

Schrifttum

Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 7. Aufl., bearbeitet von *Jens Dallmeyer*, *Georg-Friedrich Güntge* und *Michael Tsambikakis*. Carl Heymanns Verlag, Köln 2019. XXV, 693 S., geb. € 129,-.

Dieses Standardwerk des Strafverfahrensrechts kann man nicht rezensieren, ohne auf die Geschichte seiner Entstehung seit der von *Max Alsberg* 1930 allein bearbeiteten 1. Auflage einzugehen. Das war schon so, als 26 Jahre später (darunter zwölf Jahre Rechtsstaatspause und sechs Jahre Krieg) die 2. Auflage nicht mehr von einem Strafverteidiger, sondern dem Oberstaatsanwalt *Nüse* bearbeitet worden war. Die damals sich aufdrängende Frage, ob sich dadurch der Charakter des Werkes in seiner dogmatischen Ausrichtung und dem praktischen Nutzen für die Verteidigung verändert habe, wurde allseits überzeugend verneint. Im Gegenteil rühmten die Rezensenten (*Sarstedt* JR 1956, 117; *Grützner* GA 1956, 398), dass ungeachtet der unterschiedlichen beruflichen Perspektiven der beiden Autoren der hohe Wert des Buchs unverändert geblieben war. »Die vollständige Übereinstimmung von Alsberg und Nüse in der wissenschaftlichen Ausgestaltung des Werkes und in der gewissenhaften Befassung der für den Praktiker wichtigen Rechtsprechung ist vor allem ein beredtes Zeugnis für die Objektivität, mit der Rechtsanwalt und Staatsanwalt gemeinsam für die gerechte Behandlung des Angeklagten im Strafprozeß eintreten können« (*Grützner* a. a. O.).

Dabei hatte sich der normative Rahmen des Beweisantragsrechts und nicht zuletzt auch der allgemein (rechts-)politische Hintergrund dieses Gegenstands zwischen der ersten und der zweiten Auflage erheblich verändert: Als 1930 *Alsberg* sich mit dem Verhältnis zwischen der (gesetzlich geregelten) richterlichen Amtsaufklärungspflicht und den Möglichkeiten der Verfahrensbeteiligten, auf das Programm der Hauptverhandlung Einfluss zu nehmen, befasste, gab es noch kaum gesetzliche Vorgaben zum Beweisantrag. Das Recht, einen solchen in der Hauptverhandlung zu stellen, wurde in den §§ 243 II und 246 I StPO a.F. zwar vorausgesetzt, aber dort war nur geregelt, dass es zu ihrer Ablehnung eines Beschlusses bedurfte, der noch vor dem Ende der Beweisaufnahme zu verkünden war (RGSt 1, 170). Und in § 338 Nr. 8 StPO war in die Reihe der absoluten Revisionsgründe, bei deren Vorliegen und einer entsprechenden Verfahrensrüge ohne konkrete Beruhensprüfung das durch die Revision angefochtene Urteil aufzuheben ist, auch der Fall genannt, dass »die Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt durch einen Beschluß des Gerichts unzulässig beschränkt worden ist«. Zu den Voraussetzungen einer Ablehnung von Beweisanträgen gab es eine umfangreiche Rechtsprechung des RG, die *Alsberg* auf das Sorgfältigste ausgewertet, geordnet und in seinem Buch als geschlossenes System so dargelegt hatte, dass seine Kernthesen vom Gesetzgeber nahezu 1:1 in die §§ 244 III-V a.F. StPO übernommen werden konnten. Freilich stimmte *Sarstedt* (a. a. O. 118) *Nüse* darin zu, »dass Alsberg die Ergebnisse der Rechtsprechung, die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegen, systematisch und logisch richtiger dargestellt hat als der Gesetzgeber«.

Die Schlüsselfrage des Beweisantragsrechts betrifft sein Verhältnis zur richterlichen Amtsaufklärungspflicht. Dient es i. S. einer hilfreichen Assistenz allein deren Durchsetzung oder kann ein Beweisantrag einen über die Amtsaufklärungspflicht hinausgehenden Beweiserhebungsanspruch begründen? Dass nur letztere Auffassung richtig sein kann, war bis zur 4. Auflage (die 3. und 4. blieben gegenüber der 2. unverändert) unter strikter Ablehnung der sog. »Identitätstheorie« – wie auch jetzt in der 7. Auflage von *Dallmeyer* Rn 50 ff. – überzeugend begründet. Dadurch, dass § 244 III 2 StPO formulierte, ein Beweisantrag, der nicht auf eine unzulässige Beweiserhebung gerichtet war, dürfe »nur (dann) abgelehnt werden, wenn« einer oder mehrere danach aufgezählten Gründe vorliegen, war gesetzlich ausgeschlossen, dass andere, im Gesetz unbenannte, Gründe eine Zurückweisung berechtigen könnten. Das gilt etwa für die Überzeugung des Gerichts, die beantragte Beweiserhebung werde ihr Ziel verfehlen, oder: das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache

stehe bereits anhand der bisherigen Beweisaufnahme (oder schlimmer noch: anhand des Akteninhalts) fest. Mit diesem *Verbot der Beweisantizipation* war gleichzeitig die Grenzzone zwischen der Amtsaufklärungspflicht und dem Anspruch auf Beweiserhebung markiert: Die beantragte Beweiserhebung ist nicht schon deshalb entbehrlich, weil ohne den Antrag die Amtsaufklärungspflicht nicht zur Beweiserhebung gedrängt haben würde.

An dieser Ordnung der Dinge hatte Oberstaatsanwalt *Nüse* in der 2. bis zur (unveränderten) 4. Auflage (1969) festgehalten. Dann kam lange nichts, bis 1983 Kammergerichtsrat *Karlheinz Meyer* sich des Buchs annahm, es erheblich ausweitete, ihm aber eher das Gepräge einer strafrichterlichen Sicht gab. Im Vorwort zur 5. Auflage distanzierte er sich mit folgenden Sätzen von *Alsberg*: »Die 1932 begonnene und 1939 endgültig vollzogene Abschaffung des Beweisantragsrechts durch den Gesetzgeber hat, auch nachdem dieses Recht 1950 wiederhergestellt worden ist, zur Besinnung darauf geführt, dass der oberste Grundsatz des strafprozessualen Beweisrechts die Sachaufklärungspflicht des Gerichts ist und dass die Prozessbeteiligten, wenn sie Beweisanträge stellen, nur zur Verwirklichung dieses Grundsatzes beitragen. *Alsbergs* Grundthese, dass nur der Beweisantrag einen Beweiserhebungsanspruch der Prozessbeteiligten begründet, kann heute nicht mehr vertreten werden.«

Das hatte aber *Alsberg* in der 1. Auflage so gar nicht vertreten, sondern dort auf Seite 12 ausgeführt, ein Beweisantrag könne dem Tatrichter »die Erhebung solcher Beweise aufnötigen, die er selbst, auch unter voller Berücksichtigung des Prinzips der materiellen Wahrheit, für durchaus entbehrlich erachtet«. Das ist etwas anderes als die Behauptung, dass erst (und nur) der Beweisantrag einen Anspruch auf Beweiserhebung begründen könne. Natürlich hatte schon immer jeder Prozessbeteiligte einen Anspruch darauf, dass die Amtsaufklärungspflicht vom Gericht erfüllt wird, indem alle dazu notwendigen Beweise auch ohne jeweils darauf gerichtete Anträge erhoben werden. Und auch *Meyers* 5. Auflage enthielt ab Seite 26 ein Kapitel mit der Überschrift »Unterschied zwischen Sachaufklärungspflicht und Beweisantragsrecht«, in dem auch er ganz i. S. von *Alsberg* und *Nüse* ausführte: »Durch das Beweisantragsrecht kann das Gericht gezwungen werden, über die Sachaufklärungspflicht hinaus Beweise zu erheben... Gerade darin liegt die überragende Bedeutung des Beweisantragsrechts im Beweissystem der Strafprozessordnung, und erst das rechtfertigt es, davon zu sprechen, daß das Recht zur Stellung von Beweisanträgen das wichtigste Recht der Prozessbeteiligten in der Hauptverhandlung ist.«

Nach der 5. Auflage 1982 gab es mehrere Anläufe, in denen hoch qualifizierte Autoren (darunter prominente Strafverteidiger und ein inzwischen verstorbener und mit dem Beweisantragsrecht besonders vertrauter BGH-Richter) versuchten, das Werk wieder zu beleben und der neueren Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung anzupassen. Aus Gründen, die der enttäuschten Fachwelt verborgen blieben, ist dieses Projekt jedoch über drei Jahrzehnte lang nicht vollendet worden, bis 2013, als kaum noch jemand damit rechnete, doch noch die 6. Auflage erschien, der im Abstand weiterer sechs Jahre die hier zu besprechende 7. Auflage folgte. Dies war und ist das Verdienst eines Autorentrios, das den Respekt vor dem »Urvater« des Werks (und seines Gegenstands) dadurch zum Ausdruck bringt, dass sie i. S. einer Marke wieder zu »*Alsberg*« als Autor über dem Buchtitel zurückkehrten und ihre eigenen beachtlichen Beiträge auf die Ebene eines der Bearbeiter-Nennung zurücktreten lassen.

Die Biographien und beruflichen Einbindungen ebenso wie die rechtspolitische Orientierung der Bearbeiter passen zur Vorgeschichte des Werks: Der Strafverteidiger *Tsambikakis*, der Leitende Oberstaatsanwalt *Güntge* und der habilitierte und auch als Privatdozent aktive Staatsanwalt *Dallmeyer* haben alle auch als Hochschullehrer einen guten Namen. Sie haben sich mit unterschiedlicher quantitativer Gewichtung (*Güntge* allein über 50 %) die Einzelthemen aufgeteilt und mit gleicher Gründlichkeit und Akribie unter erstaunlich weitgehender Verarbeitung der schier unüberschaubaren Literatur und Rechtsprechung das Beweisantragsrecht mit einem zuverlässigen Zitatensystem verständlich und lehrreich präsentiert und diskutiert. Der Gliederungsaufbau ist logisch und folgt der durch *Alsberg* vorgeprägten und bis zum Erscheinen der 7. Auflage auch der Gesetzeslage entsprechenden Systematik. Dabei wurden sie freilich von einem Gesetzesaktionismus eingeholt, der es unmöglich machte, mit dem gleichsam unter ihren Händen stattfindenden Wandlungen der geltenden StPO mitzuhalten.

Die kurz vor der Fertigstellung des Manuskripts durch das »Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens« vom 17.8.2017 eingeführte »Fris-

tenlösung« in § 244 VI 2 StPO konnte noch vor Redaktionsschluss erwähnt und in Beziehung gesetzt werden zu dem zuvor vom BGH praeter legem entwickelten Fristenmodell (Vorwort zur 7. Auflage, *Güntge* Rn 1427 und zur Revisibilität Rn 1644 ff.). Der damit verbundene erhebliche Eingriff in die Informations- und Kommunikationsfunktion der Entscheidung über Beweisanträge war bereits in der 6. Auflage als rechtspolitisch drohend angekündigt und wird nun gebührend kritisiert.

Womit freilich kein Autor von Handbüchern, Monographien und Kommentaren zur StPO in der zweiten Hälfte des Jahres 2019 rechnen konnte, war die geradezu blitzartige Entscheidung desselben Gesetzgebers, noch bevor auch nur in Ansätzen praktische Erfahrungen mit der angeblich erhöhten »Effektivität und Praxistauglichkeit« seit 2017 gewonnen werden konnten, durch weitere und noch gravierendere Eingriffe (u. a.) in das Beweisantragsrecht dessen Verlässlichkeit und Rechtsstaatlichkeit weiter abzubauen. Denn ganz so, als habe man soeben noch irrtümlich ein ganz und gar »unmodernes« Gesetz nur scheinbar novelliert, legten am 5.11.2019 die Fraktionen der Großen Koalition (CDU, CSU, SPD) einen »Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens« vor (BT-Drucks. 19/14747), der das Gesetzgebungsverfahren in so großer Eile durchlief, dass die Neufassung des § 244 StPO bereits am 13.12.2019 in Kraft treten konnte. Zu diesem Zeitpunkt konnte man das hier besprochene Buch schon kaufen, dem man somit – ebenso wie anderen Werken zum Beweisantragsrecht – nachsagen könnte, es wäre trotz Neuheit schon wieder teilweise veraltet.

Bei genauerem Hinsehen wendet sich dieser Vorwurf aber eher gegen die »moderne« Rechtspolitik und den Gesetzgeber selbst als gegen die ihnen nicht mehr nachkommende Fachliteratur. Was nämlich hier als »Modernisierung« ausgegeben wurde, ist nichts Geringeres als ein Rückfall in völlig veraltete und geradezu »Vor-Alsbergische« Denkweisen und Machtstrategien, derer sich zu bedienen in der Zeit vor 1930 weder dem RG noch den damaligen Vertretern der Prozessdogmatik und schon gar nicht dem Gesetzgeber eingefallen wäre.

Die Urheber des neuen Gesetzes haben sich nämlich eines plumpen Tricks bedient, der künftig entweder vom BGH als solcher entlarvt und damit unwirksam gemacht werden sollte oder alles einreißen wird, was seit der 1. Auflage von *Alsbergs* Werk an rechtsstaatlichen Strukturen aufgebaut wurde. Der gesetzgeberische Kniff besteht darin, dass anstelle des bisher weitgehenden Konsenses über den nur aus wenigen Merkmalen bestehenden Begriff des Beweisantrags (Beweismittel und Beweisbehauptung, dazu *Dallmeyer* Rn 76 ff.) erstmals eine ziemlich umständliche Definition in das Gesetz geschrieben wurde (§ 244 III 1 StPO), die allein dem Zweck dient, die bisher nur mit hohen argumentativen Hürden anzunehmende Verschleppungsabsicht aus dem abschließenden Katalog der Zurückweisungsgründe und aus dem Verbot der Beweisantizipation herauszunehmen. Damit hat sich der Gesetzgeber erkennbar ungeprüft einen von einer Versammlung von Strafkammervorsitzenden behaupteten Regelungsbedarf zu Eigen gemacht, der weder bestand noch gerade im Beweisantragsrecht ohne fatale Folgen für die Rechtsstaatlichkeit verifiziert oder gar beseitigt werden konnte (dazu *Dallmeyer* StV 2018, 533 ff.): Nach der jetzt geltenden neuen Fassung des § 244 VI 2 bedarf es zur Ablehnung eines Beweisantrages dann keines Gerichtsbeschlusses, »wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewusst ist und er die Verschleppung des Verfahrens bezweckt; die Verfolgung anderer verfahrensfremder Ziele steht der Verschleppungsabsicht nicht entgegen«. Was dies in der Praxis der Tatgerichte und die revisionsgerichtliche Kontrolle bedeutet, konnte in der 7. Auflage des *Alsberg* – ebenso wie in allen anderen noch 2019 erschienenen Erläuterungswerken – noch nicht beantwortet werden.

Diese unverschuldet durch die Bearbeiter entstandene Lücke bedeutet aber keineswegs eine Minderung des Wertes des zu besprechenden Werks. Denn bei der Anwendung des neuen Rechts durch die Tat- und Revisionsgerichte wird die Praxis gut daran tun, sich die darin breit und tief dargestellten Grundsätze zur Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes im (gelegentlichen) Spannungs-Verhältnis zur Wahrheitserforschungspflicht und der dialogischen Funktion des über den Amtsermittlungsgrundsatz hinausgehenden Beweisantragsrechts präsent zu halten. Es wäre ein Jammer, wenn sich die Rechtsprechung darauf einließe, dass der Gerichtsvorsitzende, nur weil er der Meinung ist, der alle sonstigen Begriffsmerkmale tragende Antrag sei gar kein Beweisantrag, die Entscheidungsprozedur durch schlichtes Übergehen abkürzen dürfe. Die theoretischen und dogmatischen Grundla-

gen, wie sie in den Randnummern 37–163 (*Dallmeyer*), 764–781 (*Güntge*) überzeugend dargelegt sind, werden auch künftig ihre Bedeutung behalten. Wenn der BGH es stattdessen zuließe, dass die Tatgerichte der Intention des »Modernisierungsgesetzes« folgend, geringere Anforderungen an die in den Randnummern 1237–1264 (*Güntge*) auf der Grundlage der bisherigen Judikatur und Rechtsprechung dargelegten Voraussetzungen für die Annahme eines Missbrauchs des Beweisantragsrechts gelten ließen, wäre das Verbot der Beweisantizipation so weitgehend durchsiebt, dass der dann eben doch nicht mehr abschließende Katalog der Zurückweisungsgründe als Damm gegen Willkür wirkungslos wäre.

Mit der in § 244 VI 2 i. V. m. der neuen Definition des Beweisantrags in § 244 III 2 dem Vorsitzenden übertragenen Befugnis findet nicht nur eine Verschiebung der Zuständigkeitsordnung statt, sondern auch ein substanzieller Eingriff in die verfassungsrechtlich gebotene, weil aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) abzuleitende »materielle Beweisteilhabe« des Angeklagten (*Dallmeyer* Rn 38 f. unter Hinweis auf u. a. BVerfGE 57, 250). Denn gerade die mit einem persönlichen Vorwurf an den Antragsteller verbundene Verkürzung seiner Mitgestaltungsrechte verlangt nach einer Chance, ihn zu entkräften. Um sie zu erhalten, sollte der BGH an die Entscheidung des Vorsitzenden oder jedenfalls an die Begründung der auf die Beanstandung nach § 238 II StPO hin ergehenden Entscheidung des Spruchkörpers keine geringeren Darlegungsanforderungen stellen, als sie bisher bezogen auf den Zurückweisungsbeschluss wegen Verschleppungsabsicht galten (dazu auch *Güntge* Rn 1677 ff.).

Dass sich dazu auch wieder eine Rüge nach § 338 Nr. 8 StPO und die Reaktivierung dieses zuletzt etwas aufgeweichten »absoluten« Revisionsgrundes empfiehlt, lehren die zwar knapp, aber instruktiven historischen Ausführungen über die Zeit vor dem gesetzlichen Nachvollzug der Rechtsprechung des RG (*Güntge* Rn 8).

Damit schließt sich der Kreis in der 90-jährigen Geschichte des »*Alsberg*« und seinem Verhältnis zur Legislative: Alles begann damit, dass das Buch dem bis dahin weitgehend schweigenden Gesetzgeber die Vorlage lieferte, der das ihm angebotene System der Regel-Ausnahmeverhältnisse beim Umgang der Gerichte mit dem Mitspracherecht der Verfahrensbeteiligten bei der Gestaltung der Beweisaufnahme übernahm. Und jetzt kommt die Beweisantrags-Literatur dem Gesetzgeber mit seinen hektischen Bemühungen, einer unbewiesenen (!) Missbrauchsgefahr zu begegnen, nicht mehr nach. Umso mehr ist dem sonst auf den neuesten Stand gebrachten Werk eine fleißige Leserschaft und eine gute Rezeption in Wissenschaft und Judikatur zu wünschen.

Rechtsanwalt Professor Dr. Rainer Hamm, Frankfurt/M.

Till Zimmermann, Das Unrecht der Korruption. Eine strafrechtliche Theorie (Neue Schriften zum Strafrecht; Bd. 14) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. 835 S., geb. € 179,-.

Die Münchener Habilitationsschrift *Zimmermanns* entwickelt eine Theorie des Korruptionsunrechts (61–549) und bewertet auf deren Grundlage das geltende deutsche Korruptionsstrafrecht (551–711) (Zusammenfassung 713–727). Die Arbeit ist sehr materialreich (so findet sich auf Seite 69–74 – vorwiegend in Fußnoten verpackt – eine Chronik deutscher Korruptionsskandale, die allein schon Gegenstand einer Dissertation sein könnte), der Umfang der verarbeiteten Literatur beeindruckend (das Literaturverzeichnis umfasst mehr als 80 Seiten mit durchschnittlich über 20 Titeln), die Argumentation außerordentlich differenziert. Hier können nur die wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung dargestellt werden.

I. Theorie des Korruptionsunrechts

1. *Zimmermann* geht es um eine *Theorie*, also um eine vom geltenden Korruptionsstrafrecht unabhängige Konzeption. Als Ausgangspunkt – den man natürlich auch dafür braucht – wählt er vier Fälle (Wähler-, Mandatsträger-, Amtsträger- und Angestelltenbestechung,