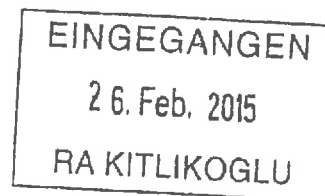
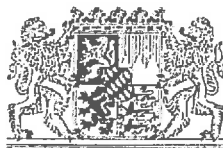


## Oberlandesgericht Bamberg

Az.: 2 OLG 6 Ss 5/15  
3 Ns 135 Js 11777/13 Landgericht Aschaffenburg



In dem Strafverfahren gegen

A. B.

wegen Betruges

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg -2. Strafsenat- durch die unterzeichnenden Richter am 23.02.2015 folgenden

### Beschluss

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aschaffenburg vom 18.11.2014 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Strafkammer des Landgerichts Aschaffenburg zurückverwiesen.

### Gründe:

I.

Das Amtsgericht – Strafrichter – Obernburg a. Main verurteilte den Angeklagten am 17.03.2014 wegen Betruges zu einer Freiheitsstrafe von elf Monaten. Gegen dieses Urteil legte der Angeklagte Berufung ein. Mit Urteil vom 18.11.2014 hat das Landgericht Aschaffenburg die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Obernburg am Main vom 17.03.2014 verworfen.

Nach den Feststellungen des Landgerichts nahm der Angeklagte unter dem falschen Namen K Kontakt mit der Geschädigten A auf und bot ihr eine Arbeitsstelle in Heimarbeit an. Nach telefonischen Kontakten bzw. schriftlichen Kontakten über WhatsApp trafen sich beide am 29.07.2013 gegen 16:00 Uhr zu einem gemeinsamen Besuch einer Eisdiele, um über

die Heimarbeitsstelle zu sprechen. An ihrer Wohnung in der J. . Str. in E. sah der Angeklagte den PKW Mercedes A-Klasse, amtliches Kennzeichen der Geschädigten stehen und gab wahrheitswidrig vor, diesen gegen einen höherwertigen PKW der Marke Renault Scenic oder Megane austauschen zu wollen. Die Geschädigte, die sich in Geldnöten befand, war letztlich mit dem Tausch einverstanden und überließ dem Angeklagten ihren PKW nebst Fahrzeugbrief, Fahrzeugschein und Fahrzeugschlüsseln im Vertrauen darauf, dass der Angeklagte ihr noch am selben Tag das versprochene höherwertige Tauschfahrzeug übergebe. Entsprechend vorgefasster Absicht entfernte sich der Angeklagte mit dem Fahrzeug der Geschädigten, welches noch einen Zeitwert von ca. 2000 € hatte, ohne ihr in der Folgezeit das versprochene höherwertige Fahrzeug zu überlassen. Das Fahrzeug wurde am 30.07.2013 in der Zulassungsstelle G. abgemeldet und ist seitdem verschwunden, wodurch der Geschädigten ein entsprechender Schaden entstanden ist.

Mit seiner gegen dieses Urteil gerichteten Revision rügt der Angeklagte durch seinen Verteidiger die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Mit der Verfahrensrüge wird insbesondere geltend gemacht, dass das Landgericht einen Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Beweistatsache abgelehnt, dieser in den Urteilsgründen für die Begründung des Schuldspruchs aber gleichwohl Bedeutung beigemessen habe. Ferner rügt die Revision, das Landgericht habe durch die Verwertung eines nicht prozessordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführten Lichtbildes gegen § 261 StPO verstoßen.

Mit Antragschrift vom 26.01.2015 hat die Generalstaatsanwaltschaft Bamberg wegen der gerügten fehlerhaften Behandlung des Beweisantrages die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Aschaffenburg beantragt.

Das Schreiben der Verteidigung vom 11.02.2015 lag dem Senat bei seiner Entscheidung vor.

## II.

Die gemäß § 333 StPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 341 Abs. 1, 344, 345 StPO) Revision des Angeklagten hat mit der Inbegriffsrüge – zumindest vorläufigen - Erfolg. Das Landgericht hat seine Überzeugungsbildung von der Täterschaft des Angeklagten u.a. auf einen Vergleich des Angeklagten mit einer auf einem von der Hauptbelastungszeugin A. zur Verfügung gestellten Lichtbild abgebildeten Person gestützt. Es hat dieses Lichtbild in der Hauptverhandlung allerdings ausweislich der Sitzungsniederschriften über die am 03.11.2014, 12.11.2014

und 18.11.2014 durchgeführte Hauptverhandlung nicht zu Beweiszwecken in Augenschein genommen.

1. Der zulässigen, den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Verfahrensrüge der Verletzung des § 261 StPO liegt - belegt durch die Verfahrensakten - folgender Verfahrensgang zu Grunde:

In der Hauptverhandlung vom 03.11.2014 erklärte der Angeklagte, dass er keine Angaben zur Sache machen werde. Nach Eröffnung der Beweisaufnahme wurde zunächst die Geschädigte A. als Zeugin vernommen.

Hierzu verhält sich das Hauptverhandlungsprotokoll vom 03.11.2014 (Blatt 283 d.A.) wie folgt:

„Die Zeugin machte Angaben zur Sache.

Das Lichtbildblatt 19 der Akte wurde der Zeugin vorgehalten.

Die Zeugin machte Angaben hierzu und sagte weiter aus zur Sache.

Die Zeugin blieb im allseitigen Einverständnis unvereidigt und wurde um 9:40 Uhr entlassen.“

Im Fortsetzungstermin vom 12.11.2014 wurde die Freundin der Geschädigten C. als Zeugin vernommen.

Hierzu verhält sich das Hauptverhandlungsprotokoll vom 12.11.2014 (Blatt 319 d.A.) wie folgt:

„Die Zeugin machte Angaben zur Sache.

Das Lichtbildblatt 19 der Akte wurde der Zeugin vorgehalten.

Die Zeugin machte Angaben hierzu und sagte weiter aus zur Sache.

Die Zeugin blieb unvereidigt und wurde im allseitigen Einverständnis um 9:25 Uhr entlassen.“

Ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls vom 12.11.2014 wurden diverse, in den Akten befindlichen Unterschriften in Augenschein genommen. Eine Eintragung, wonach das auf Bl. 19 d.A. befindliche Lichtbild Gegenstand einer Inaugenscheinnahme war, ist dagegen weder im Hauptverhandlungsprotokoll vom 03.11.2014 noch vom 12.11.2014 und auch nicht vom 18.11.2014 enthalten.

2. In den schriftlichen Urteilsgründen hat das Landgericht die Angaben der vorgenannten Zeuginen zu dem auf Bl. 19 d.A. enthaltenen Lichtbild wie folgt wiedergegeben:

„Die Zeugin A. ... erzählte weiter, dass sie über Ermittlungen in ihrem Bekanntenkreis und durch das vom Angeklagten auf ihrem Handy zur Verfügung gestellte Bild auf den richtigen Namen des Angeklagten gekommen sei. Die Zeugin gab im Hauptverhandlungstermin an, dass sie den Angeklagten als die Person wiedererkenne, der sie am 29.7.2013 ihr Fahrzeug übergeben habe....“ (BU S. 8).

„Die Zeugin C. bestätigte in ihrer Aussage, dass die Zeugin A. ihr erzählt habe, dass ihr ein Mann ein anderes Auto für ihr altes Auto angeboten hätte. Im Zeitraum September/Oktober 2014 sei sie mit der Zeugin A. nach Of gefahren, um einen Freund abzuholen. Unterwegs habe die Zeugin aber in einem Audi jemandem gesehen, der sie an den Angeklagten erinnert habe und so sei das Gespräch wieder auf den Vorfall gekommen. Bei ihrem Bekannten in Offenbach und dessen Freund habe die Zeugin A. daraufhin das Bild des Angeklagten gezeigt. Einer der Bekannten habe daraufhin auf dem Foto den Angeklagten erkannt und den Namen genannt“ (BU S. 11).

3. Im Rahmen der Beweiswürdigung begründete das Landgericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten im Wesentlichen wie folgt:

„Der Angeklagte wurde in der Hauptverhandlung durch die Zeugin A. als derjenige erkannt, dem sie am 29.07.2013 ihr Auto übergab. Das von der Zeugin A. zu den Akten übergebene Lichtbild (Blatt 19 d.A.), das in Augenschein genommen wurde, stellt - wie sich das Gericht überzeugte - dem äußeren Anschein nach den Angeklagten dar. Die Zeugin A. gab dazu glaubhaft an, dass ihr dieses Bild von K. K. geschickt wurde. Dass es der Angeklagte war, der der Zeugin A. Fahrzeug abschwandelte, bestätigten auch die Ermittlungen des Polizeibeamten H. Die Zeugin A. schilderte eine Tätowierung am Unterarm des Angeklagten mit dem Namen „C“. Der Polizeibeamte ermittelte, dass der Angeklagte einen Sohn mit diesem Namen hat und dass er auch den Namen seiner Frau tätowiert hat. Die Aussage der Zeugin B. ergab, dass eine Person, die den türkischen Reisepass, ausgestellt auf den Namen B. A. bei der Abmeldung vorlegte. Nach Angaben der Zeugin ähnelte auch das Bild in dem Reisepass dem Angeklagten. Dass der Angeklagte zum Zeitpunkt der Abmeldung keinen gültigen Reisepass hatte, wird nicht bezweifelt. Soweit er angibt, seinen Ausweis kurzzeitig verloren zu haben, erfolgte die Meldung des Verlustes erst nach dem Vorfall. Die Unterschrift, die die abmeldende Person bei der Abmeldung vom 30.07.2013 bei der Zulassungsstelle leistete, ähnelt nach dem äußeren Anschein zumindest den Unterschriften, die der Angeklagte bei der Anmeldung seines Fahrzeugs am 30.11.2011, der Abmeldung dieses Fahrzeugs am 30.05.2012 sowie bei der Vollmachtserteilung bei seinem Verteidiger leistete. Hinzu kommt, dass der wahre Name des Angeklagten nicht nur über die Zeugin B. durch den Polizeibeamten H. ermittelt wurde, sondern auch durch die Zeugin A. von den polizeilichen Ermittlungen völlig unabhängig selbst in O. über Bekannte.....“ (BU S. 12).

4. Ausweislich der Urteilsgründe hat das Landgericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten zumindest auch auf das von der Hauptbelastungszeugin A. zu den Akten gegebene Lichtbild (Bl. 19 d.A.) gestützt, welches ihr nach eigenen Angaben per Handy von der Person, die sich ihr gegenüber als K. K. ausgegeben und dem sie ihren PKW übergeben hatte, übermittelt worden war. Allerdings ist zu besorgen, dass das Landgericht seine Überzeugung insoweit nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft, sondern seiner Beweiswürdigung tatsächlich nicht erhobene Beweise zugrunde gelegt hat, sodass die Verfahrensrüge der Verletzung des § 261 StPO Erfolg hat.

a) Eine derartige Verfahrensrüge ist nur zulässig mit der Behauptung, der Beweisstoff sei außer-

halb der Hauptverhandlung geschöpft worden, wenn also ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung des Tatgerichts der Nachweis geführt werden kann, dass die im Urteil getroffenen Feststellungen nicht durch die in der Hauptverhandlung benutzten Beweismittel und auch sonst nicht aus den zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehörenden Vorgängen gewonnen worden sind (vgl. nur KK-Ott StPO 7. Aufl. § 261 Rn. 79 m.w.N.).

b) Dass das auf Bl. 19 d.A. befindliche Lichtbild in der Hauptverhandlung zu Beweis Zwecken in Augenschein genommen wurde, ist eine wesentliche Förmlichkeit, deren Beurkundung durch § 273 Abs. 1 StPO vorgeschrieben ist. Schweigt das Protokoll über die Einnahme eines Augenscheins, so gilt dieser wegen der negativen Beweiskraft des Protokolls als nicht erfolgt (BGH NStZ 2002, 219; BGH NStZ 1993, 51; BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 31). Auch wenn dieses Ergebnis der wahren Sachlage widersprechen sollte, muss es als Konsequenz der dem § 274 StPO zugrunde liegenden gesetzgeberischen Entscheidung hingenommen werden (BGH NStZ 2002, 219 m.w.N.). Vorliegend hat das Landgericht jedenfalls nach den beweiswürdigen Ausführungen im angefochtenen Urteil das Lichtbild in Augenschein genommen und mit dem Angeklagten verglichen. Auch diese Mitteilung der Beweiserhebung in den Urteilsgründen kann aber die negative Beweiskraft des Protokolls nicht durchbrechen, denn etwaige Lücken und offensichtliche Widersprüche des Protokolls müssen sich aus diesem selbst ergeben, nicht aus dem Urteil. Im Übrigen ist die Vorsitzende der Berufungskammer des Landgerichts dem Revisionsvorbringen des Angeklagten, wonach eine gerichtliche Inaugenscheinnahme des Lichtbildes in der Hauptverhandlung nicht erfolgt sei, auch nicht – etwa durch die Abgabe einer dienstlichen Erklärung – entgegen getreten.

c) Ausweislich des Protokolls wurde das auf Bl. 19 d.A. befindliche Lichtbild den Zeuginnen A. und C. bei ihrer Vernehmung jeweils vorgehalten und damit als Vernehmungshilfsmittel eingesetzt. Soweit das Protokoll insoweit keinen Hinweis darauf enthält, dass das Lichtbild dabei auch Gegenstand der Beweisaufnahme durch Augenschein wurde, enthält es keine offensichtliche Lücke. Unbeschadet der Frage, ob es etwa gängiger Praxis bei Vorhalten von Lichtbildern an Zeugen entspricht, dass alle Mitglieder des Gerichts den Beweisgegenstand in Augenschein nehmen und allen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gegeben wird, diesen zu besichtigen, könnte eine solche Verfahrensweise gleichwohl eine Durchbrechung der negativen Beweiskraft des Protokolls nicht rechtfertigen (BGH NStZ 2002, 219). Dem Senat ist deshalb eine Ergänzung des Protokolls im Wege des Freibeweises verwehrt. Vielmehr verbleibt es dabei, dass das Tatgericht zwar die bei einer „informativ Besichtigung“ gewonnenen Erkenntnisse bei Fragen und Vorhalten an den Angeklagten, Zeugen oder Sachverständigen verwenden darf, dass aber außerhalb der Hauptverhandlung gemachte Wahrnehmungen des Richters nicht zur Urteilsgrund-

lage gemacht werden dürfen. Eine „informativische Besichtigung“ ist der StPO fremd und kann einen förmlichen Augenschein zu Beweis Zwecken in der Hauptverhandlung nicht ersetzen (KK-StPO/Senge § 86 Rn. 5 m.w.N.).

d) Das Beruhen des Urteils auf diesem Verfahrensfehler (§ 337 StPO) könnte der Senat nur dann ausschließen, wenn sich den Urteilsgründen ohne jeden Zweifel entnehmen ließe, dass der Vergleich des Angeklagten mit der auf dem Lichtbild abgebildeten Person für das Gericht lediglich ein zusätzliches, bestätigendes Indiz gewesen ist, von dem die Überzeugungsbildung hinsichtlich seiner Täterschaft nicht abhing. Auch unter Berücksichtigung der umfangreichen und sorgfältigen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung des Tatgerichts im Übrigen vermag der Senat aber mit Blick auf die entsprechende Passage in den Urteilsgründen nicht auszuschließen, dass dieser Umstand seine Überzeugungsbildung jedenfalls mitbestimmt hat, sodass die Rüge der Verletzung des § 261 StPO durchgreift (vgl. KK-StPO/Gericke § 337 Rn. 38 m.w.N.).

### III.

Auf die Revision des Angeklagten hin ist daher das angefochtene Urteil mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben (§§ 349 Abs. 4, 353 Abs. 1, Abs. 2 StPO).

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an eine andere Strafkammer des Landgerichts Aschaffenburg zurückverwiesen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO).

### IV.

Auf die weitere Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO kommt es nicht mehr an. Deshalb bedurfte es auch keiner Entscheidung, ob die Generalstaatsanwaltschaft das Angriffsziel der Rüge zutreffend bestimmt hat und die Verfahrensrüge überhaupt zulässig erhoben und darüber hinaus in der Sache begründet ist. Dasselbe gilt für die mit der Sachrüge beanstandete Verletzung von § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO.

Gleichwohl gibt das Vorbringen der Revision Anlass zu folgenden Hinweisen für die neue Hauptverhandlung:

1. Der Tatrichter darf nach ständiger Rechtsprechung solche (Indiz-) Tatsachen als bedeutungslos im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ansehen, die selbst für den Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen können, weil sie nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüs-

se zulassen und das Gericht in freier Beweiswürdigung (§ 261 StPO) den (nur) möglichen Schluss nicht ziehen will, weil es ihn im Hinblick auf die gesamte Beweislage, namentlich unter Berücksichtigung des bisherigen Beweisergebnisses, für falsch hält. Ein Verstoß gegen das Verbot der Beweisantizipation liegt darin nicht, solange auf die Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache selbst und nicht auf die Erfolgsaussichten des noch gar nicht erhobenen Beweises abgestellt wird. Für die zulässige Ablehnung des Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit ist deshalb wesentlich, dass bei der Prüfung weder die Wahrheit der Beweistatsache noch der Beweiswert des angebotenen Beweismittels infrage gestellt wird, das Beweisthema vielmehr in seiner ganzen Tragweite, ohne Einengung, Umdeutung oder Verkürzung, gewürdigt wird. Nicht die Beweistatsache als solche wird infrage gestellt, sondern ihre Eignung für den vom Antragsteller gewünschten, jedoch nicht zwingenden Schluss (KK-StPO/Krehl § 244 Rn. 143 f. m.w.N.; vgl auch OLG Bamberg Beschluss vom 08.02.2006 - 3 Ss 152/2005; BGH NStZ 2005, 231; NStZ 2005, 224/226; BGH NJW 1997, 2762; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 2,3, 4,5, 7,13 und 20).

Der nach § 244 Abs. 6 StPO obligatorische Ablehnungsbeschluss muss die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter der Beweistatsache keine Bedeutung für den Schuld - oder Rechtsfolgenausspruch beimisst, weil nur so Angeklagter und Verteidigung in die Lage versetzt werden, sich sachgemäß auf die durch die Antragsablehnung geschaffene Verfahrenslage einzurichten (BGH Beschluss vom 01.10.2013 - 3 StR 135/13 - BeckRS 2013, 18464; BGH NStZ 2005, 224, 226 BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 1,9, 11 und 15).

In den Urteilsgründen darf sich das Gericht mit dem Ablehnungsbeschluss nicht durch eine etwaige abweichende gerichtliche Wertung der Beweistatsache in Widerspruch setzen, indem es der zuvor für bedeutungslos erklärten Beweistatsache gleichwohl Bedeutung beimisst, etwa dadurch, dass es die Tatsache als zweifelhaft, aber möglicherweise bedeutsam ansieht oder durch Annahme des Gegenteils (KK-StPO/Krehl § 244 Rn. 146 m.w.N.). Will der Tatrichter in der Beweiswürdigung (auch nur teilweise) von der Begründung seines Ablehnungsbeschlusses abweichen, so muss er dies dem Antragsteller vor der Urteilsverkündung bekannt geben, um ihm die Möglichkeit zu geben, sein Verteidigungsverhalten auf diese (teilweise) Abkehr von der Begründung der Zurückverweisung des Beweisantrages einzustellen. Unterbleibt dies, so kann auch dies einen Verstoß gegen § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO begründen (BGH NStZ 2012, 525; BGH NStZ 1994, 195; BGH NStZ 1988, 38).

2. Soweit das Tatgericht seine Überzeugungsbildung von der Täterschaft des Angeklagten auch auf einen Vergleich des Angeklagten mit einer Person stützt, welche auf einem in den Akten be-

findlichen Lichtbild abgebildet ist, und in den Urteilsgründen lediglich auf die Aktenfundstelle verweist und mitteilt, dass das entsprechende Lichtbild in Augenschein genommen wurde, beschreibt es nur den Beweiserhebungsvorgang, macht durch die entsprechenden Ausführungen das Lichtbild aber nicht zum Bestandteil der Urteilsurkunde. Soll ein in den Akten befindliches Lichtbild zum Bestandteil der Urteilsurkunde werden, so muss das Tatgericht darauf nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung ausdrücklich und eindeutig gem. § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO Bezug nehmen. Fehlt eine entsprechende ausdrückliche Bezugnahme, bedarf es einer ausführlichen Beschreibung des Lichtbildes nach Inhalt und Qualität, um dem Revisionsgericht die Überprüfung des Urteils zu ermöglichen (KK-StPO/Kuckein § 267 Rn. 6 m.w.N.; BGH NJW 1996, 1420, 1421; OLG Bamberg DAR 2010, 390 f.; OLG Bamberg NZV 2008, 211 f.; OLG Hamm NZV 2007, 376).

gez.

Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

Richter  
am Oberlandesgericht

Richter  
am Oberlandesgericht



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit  
der Urschrift

Bamberg, 23.02.2015

  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle