



Grundfall: Entscheidung über Beweisantrag, § 244 VI

1. Beweiserhebung (schon) **unzulässig**, § 244 III 1?

a) Verstoß gg. **Art. 1 I GG**?

- **Früher h.M.:** (+), weil Untersuchter zu **Objekt** des Strafverfahrens wird. Einwilligung mangels Dispositionsbefugnis („unveräußerlich“, Art. 1 II GG) unbeachtlich
- **BGHSt 44, 308: Kein Menschenwürdeverstoß**, da kein „GR-Schutz gg. sich selbst“ (vgl. *Kargl/Kirsch JuS 2000, 537*)

b) Verstoß gg. § 136a I, weil unzulässiger (mittelbarer) »**Zwang**«?

- (-), aus Verweigerung des Polygraphentests darf aufgrund des **nemo tenetur-Grundsatzes** ebensowenig wie aus
- dem Schweigen des Besch. oder
 - einer ZVR-berechtigten Person oder
 - der Nichtentbindung einer Vertrauensperson von der Schweigepflicht (*BGH StV 2000, 234: Arzt und StV 2000, 293: Verteidiger*)

ein neg. Schluß gezogen werden

2. Aber: § 244 III 2 - völlige **Ungeeignetheit** des Beweismittels Polygraph (+)

- a) **Tatwissenverfahren** setzt zwingend voraus, daß dem Besch. als Antworten vorgeschlagene Tatsachen **nicht bekannt sind** \leftrightarrow Belehrung über Tatvorwurf nach **§ 136 I 1**
- b) **Kontrollfragenverfahren** ungeeignet, weil zu Unrecht Beschuldigte in gleichem Maße nachteilige Folgen befürchten kann



Variante 1:

Begründetheit der Verfahrensrüge (§ 344 II₂ beachten!) ⇒ *Relativer* Revisionsgrund des § 338 Nr. 8?

□ Gesetzliche Regelung (-)

- Nur Zurückweisung von einzelnen Anträgen in engen Grenzen (§§ 244 III-V, 245)
- keine Entziehung („Prozessstrafe“) vorgesehen (anders als etwa § 241 I)

□ Ungeschriebene Missbrauchsklausel?

- **Wohl h.M.** (BGH 3 StR 284/05 m. Abl. Anm. Jahn JuS 2007, 91; BGHSt 38, 111): **(+), in StPO allg. Missbrauchsverbot**
 - zeigt sich in Einzelvorschriften
 - allg. Prozessförderungspflicht; insbes. BeweisantragsR darf nicht „chikanös gemißbraucht werde(n)“ (RGSt 45, 138, 141)
 - vhm. Rechtsfolge, eigentlich Prozesshandlung schon unzulässig mangels ARSB, hier aber nur »Filterfunktion« des Verteidigers



- **„Abgeschwächte“ Missbrauchstheorie:** Nur in
 - „eindeutige Ausnahmefälle(n)“ (*OLG Hamburg NJW 1998, 622; Roxin FS-Hanack, 1, 20*) oder unter Voraussetzungen des
 - § 226 BGB analog (*Scheffler JR 1993, 172*)

- **„Positivistische“ Theorie:** Kein ungeschriebenes Missbrauchsverbot bei »Konfliktverteidigung« (*Jahn ZRP 1998, 103, 108; ders./Schmitz wistra 2001, 328 ff.*)
 - *arg. e contrario* zu §§ 26a I Nr. 3, 138a I Nr. 2, 231a, 241 III, 244 III, 245 II 2, 266 III 1
 - *arg. e contrario* zu § 282 ZPO (und §§ 226, 242 BGB), da weder planwidrige Regelungslücke noch vergleichbare Interessenlage
 - Vorbehalt des Gesetzes/Wesentlichkeitstheorie, Art. 20 III GG (Prozesssabotageklausel in § 138b StPO-E 1974 wurde nie beschlossen)
 - Begriffsbildung „Missbrauch“ tautologisch, da Sinn und Zweck des Strafverfahrens ambivalent



Variante 2:

I. Vernehmung des Ermittlungsrichters

→ § 168c II gewährt Angeklagten Anwesenheitsrecht bei der Zeugenvernehmung

↳ hierfür gem. § 168c V 1 Benachrichtigung des Angeklagten erforderlich, hier (-)

→ Aus Verfahrensverstoß resultiert Verwertungsverbot bezüglich der Aussage des Ermittlungsrichters (allg. Meinung)

→ Erforderlich ist hierfür aber Widerspruch bis zu dem in § 257 festgelegten Zeitpunkt, hier (-)

⇒ Vernehmung des Ermittlungsrichters daher uneingeschränkt verwertbar

II. Hilfestellung durch die Schwester

→ § 406f III zwar (-), aber

→ Einschaltung der Schwester begründet keinen Verfahrensverstoß, da nur Ausdruck der (Fürsorge-) Pflicht des Gerichts, Zeugen bei der wahrheitsgemäßen und vollständigen Wiedergabe seines Wissens zu unterstützen (§ 244 II)