berufung des Zeugen auf das Zeugnisverweigerungsrecht                                                                      | 104       |
| bb) Die Unerreichbarkeit bei Verweigerung der Aussagegenehmigung                                                                                    | 106       |
| cc) Unerreichbarkeit mangels Möglichkeit, das Erscheinen zu erzwingen                                                                               | 107       |
| b) Im Ausland befindliche Zeugen                                                                                                                    | 107       |
| aa) Allgemeine Voraussetzung der Ablehnung wegen Unerreichbarkeit                                                                                   | 107       |
| bb) Die Unerreichbarkeit bei Aufenthalt des Zeugen in Vertragsstaaten des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens                                    | 109       |
| (a) Ladung zur Hauptverhandlung                                                                                                                     | 109       |
| (b) Entbehrlichkeit der Ladung                                                                                                                      | 111       |
| (c) Die Ausgestaltung der Ladung nach dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen                                                                     | 112       |
| (aa) Die Unzulässigkeit von Zwangsandrohungen – Art. 8 EuRHiÜbK                                                                                     | 112       |
| (bb) Hinweis auf die Zeugenentschädigung – Art. 9 EuRHiÜbk                                                                                          | 113       |

|      |                                                                                                                                                    |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (cc) | Aufforderung des ersuchten Staates an den Zeugen zu erscheinen – Art. 10 EuRHiÜbK .....                                                            | 113 |
| (dd) | Die Überstellung eines Häftlings als Zeuge gem. Art. 11 EuRHiÜbk .....                                                                             | 115 |
| (ee) | Der Hinweis auf das freie Geleit gem. Art. 12 Abs. 1 und 3 EuRHiÜbK .....                                                                          | 116 |
| cc)  | Die Unerreichbarkeit bei bekanntem Aufenthalt des Zeugen im sonstigen Ausland im Rechtshilfeverkehr auf vertraglicher und vertragloser Ebene ..... | 118 |
| (a)  | Zustellung einer Ladung .....                                                                                                                      | 118 |
| (b)  | Die Zusicherung freien Geleits .....                                                                                                               | 120 |
| c)   | Zeugen aus der DDR .....                                                                                                                           | 123 |
| aa)  | Die Auswirkungen des Grundlagenvertrages .....                                                                                                     | 123 |
| bb)  | Unerreichbarkeit bei Ablehnung der Weiterleitung des Rechtshilfeersuchens durch Behörden der Bundesrepublik ..                                     | 124 |
| cc)  | Unerreichbarkeit des Zeugen bei der Gefahr rechtsstaatlicher Verfolgung .....                                                                      | 126 |
| 3.   | Die Behandlung des Beweisantrags bei „vorübergehender“ Unerreichbarkeit des Zeugen, dessen Aufenthalt bekannt ist .....                            | 127 |
| a)   | Die von der Rechtsprechung zugrunde gelegte Zeitspanne .....                                                                                       | 127 |
| b)   | Einräumung eines Ermessensspielraums .....                                                                                                         | 128 |
| aa)  | Das Kriterium der Schwere des Tatvorwurfs .....                                                                                                    | 129 |
| bb)  | Die Bedeutung des Beweismittels .....                                                                                                              | 129 |
| cc)  | Die Berücksichtigung des Beschleunigungsgrundsatzes ...                                                                                            | 130 |
| c)   | Die Notwendigkeit einer Begrenzung der „vorübergehenden“ Unerreichbarkeit .....                                                                    | 131 |
| 4.   | Die Unerreichbarkeit des behördlich geheimgehaltenen V-Mannes ..                                                                                   | 132 |
| a)   | Problemstellung .....                                                                                                                              | 132 |
| b)   | Der Begriff des V-Mannes, seine Einsatzgebiete und sein Vorgehen .....                                                                             | 133 |
| aa)  | Der Begriff des V-Mannes .....                                                                                                                     | 133 |
| bb)  | Die Einsatzgebiete des V-Mannes .....                                                                                                              | 135 |
| cc)  | Das Vorgehen des V-Mannes .....                                                                                                                    | 136 |
| c)   | Voraussetzungen für die Unerreichbarkeit des behördlich geheimgehaltenen V-Mannes .....                                                            | 137 |
| aa)  | Zulässigkeit und rechtliche Grundlagen der Abschottung des V-Mannes durch die Behörden .....                                                       | 137 |
| (a)  | Die Verweigerung der Aussagegenehmigung .....                                                                                                      | 137 |
| (b)  | Die Rechtsgrundlage für die Nichtbekanntgabe des Namens und der ladungsfähigen Anschrift des V-Mannes .....                                        | 138 |
| (c)  | Die Weigerungsgründe des § 96 .....                                                                                                                | 140 |

|      |                                                                                                                      |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (d)  | Weitere Weigerungsgründe – Gefährdung des Zeugen und Vertraulichkeitszusage .....                                    | 141 |
| (e)  | Die Entscheidungskompetenz bei der Auskunftsverweigerung .....                                                       | 143 |
| (f)  | Der Zeitpunkt der Entscheidung der obersten Dienstbehörde .....                                                      | 145 |
| (g)  | Anforderungen an die Begründung der Sperrerklärung der obersten Dienstbehörde .....                                  | 146 |
| bb)  | Der Rechtsweg gegen die Sperrerklärung .....                                                                         | 147 |
| (a)  | Der Verwaltungsrechtsweg .....                                                                                       | 148 |
| (b)  | Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten .....                                                                    | 149 |
| (c)  | Stellungnahme .....                                                                                                  | 149 |
| cc)  | Die Behandlung des Beweisantrags bei rechtswidriger Verweigerung der Auskunft über die Identität des V-Mannes .....  | 151 |
| (a)  | Die Gründe der Rechtswidrigkeit .....                                                                                | 151 |
| (b)  | Die Reaktionen des erkennenden Gerichts .....                                                                        | 152 |
| (aa) | Die Erhebung von Gegenvorstellungen .....                                                                            | 152 |
| (bb) | Abwarten des Justizverwaltungsverfahrens .....                                                                       | 152 |
| (cc) | Beschlagnahme der Akten .....                                                                                        | 153 |
| (c)  | Die Behandlung des Beweisantrags .....                                                                               | 155 |
| dd)  | Die Behandlung des Beweisantrags bei rechtmäßiger Sperrerklärung .....                                               | 157 |
| d)   | Die Rechtsfolge der Unerreichbarkeit des behördlich geheimgehaltenen V-Mannes aus der Sicht der Rechtsprechung ..... | 158 |
| aa)  | Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26. 5. 1981 .....                                                     | 162 |
| bb)  | Die vorläufige Bewertung des Beschlusses .....                                                                       | 165 |
| cc)  | Der Beschluß des großen Senats für Strafsachen vom 17. 10. 1983 .....                                                | 167 |
| dd)  | Analyse der Entscheidung des Großen Senats .....                                                                     | 169 |
| ee)  | Die Auswirkungen des Beschlusses des Großen Senats auf die neuere Rechtsprechung .....                               | 173 |
| (a)  | Die Entscheidungen des 5. Strafsenats vom 20. 12. 1983 und 16. 4. 1985 .....                                         | 173 |
| (b)  | Das Urteil des 3. Strafsenats vom 14. 11. 84 .....                                                                   | 174 |
| (c)  | Das Urteil des 2. Strafsenats vom 5. 12. 1984 .....                                                                  | 177 |
| (d)  | Das Urteil des 5. Strafsenats vom 16. 4. 1985 .....                                                                  | 178 |
| (e)  | Der Beschluß des 5. Strafsenats vom 21. 3. 1989 .....                                                                | 179 |
| (j)  | Das Urteil des 2. Strafsenats vom 31. 3. 1989 .....                                                                  | 179 |
| e)   | Die Notwendigkeit einer Kurskorrektur der Rechtsprechung .....                                                       | 182 |
| aa)  | Die heute noch zu lösenden Probleme .....                                                                            | 182 |
| bb)  | Die „Fernwirkung“ des Lösungsansatzes des Großen Senats .....                                                        | 183 |
| (a)  | Verbot des Ausschlusses der Verteidigung bei der polizeilichen Vernehmung .....                                      | 183 |

|      |                                                                                                          |            |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| (b)  | Die Pflicht zur Namensnennung des V-Mannes gem. § 68 bei der polizeilichen Vernehmung .....              | 185        |
| (c)  | Die Konsequenz der gefundenen Lösung .....                                                               | 187        |
| cc)  | Die Lösungsansätze der Literatur und ihre Berechtigung ..                                                | 188        |
| (a)  | Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens ....                                                     | 188        |
| (aa) | Die Zweifelhaftigkeit des § 261 als taugliches Regulativ .....                                           | 189        |
| (bb) | Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG .....                                                                   | 194        |
| (cc) | Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 d der Menschenrechtskonvention (MRK) .....                        | 196        |
| (b)  | Rechtsmißbrauch wegen widersprüchlichen Verhaltens .....                                                 | 198        |
| dd)  | Modifikation des gefundenen Ergebnisses .....                                                            | 199        |
| (a)  | Gefährdung des V-Mannes durch den Angeklagten oder seine Hintermänner .....                              | 199        |
| (b)  | Zustimmung des Angeklagten zur Verwertung der V-Mann-Angaben .....                                       | 200        |
| f)   | Schlußbetrachtung .....                                                                                  | 202        |
| IV.  | Die Fälle der subjektiven Unerreichbarkeit des Zeugen .....                                              | 203        |
| 1.   | Unerreichbarkeit des Zeugen wegen nicht zu ermittelnden Aufenthalts .....                                | 203        |
| a)   | Die nach der Rechtsprechung zu stellenden Anforderungen an die Beibringungsbemühungen des Gerichts ..... | 204        |
| b)   | In Unzulässigkeit einer Durchbrechung des Beweisantizipationsverbots .....                               | 208        |
| c)   | Die „Schwere der Tat“ als unzulässiges Abwägungskriterium ...                                            | 210        |
| d)   | Die Konsequenz der gefundenen Lösung .....                                                               | 210        |
| 2.   | Unerreichbarkeit des Zeugen wegen Unzumutbarkeit des Erscheinens .....                                   | 213        |
| V.   | Die Anforderungen an die Begründung der Ablehnung des Beweisantrags .....                                | 214        |
|      | <b>Ergebnis der Untersuchung .....</b>                                                                   | <b>218</b> |
|      | <b>Literaturverzeichnis .....</b>                                                                        | <b>222</b> |





## **Einleitung**

In neuerer Zeit hatte sich der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz in zahlreichen Entscheidungen mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Ablehnung eines Beweisantrages wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels zu beschäftigen. Nach Ansicht des Vorsitzenden Richters am Bundesgerichtshof Herdegen (geäußert in NStZ 1984, 97ff., 99) hat dieser Ablehnungsgrund „in den letzten Jahren eine Aktualisierung erfahren, die es rechtfertigt, ihn an die Spitze der Erörterung der in der Praxis wichtigsten Ablehnungsgründe zu stellen“.

Vorrangiges Ziel dieser Arbeit ist es nicht, eine grundsätzliche Untersuchung über den Beweisantrag vorzulegen, sondern speziell den Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit des Beweismittels zu durchleuchten. Da aber die Entwicklung der Ablehnungsgründe eng verknüpft ist mit der Entwicklung des Beweisantragsrechts, kann sich die vorliegende Untersuchung nicht losgelöst allein mit dem Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit beschäftigen, da sie gleichsam in die übergeordnete Problematik des Beweisantragsrechts eingebettet ist.

Da die heutige Regelung in § 244 Abs. 3 StPO das Ergebnis einer über 100jährigen Auseinandersetzung ist, ja die geschichtlichen Wurzeln noch weiter zurückgreifen, soll ein Schwerpunkt der Arbeit in der Aufarbeitung der geschichtlichen Entwicklung des Beweisantragsrechts im allgemeinen und des Ablehnungsgrundes der Unerreichbarkeit des Beweismittels im besonderen liegen.

Ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit liegt wegen seiner besonderen Tragweite und Aktualität in der Beschäftigung mit den Aspekten der Unerreichbarkeit des Beweismittels aufgrund behördlichen Verhaltens (V-Mann Problematik).



## 1. Teil

# Begriffsbestimmung

### 1. Abschnitt

## Der Begriff des Beweisantrags

### I. Problemstellung

Der Angeklagte beantragte in der Hauptverhandlung „zwei ihm dem Namen nach unbekannte Zeugen zu vernehmen, nämlich einen etwa dreißigjährigen, kinderlos verheirateten Arbeiter zu K. mit blondem Vollbart, welchem an einem Fuß die Zehen fehlten, und einem etwa achtzehn Jahre alten Ochsenjungen im Gasthof [Zur halben Meile] bei H.“<sup>1</sup>. Würde heute ein Gericht mit einem solchen Antrag konfrontiert, stünde das Gericht zunächst vor der Frage, ob es sich dabei überhaupt um einen Beweisantrag im Sinne des § 244 Abs. 3<sup>2</sup> handelte, denn nur in diesem Fall bedürfte es gem. § 244 Abs. 6 zur Ablehnung eines Gerichtsbeschlusses, und der Antrag wäre nur aus den in § 244 Abs. 3 genannten Gründen ablehnbar, beispielsweise wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels, da die Auffassung denkbar wäre, die Zeugen seien anhand der gemachten Angaben nicht zu ermitteln und daher unerreichbar. Handelte es sich dagegen um einen bloßen sogenannten Beweisermittlungsantrag<sup>3</sup>, bedürfte er keiner förmlichen Bescheidung<sup>4</sup>, sondern das Gericht hätte allenfalls zu erwägen, ob die Amtsaufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 es geböte, über diese Zeugen Nachforschungen anzustellen. Nur im ersteren Fall wäre der Problembereich dieser Untersuchung tangiert, im Fall der Annahme eines Beweisermittlungsantrages dagegen nicht. Schon dieses Beispiel aus der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt, wie notwendig zu Beginn dieser Untersuchung eine Klärung des Begriffs

<sup>1</sup> RG Urt. v. 2. Juli 1886 Rep. 1611/86, zitiert nach RG GA 38 (1891) 60, 61 Fn. 1).

<sup>2</sup> Paragraphen ohne nähere Angabe sind solche der StPO i. d. F. der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074).

<sup>3</sup> Darunter ist ein Antrag zu verstehen, mit dem der Antragsteller zwar vom Gericht eine Beweiserhebung begehrt, in dem aber das Beweismittel oder die Beweistatsache nicht genügend bestimmt ist. Vgl. Bergmann, *Beweisanregung*, a. a. O., S. 6. Diese Bezeichnung ist treffend, da ein solcher Antrag nicht unmittelbar die Erhebung des Beweises, sondern zunächst die Ermittlung von Beweistatsachen oder Beweismitteln erstrebt. Vgl. dazu auch Alsberg/Nüse/Meyer, *Beweisantrag*, a. a. O. S. 75 ff. m. w. N.

<sup>4</sup> So nach feststehender Rspr. und h. M. vgl. BGHSt 6, 128, 129; MDR 80, 987; NSStZ 1982, 296, 297; Düsseldorf VRS 64, 216, 219; Dahs, *Handbuch*, a. a. O., Rn. 577; Sarstedt/Hamm, *Revision*, a. a. O. Rn. 277; a. A. Schulz, GA 1981, 301 ff.; Bergmann MDR 1976, 888, 892.