

1 Ss. 230/10  
5/20 Ns – 5130 Js 208117/07  
(76/08)  
Landgericht Frankfurt am Main



**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN**

**BESCHLUSS**

EINGEGANGEN

11. Jan. 2011

RA KITLIKOGLU

In der Strafsache

gegen



wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz

hat der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil der 20. kleinen Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 16.02.2010 durch die Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] und [REDACTED] und den Richter am Landgericht [REDACTED]

am 04.01.2011

**b e s c h l o s s e n :**

Das angefochtene Urteil wird mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückverwiesen.

Gründe:

Das Amtsgericht Frankfurt am Main hat den Angeklagten mit Urteil vom 24.04.2008 wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Kokain) in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung hat das Landgericht Frankfurt am Main mit dem angefochtenen Urteil vom 16.02.2010 verworfen.

Die hiergegen gerichtete, form- und fristgerecht eingelegte und in gleicher Weise begründete Revision des Angeklagten hat mit der ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge Erfolg.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat in ihrer Stellungnahme vom 11.10.2010 unter anderem ausgeführt:

„Die von dem Revisionsführer unter Ziffer 5 seiner Revisionsbegründung erhobene Verfahrensrüge verhilft dem Rechtsmittel zum Erfolg.

Die Revision ist aufgrund der zulässig vorgetragene Rüge der Verletzung von § 244 Abs. 3 S. 1 StPO und somit des Verstoßes gegen die richterliche Aufklärungspflicht, die den Formerfordernissen einer entsprechenden Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 S. 1 u. 2. StPO) genügt, begründet.

Das Revisionsvorbringen enthält ausreichende inhaltliche Angaben über die vermisste Beweiserhebung (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 21.12.1992 - 5 StR 523/92 - zitiert nach juris) und ermöglicht dem Revisionsgericht somit, ohne Rückgriff auf die Akten zu überprüfen, ob - bei Unterstellung, dass die vorgetragene Tatsachen zutreffen, - der geltend gemachte Verfahrensfehler vorliegt (vgl. BGH StV 1984, 454; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., Rdn 21 zu § 344).

Die Ablehnung des auf Ladung und Vernehmung der ehemaligen Mitangeklagten [REDACTED] gerichteten Beweisantrages des Angeklagten war rechtsfehlerhaft.

Der Beweisantrag war nicht unzulässig.

Als unzulässig abzulehnen ist ein Beweisantrag, der die Verwendung eines nach der StPO nicht zulässigen Beweismittels vorsieht. Dies ist der Fall, wenn Personen als

Zeugen benannt werden, die - etwa als Mitangeklagte oder Privatkläger - keine Zeugenrolle einnehmen können (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., Rdn 49 zu § 244).

Die Beweiserhebung ist auch wegen des Bestehens eines Beweisverbots unzulässig, wenn ein Zeuge sich auf ein ihm zustehendes Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht beruft (Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., Rdnrn 203, 205).

Das Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht begründet jedoch erst dann ein Beweisverbot, wenn feststeht, dass der Zeuge von ihm Gebrauch machen will. Dazu bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung. Der Zeuge muss unter Umständen, die seine Erklärung als endgültig und frei von Willensmängeln erscheinen lassen, dem erkennenden Gericht mitteilen, er werde von seinem Recht, die Aussage zu verweigern, Gebrauch machen.

Die Vermutung, dass der Zeuge eine solche Erklärung abgeben werde, rechtfertigt die Ablehnung eines Beweisantrags nicht.

Auch wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der Zeuge trotz früherer Erklärung über eine Aussageverweigerung seinen Entschluss über den Gebrauch des Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechts ändern werde, darf der Beweisantrag auf seine Vernehmung nicht als unzulässig abgelehnt werden.

Die bloße Möglichkeit eines Sinneswandels zwingt das Gericht jedoch noch nicht, den Zeugen vorzuladen. Es muss nicht in jedem Fall im Freibeweis Ermittlungen darüber anstellen, ob der Zeuge sich mittlerweile anders besonnen hat.

Behauptet jedoch der Beweisantragsteller unter Angabe konkreter Anhaltspunkte einen solchen Sinneswandel, darf der Beweisantrag nicht nach § 244 Abs. 3 S. 1 StPO abgelehnt werden (vgl. Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl., S. 452 ff. m. zahlr. w. N.).

Die Berufung auf das Zeugnisverweigerungsrecht macht den Zeugen zudem grundsätzlich nur für den jeweiligen Rechtszug zu einem unzulässigen Beweismittel.

Im Berufungsverfahren muss dem Antrag auf Ladung des Zeugen regelmäßig stattgegeben werden, auch wenn er im ersten Rechtszug von seinem Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat. Denn zwischen beiden Rechtszügen liegt das Urteil des Strafrichters oder Schöffengerichts und es lässt sich regelmäßig nicht ausschließen, dass sich dadurch die Einstellung des Zeugen geändert hat (Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl., S. 452 ff. m. zahlr. w. N.).

Die als Beweismittel benannte [REDACTED], durfte vorliegend als Zeugin behandelt werden. Ihrer beantragten Vernehmung als Zeugin stand nicht bereits entgegen, dass sie zuvor Mitangeklagte des Revisionsführers gewesen war.

Denn nachdem das Verfahren gegen sie bzw. gegen den Revisionsführer abgetrennt worden war (Bl. 617 Bd. III d. A.), war sie nicht mehr als Mitangeklagte, sondern als Zeugin anzusehen. Für die Frage, ob jemand Mitangeklagter ist, kommt es allein auf die prozessuale Gemeinsamkeit an (vgl. BGHSt 10, 8, 11, 12; 10, 186, 187 ff; 18, 238, 240; 27, 139, 141 ...). Ohne die Klammer der prozessualen Gemeinsamkeit oder bei

deren Wegfall - beispielsweise durch Abtrennung des Verfahrens - besteht kein Hindernis für die Zeugenrolle (Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., Rdn 189 zu § 244; KK, StPO, Rdn 8 vor § 48; BGH, Urt. v. 29.03.1984-4 StR 781/83).

Die prozessuale Gemeinsamkeit war vorliegend seit dem Zeitpunkt der Verfahrensabtrennung nicht mehr gegeben.

Dass das Verfahren gegen [REDACTED] noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, kann dabei keinen entscheidenden Unterschied machen.

Diesbezüglich kann es auch nicht darauf ankommen, ob das Verfahren gegen beide ursprünglich Mitangeklagten nunmehr in förmlich getrennten Verfahren unter verschiedenen Aktenzeichen oder, wie vorliegend, zwar gegen beide getrennt, aber in demselben Verfahren unter demselben Aktenzeichen fortgeführt wird. Anderenfalls würde die jeweilige Rolle von (ursprünglich) Mitangeklagten im Verfahren von reinen Förmlichkeiten und nicht von den tatsächlichen prozessualen Gegebenheiten bestimmt werden.

Die Vernehmung eines ehemals Mitangeklagten, dessen Verfahren nach ursprünglich gemeinsamer Verfahrensführung abgetrennt wurde, als Zeuge muss in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden allein deshalb ermöglicht werden, da seine aktuelle Aussage, sofern er eine solche macht, ansonsten in dem Verfahren gegen den weiteren Mitangeklagten keine Berücksichtigung mehr finden könnte. Dem Angeklagten würde ein möglicherweise entscheidender Entlastungsbeweis abgeschnitten, denn der Antrag auf Ladung des früheren Mitangeklagten als Zeuge müsste abgelehnt werden und auch einem Antrag auf Vernehmung dieser Person als Angeklagtem könnte nicht stattgegeben werden, weil die Rolle eines „Beschuldigten/Angeklagten, der zur Aufklärung bei der Urteilsfindung gegen einen anderen herangezogen wird“, den Vorschriften der StPO über die Hauptverhandlung fremd ist (BGH, Urt. v. 29.03.1984 - 4 StR 781/83 - zitiert nach juris).

Der somit im Verfahren gegen den Revisionsführer als Zeugin zur Verfügung stehenden [REDACTED] stand das Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO auch (noch) zur Verfügung, denn das gegen sie gerichtete Verfahren ist noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Gegen das Urteil des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 25.03.2008, mit dem sie wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kokain) in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr zur Bewährung verurteilt wurde (Bl. 619, 644 ff. Bd. III d. A.), hat sie Berufung eingelegt (Bl. 622 Bd. III d. A.).

Vorliegend hatte der Verteidiger der [REDACTED] im Hauptverhandlungstermin vor dem Amtsgericht am 25.03.2008 zu Protokoll erklärt: „Meine Mandantin macht für den Fall einer zeugenschaftlichen Benennung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO Gebrauch. Ich erkläre, dass ich unwiderrufliche Zustellungsvollmacht habe und meine Mandantin über mich geladen werden kann.“ (Bl. 620 Bd. III d. A.):

Eine Zeugenladung seitens des Amtsgerichts für das weitere Verfahren gegen den Angeklagten erfolgte nicht.

Das Landgericht hat die ehemalige Mitangeklagte [REDACTED] mit Verfügung vom 11.12.2009 sodann zum Berufungshauptverhandlungstermin gegen den Angeklagten [REDACTED] über ihren zustellungsbevollmächtigten Verteidiger für den Termin am 10.02.2010 als Zeugin geladen (Bl. 867, 868, 876, 893/R Bd. IV d. A.).

Zum Berufungshauptverhandlungstermin erschien die Zeugin [REDACTED] nicht (Bl. 952 ff. Bd. IV d. A.).

Allein der Umstand, dass ein Zeuge, wie vorliegend die Zeugin [REDACTED], im ersten Rechtszug von seinem Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, reicht nicht aus, einen Beweisantrag auf Ladung des Zeugen im Berufungsverfahren abzulehnen (KG Berlin, Beschl. v. 07.08.1998 - (3) I Ss 139/98 (72/98)).

Auch der Umstand, dass die Zeugin [REDACTED] zum Berufungshauptverhandlungstermin gegen den Angeklagten [REDACTED] auf ihre Ladung hin nicht erschienen ist, kann nicht dahingehend interpretiert werden, dass sie dadurch ausreichend zum Ausdruck gebracht hat, weiterhin von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Das Schreiben ihres Verteidigers vom 08.01.2010, mit dem dieser bezüglich der Zeugenladung der [REDACTED] um Klarstellung bittet, dass sie - angesichts der Tatsache, dass sie Berufung eingelegt habe - Angeklagte und nicht Zeugin sei (Bl. 901 Bd.

IV d. A.), lässt ebenfalls keinen Schluss darauf zu, ob sie die Auskunft weiterhin verweigern werde oder nicht.

Schließlich hat der Revisionsführer bei Beweisantragstellung konkrete Anhaltspunkte dafür angeführt, dass die Zeugin [REDACTED] nunmehr keinen Gebrauch mehr von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht machen werde. Er hat vorgetragen, sie habe sich gegenüber dem Angeklagten bereit erklärt, im Rahmen dieser Hauptverhandlung (i. e. der Berufungshauptverhandlung) als Zeugin auszusagen.

~~Angesichts dessen hätte das Landgericht dem Beweisantrag des Angeklagten stattgeben müssen.~~

Selbst wenn die Zeugin in der neuen Hauptverhandlung wiederum von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hätte, hätte das Landgericht sodann auch prüfen müssen, ob die Zeugin im Hinblick auf die gerichtliche Aufklärungspflicht hätte gefragt werden müssen, ob sie einer Verwertung ihrer im Ermittlungsverfahren gemachten Angaben zustimmt (BGH, Beschl. v. 12.11.2002 - 3 StR 244/02 -; Urt. v. 24.04.2003 - 3 StR 181/02 - jew. zitiert nach juris).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts liegt bei einer erneuten Ladung und Vernehmung der Zeugin keine Umgehung der von dem mit unwiderruflicher Zustellungsvollmacht ausgestatteten Verteidiger am 25.03.2008 abgegebenen Erklärung (Bl. 620

Bd. III d. A.). Denn letztendlich ist es allein vom Willen des Zeugen abhängig, ob und wie lange er von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht. Er kann eine früher von seinem Prozessvertreter für ihn abgegebene Erklärung jederzeit widerrufen und sich eines anderen besinnen.

Da vorliegend Anhaltspunkte dafür bestanden, dass Letzteres der Fall war, hätte das Landgericht mithin den auf Vernehmung der Zeugin [REDACTED] gerichteten Beweisantrag des Angeklagten nicht als unzulässig ablehnen dürfen.

Die Ablehnung des Beweisantrags kam auch nicht aus anderen Gründen in Betracht. Bei der Zeugin [REDACTED] handelt es sich um ein wesentliches, geeignetes und erreichbares Beweismittel.

Insbesondere hätte sie nicht als ungeeignetes Beweismittel angesehen werden können (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO).

Ein Zeuge kann zwar auch dann völlig ungeeignet sein, wenn er zuvor dem Gericht erklärt hat, er werde in Ausübung seines Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechts nicht aussagen. Jedoch kommt dies überhaupt nur in Betracht, wenn wegen unveränderter Beweislage ausgeschlossen werden kann, dass er in der Hauptverhandlung doch

aussagen will. Die frühere Berufung auf ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht genügt diesbezüglich nicht (BGH 21, 13; ... StV 90, 394; BGH, Urt. v. 22.12.1981 - 5 StR 662/81 - zitiert nach juris; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., Rdn 218).

Die Zeugin war auch nicht etwa aus Rechtgründen unerreikbaar (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO).

Ein Zeuge, der sich auf ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht berufen kann, ist jedenfalls nicht unerreikbaar, solange er sich noch nicht für den vorliegenden

Rechtszug - zur Ausübung dieses Rechts erklärt hat. Auch darüber hinaus - wenn er befugt die Aussage verweigert - wird er durch Ausübung des Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechts nicht unerreikbaar. Allenfalls ist eine Beweiserhebung durch seine Vernehmung unzulässig, denn seine Verwendbarkeit als Beweismittel scheidet nicht daran, dass das Gericht ihn wegen der Grenzen seiner Rechtsmacht nicht einvernehmen kann, sondern daran, dass es ihn nicht einvernehmen darf (Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., Rdn 256 zu § 244).

Der dargelegte Verfahrensverstoß muss zur Aufhebung des Urteils führen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil auf ihm beruht.

Es besteht die Möglichkeit, dass die Zeugin, wäre sie - unter Hinweis auf ihre Zeugenrolle - erneut geladen worden, von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht keinen Gebrauch mehr gemacht hätte.

Eines Eingehens auf die übrigen Verfahrensrügen und die Sachrüge bedarf es angesichts der Begründetheit der genannten Verfahrensrüge nicht mehr.“

Dem tritt der Senat bei.

Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückzuverweisen (§§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 2 Satz 1 StPO).

