

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 174

Diego Langenegger

**Antizipierte Beweiswürdigung
und die Ablehnungsgründe
nach Art. 139 StPO**

Entwicklung, Verhältnis und Anwendung

Schulthess § 2023

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis.....	XXXI
Materialienverzeichnis.....	LXVII
I. StPO.....	LXVII
II. ZPO.....	LXVII
III. SVG.....	LXVIII

Einleitung.....	1
I. Ausgangslage und Problemstellung.....	1
II. Ziel und Gang der Untersuchung.....	10

1. TEIL: Beweisrechtliche Grundnorm und das «Werkzeug» antizipierte Beweiswürdigung.....	13
1. Kapitel: Rechtslage vor und nach Inkrafttreten der StPO.....	13
I. Rechtsprechungübersicht.....	13
1. Überblick und Vorbemerkungen.....	13
2. Umsetzung der Strassburger Rechtsprechung durch das Bundesgericht.....	17
A) Fragen an den Belastungszeugen (Konfrontationsrecht).....	18
B) Einvernahme von Entlastungszeugen.....	24
3. Bundesgerichtliches Verständnis von antizipierter Beweiswürdigung mit Blick auf die Ablehnungsgründe.....	26
A) Bundesgerichtliche «Dreiteilung» der Ablehnungsmöglichkeiten.....	26
a) Differenzierung zwischen Unerheblichkeit, Ungeeignetheit und antizipierter Beweiswürdigung.....	26
b) Regelmässiges Abweichen von der «Dreiteilung» im Einzelfall ...	30
c) Handhabung der «Dreiteilung» unter der Herrschaft der StPO.....	35
B) Bundesgerichtliche Definition antizipierter Beweiswürdigung.....	38
a) Kern der Definition.....	38
aa) Begriff und Zulässigkeitsfrage.....	38
bb) Unterschiedlich ausgeprägte Definitionsansätze.....	41
b) Wegweisende Präzisierungen.....	51
c) Widerspruch zwischen theoretischen Ausführungen und konkreter Praxisanwendung.....	55

C)	Bundesgerichtliche Verknüpfung der Ablehnungsgründe, Art. 139 StPO und der antizipierten Beweiswürdigung	55
a)	Bundesgerichtliche Erwähnung sämtlicher Ablehnungsgründe.....	55
b)	Keine klare Linie und Bereitschaft, sich festzulegen	57
c)	Art. 139 StPO als Ablehnungsgrundlage	62
D)	Willkür als Kontrollmassstab	64
4.	Zwischenfazit	70
II.	Kantonale Strafprozessordnungen.....	73
1.	Ausgewählte Regelungsansätze	73
2.	Verhältnis von bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu den kantonalen Normierungen	79
3.	Zwischenfazit.....	80
III.	Gesetzgeberische Entwicklung.....	82
1.	Konzeption	83
2.	Vorentwurf.....	83
3.	Entwurf	84
A)	Anpassungen des Vorentwurfs.....	84
B)	Antizipierte Beweiswürdigung als Randnotiz.....	86
C)	Unpassende Verweise auf Rechtsprechung und Lehre.....	87
4.	Letzte Änderungen, finale Fassung und bundesgerichtliche Beurteilung der Gesetzgebung	89
5.	Zwischenfazit.....	91
IV.	Erste Analyse der Ausgangslage	92
1.	Bewusste Entscheidung zugunsten der antizipierten Beweiswürdigung	92
2.	Unklare Ausgangslage – unklares Ergebnis	93
A)	Kaum Anreize für eine Stärkung des Beweisantragsrechts.....	93
B)	Gesetzesregelung bewirkt Einfrieren der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	95
a)	Die uneinheitliche Rechtspraxis hat weiterhin Bestand	95
b)	Stagnation und Fortschritt	97
C)	Beweisantragsablehnung an zwei Kriterien gebunden.....	99
3.	Antizipierte Beweiswürdigung keine Randerscheinung im Beweisrecht	101
4.	Zwischenfazit	101
2.	Kapitel: Inhalt und Bedeutung von Art. 139 StPO	103
I.	Verhältnis von Art. 139 StPO zu Art. 318 Abs. 2 StPO und den übrigen Ablehnungsgründen	103
1.	Art. 139 StPO als beweisrechtliche Grundnorm	103
A)	Bedeutung hinsichtlich Beweisantragsrecht.....	103
B)	Bedeutung hinsichtlich Untersuchungsgrundsatz.....	109
2.	Art. 318 StPO – Präzisierung mit Signalwirkung und Regelung der Ablehnungsmodalitäten.....	114

3.	Die «anderen» Ablehnungsgründe – noch mehr Raum für antizipierte Beweiswürdigung.....	116
	A) Mögliche Ablehnungsgründe abseits von Art. 139 StPO.....	116
	B) Reichweite dieser Ablehnungsgründe.....	120
4.	Vorgaben, die eine Pflicht zur Beweiserhebung begründen (Beweiserhebungsregeln).....	125
5.	Zwischenfazit.....	126
II.	Freiwillige und obligatorische Ablehnungen.....	128
1.	Die Ablehnungsgründe von Art. 139 Abs. 2 StPO.....	128
	A) Der Widerspruch in der Formulierung von Art. 139 Abs. 2 und Art. 318 Abs. 2 StPO.....	128
	B) Fakultative und obligatorische Ablehnungen.....	130
2.	Verbindlichkeit von Art. 139 Abs. 1 StPO.....	133
3.	«Doppelte» Freiheit.....	134
4.	«Zurückhaltung» bei der Anwendung.....	135
5.	Zwischenfazit.....	137
III.	Ablehnungsmöglichkeiten von Art. 139 StPO unter dem Zeitaspekt.....	140
1.	Zeitlicher Schwerpunkt der Beweiserhebungen.....	140
2.	Zusammenspiel des Unmittelbarkeitsprinzips mit Art. 139 StPO im Hauptverfahren.....	141
	A) Neue und unvollständig erhobene Beweise (Art. 343 Abs. 1 StPO)....	144
	B) Nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise (Art. 343 Abs. 2 StPO).....	147
	C) Unmittelbare Kenntnis für die Urteilsfällung erforderlich (Art. 343 Abs. 3 StPO).....	148
	D) Exkurs – Unmittelbarkeit im Rechtsmittelverfahren.....	154
3.	Auswirkung des konkreten Zeitpunkts des Beweisantrags.....	155
4.	Zwischenfazit.....	158
3.	Kapitel: Auslegung zur antizipierten Beweiswürdigung.....	160
I.	Übersicht zum Schweizer Verständnis von antizipierter Beweiswürdigung mit Blick auf Art. 139 StPO.....	160
1.	Verständnis des Instruments «antizipierte Beweiswürdigung».....	160
	A) Gesetzgeber hält sich an das Bundesgericht.....	160
	B) Verständnis der Lehre des Begriffs «antizipierte Beweiswürdigung».....	160
	a) Grossteil orientiert sich direkt am Bundesgericht.....	160
	b) Beispiele angepasster bundesgerichtlicher Definitionen.....	162
	c) Vom Bundesgericht abweichende Auffassungen.....	167
	aa) Eigenes Begriffsverständnis im Zusammenhang mit der ZPO.....	167
	bb) Eigenes Begriffsverständnis im Zusammenhang mit dem VwVG.....	169

c)	Weiterentwicklung der Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit der StPO	171
2.	Unterschiedliche Verknüpfung der antizipierten Beweiswürdigung mit den gesetzlichen Ablehnungsgründen.....	176
A)	Unklare Vorgaben durch Bundesgericht und Gesetzgeber.....	177
B)	Verschiedene Ansätze der Lehre im Überblick.....	178
a)	Ablehnungsgründe abseits des Scheinwerferlichts	178
b)	Gemeinsamkeiten der meisten Ansätze.....	181
c)	Vielzahl der Ablehnungsgründe werden als antizipierte Beweiswürdigung bezeichnet.....	182
d)	Nur einzelne Ablehnungsgründe werden mit antizipierter Beweiswürdigung verknüpft	186
C)	Unproblematische Ablehnungen gemäss Lehre	190
3.	Zwischenfazit	190
II.	Freie Beweiswürdigung versus antizipierte Beweiswürdigung	192
1.	Grundlagen zur freien Beweiswürdigung.....	192
A)	Verständnis freier Beweiswürdigung	192
B)	Grenzen freier Beweiswürdigung.....	195
C)	Erforderliche Überzeugung	200
2.	Verhältnis der antizipierten Beweiswürdigung zur freien Beweiswürdigung	201
A)	Gleicher Zweck – unterschiedliche Zielsetzung.....	201
B)	Zeitpunkt der Würdigung als Unterscheidungsmerkmal.....	205
C)	Ablehnungsgründe als Ausfluss freier Beweiswürdigung.....	207
D)	Verfahrensstadienübergreifende Bindungswirkung	210
3.	Zwischenfazit	214
III.	Antizipierte Beweiswürdigung als strafprozessuales Instrument zur Anwendung eines Ablehnungsgrundes	216
1.	Begriffsauslegung und Interpretationen	216
2.	«Wunschvorstellung» einer antizipierten Beweiswürdigung – erklärt am Ablehnungsgrund der Erwiesenheit.....	219
A)	Ausgangslage	219
B)	Antizipation des Beweisergebnisses	221
C)	Würdigung tatsächlicher und antizipierter Beweisergebnisse	225
D)	Abgleich der Beweiswürdigungsergebnisse.....	226
E)	Anpassungen und Herausforderungen.....	226
a)	Antizipierte Beweiswürdigung nicht an Ablehnungsgrund gebunden.....	226
b)	Mangel an Beweissubstanz	229
3.	Willkür kein legitimer Definitionsbestandteil	230
4.	Zwischenfazit	236

2. TEIL: Die Ablehnungsgründe nach Art. 139 StPO.....	239
1. Kapitel: Der Beweis Antrag im schweizerischen Strafprozessrecht	239
I. Voraussetzungen eines Beweis antrags	239
1. Gesetzliche Grundlagen	239
2. Begriffsverständnis.....	241
3. Eingrenzungen.....	242
A) Legitimation, Frist und Form	242
B) Inhaltliche Anforderungen	246
a) Grundsätzliches.....	246
b) Begründungspflicht.....	249
c) Die zwei Kernelemente im Detail	250
aa) Bestimmte Beweisbehauptung.....	250
bb) Bestimmtes Beweismittel.....	255
C) Abgrenzung zu anderen Beweisinitiativen.....	258
4. Zwischenfazit	260
II. Ziele eines Beweis antrags	262
1. Die Sachaufklärung.....	262
2. Das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht	264
3. Zwischenfazit	265
2. Kapitel: Die Ablehnungsgründe gemäss Art. 139 Abs. 1 StPO	266
I. Vier «versteckte» Ablehnungsmöglichkeiten.....	266
II. Rechtliche Unzulässigkeit	273
1. Allgemeines und Inhalt	273
A) Verstoss gegen die Rechtsordnung.....	273
B) Relevanz des Beweiswerts	277
2. Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	280
3. Zwischenfazit	281
III. Ungeeignetheit des Beweismittels.....	283
1. Generelle Ungeeignetheit.....	283
A) Das neue – unbekannte – Beweismittel.....	283
a) Konsequenzen des Fehlens eines Numerus clausus	283
b) Kein Mehrwert des Beweismittels mit Blick auf die Wahrheitsfindung.....	284
c) Rechtlich zulässige Beweiserhebung	288
B) Das neue – bekannte – Beweismittel	291
C) Freiwillige Beweiserhebung nur teilweise möglich	294
D) Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	295
2. Individuelle Ungeeignetheit	296
A) Allgemeines und Inhalt	296
a) Grundgedanke	296
b) «Offensichtlich» ohne Mehrwert	297

c)	Ungeeignetheit aus abstrakt-objektiven und konkret-objektiven Gründen	299
d)	Anwendungsvoraussetzungen im Überblick	299
B)	Erfahrungssatz als entscheidendes Kriterium	305
a)	Bedeutung von Erfahrungssätzen und erste Abgrenzungen	305
aa)	Erfahrungssätze, Logik und Tatsachen	305
bb)	Erfahrungssätze in der freien Beweiswürdigung	310
aaa)	Erlaubter Einbezug von Erfahrungssätzen und Denkgesetzen	310
bbb)	Höchstrichterliche Überprüfbarkeit von Erfahrungssätzen	314
cc)	Unterscheidung anhand des argumentativen Stärkegrades der Erfahrung	318
b)	Allgemeingültige Erfahrungssätze	320
aa)	Definition und Voraussetzungen eines allgemeingültigen Erfahrungssatzes	320
aaa)	Grenzsetzung durch freie Beweiswürdigung	320
bbb)	Allgemeingültige Erfahrungssätze: Überblick zu Lehre und Rechtsprechung	322
ccc)	Unterscheidung zwischen allgemeinen Erfahrungssätzen gemäss Bundesgericht und allgemeingültigen Erfahrungssätzen	326
ddd)	Eigenes Verständnis eines allgemeingültigen Erfahrungssatzes und des Ablehnungsgrundes	327
aaaa)	Zwingender Charakter des Erfahrungssatzes	327
bbbb)	Anwendungsbeispiel	331
cccc)	Anwendungsrisiken	331
bb)	Allgemeingültigkeit: Beispiele ungeeigneter Beweismittel aus Lehre und Rechtsprechung	333
cc)	Abgrenzung zum einfachen Erfahrungssatz	341
aaa)	Merkmale eines einfachen Erfahrungssatzes	341
aaaa)	Statistische Wahrscheinlichkeiten als Hauptmerkmal	341
bbbb)	Wirkungsweise einfacher Erfahrungssätze	344
bbb)	Abzulehnende Anwendungen des Ablehnungsgrundes	351
aaaa)	Der «unglaubliche» Zeuge	351
bbbb)	Der Zeuge vom Hörensagen	361
cccc)	Der Zeuge «ohne Erinnerung»	362

	aaaaa) Rechtsprechung und Lehrmeinungen zugunsten der Ablehnung aufgrund fehlender Erinnerungen	362
	bbbbbb) Argumente gegen die Ablehnung aufgrund fehlender Erinnerungen	369
	c) Abgrenzung von anderen Ablehnungsgründen: ausgewählte Aspekte	379
	aa) Ungeeignetheit und rechtliche Unzulässigkeit	379
	bb) Ungeeignetheit und Unerheblichkeit	380
	cc) Ungeeignetheit und Erwiesenheit	383
	C) Denkgesetze als Ablehnungsgrundlage	385
	D) Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	385
	a) Überblick Rechtsprechung und Lehre	385
	b) Mit Blick auf allgemeingültige Erfahrungssätze	389
	c) Mit Blick auf einfache Erfahrungssätze	390
	3. Zwischenfazit	395
	A) Generelle Ungeeignetheit	395
	B) Individuelle Ungeeignetheit	397
IV.	Unerreichbarkeit des Beweismittels	401
	1. Abgrenzungen	401
	A) Ungeeignetheit und Unerreichbarkeit	401
	B) Rechtliche Unzulässigkeit und Unerreichbarkeit	404
	2. Verschiedenen «Typen» von Unerreichbarkeit	407
	A) Systematik	407
	B) Absolute Unerreichbarkeit	409
	C) Relative Unerreichbarkeit	413
	a) Grundverständnis	413
	b) Analyse von Beispielen aus Rechtsprechung und Lehre	416
	c) Kriterien von Lehre und Rechtsprechung	419
	d) Kritische Würdigung und Bestimmung tauglicher Kriterien	423
	e) Unerreichbarkeit und Wahrunterstellung	430
	3. Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	433
	4. Zwischenfazit	434
3.	Kapitel: Die Ablehnungsgründe gemäss Art. 139 Abs. 2 StPO	436
I.	Vier Ablehnungsgründe – neun verschiedene Anwendungsmöglichkeiten	436
II.	Unerheblichkeit der Beweistsache	437
	1. Übersicht	437
	A) Begrifflichkeiten und erste Abgrenzungen	437
	B) Systematik	441
	2. Unerheblichkeit aufgrund fehlenden Sachzusammenhangs	443

A)	Inhalt und Bedeutung	443
B)	Fehlender Sachzusammenhang bedeutet rechtliche Unzulässigkeit der Beweiserhebung	447
C)	Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	451
3.	Unerheblichkeit trotz Vorliegen eines Sachzusammenhangs	453
A)	Rechtliche Gründe sprechen für Unerheblichkeit	453
B)	Tatsächliche Gründe sprechen für Unerheblichkeit	455
a)	Grundverständnis	455
b)	Abgrenzung zum Ablehnungsgrund der Erwiesenheit des Gegenteils der Beweisbehauptung	457
c)	Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	463
C)	Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	467
a)	Im Zusammenhang mit Unerheblichkeit aus rechtlichen Gründen	467
b)	Im Zusammenhang mit Unerheblichkeit aus tatsächlichen Gründen	467
4.	Zwischenfazit	473
III.	Offenkundige und den Strafbehörden bekannte Tatsachen	475
1.	Gemeinsamer Nenner beider Ablehnungsgründe	475
A)	Vorbemerkung: erforderliche Begriffsdifferenzierung	475
B)	Keine klare bundesgerichtliche Unterscheidung zwischen Offenkundigkeit und Strafbehördenkundigkeit	480
C)	Gemeinsamkeiten	485
a)	Relevante Abgrenzungen	485
aa)	Unterscheidung Erwiesenheit, Offenkundigkeit und Strafbehördenkundigkeit	485
bb)	Ausschluss von Erfahrungssätzen	487
b)	Offen- und Strafbehördenkundigkeit des Gegenteils der Beweisbehauptung	489
c)	Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör	491
aa)	Ausgangslage	491
bb)	Bei Strafbehördenkundigkeit	494
cc)	Bei Offenkundigkeit	495
d)	Anwendung bei Kollegialgerichten	500
aa)	Ausgangslage	500
bb)	Kenntnis einzelner Mitglieder im Zeitpunkt des Beweisantrags ausreichend	501
cc)	Mehrheitsentscheid ausreichend	503
e)	Grenze zur rechtlichen Unzulässigkeit	505
2.	Offenkundige Tatsachen	508
A)	Grundgedanke	508
B)	Voraussetzungen und Inhalt	511
a)	Definition von Offenkundigkeit	511

aa)	Analyse verschiedener Ansätze	511
bb)	Massgebliche Kriterien	520
b)	Mögliche Einschränkungen.....	524
aa)	Differenzierung zwischen Hintergrundtatsachen, unmittelbar erhebliche Tatsachen und mittelbar erhebliche Tatsachen.....	524
bb)	Betreffend Zeit, Ort und Personen	528
c)	Quellen für Offenkundigkeit	532
aa)	Überblick	532
bb)	Lexika, Fachliteratur und Ähnliches.....	535
cc)	Behördliche Register und Datenbanken.....	538
dd)	Presse- und ähnliche Druckerzeugnisse	540
ee)	Internet.....	543
aaa)	Analyse der Ausgangslage	543
bbb)	Anwendbare Kriterien.....	553
ff)	Kalender, Fahrpläne und Ähnliches.....	554
d)	Offenkundigkeit und der Wahrheitsgehalt der Tatsache	555
aa)	Grundsätzliches.....	555
bb)	Voraussetzungen der Widerlegbarkeit.....	559
C)	Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	563
3.	Strafbehördenkundige Tatsachen	566
A)	Voraussetzungen und Inhalt.....	566
a)	Definitionsansatz und Beispiele.....	566
b)	Rechtsprechung vorwiegend zu allen Arten von Erfahrungssätzen.....	570
c)	Kritik und erste Eingrenzung	573
d)	Voraussetzungen im Detail	578
aa)	Feststellung im Rahmen amtlicher Tätigkeit	578
bb)	Überprüfbarkeit durch Verfahrensbeteiligte	581
cc)	Beachtung prozessualer Rechte	586
dd)	Infrage kommende Tatsachen und Widerlegbarkeit	589
B)	Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	592
4.	Zwischenfazit	594
A)	Gemeinsamkeiten beider Ablehnungsgründe.....	594
B)	Offenkundige Tatsachen	595
C)	Strafbehördenkundige Tatsachen	596
IV.	Bereits rechtsgenügend erwiesene Tatsachen.....	599
1.	Einleitung.....	599
2.	Erwiesenheit der infrage stehenden Tatsachenbehauptung	600
A)	Voraussetzungen und Inhalt.....	600
a)	Überzeugung aufgrund verwertbaren Beweisergebnisses.....	600
b)	Verhältnis zur Unerheblichkeit und Wahrunterstellung.....	605
c)	Belastende und entlastende Tatsachen	608

B)	Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	608
3.	Erwiesenheit des Gegenteils der infrage stehenden	
	Tatsachenbehauptung.....	611
A)	Voraussetzungen und Inhalt.....	611
a)	Umfangreiche und konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	611
b)	Unterscheidung Erwiesenheit des Gegenteils der Beweisbehauptung und Unerheblichkeit aus tatsächlichen Gründen	616
c)	Überzeugung aufgrund verwertbarer Beweisergebnisse von entlastenden und belastenden Tatsachen.....	616
d)	<i>Geringer zulässiger Anwendungsbereich</i>	617
aa)	Allgemeine Kritik	617
bb)	Zeugen und Auskunftspersonen.....	618
aaa)	Ausgangslage	618
bbb)	Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung... ..	620
ccc)	Zulässige Anwendung als Ausnahme	633
cc)	Sachverständige	644
aaa)	Ausgangslage	644
bbb)	Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung... ..	646
ccc)	Zulässige Anwendung als Ausnahme	651
dd)	Sachbeweise.....	653
ee)	Bundesgerichtspraxis relativiert das Beweisantragsrecht in doppelter Hinsicht.....	655
e)	Zufall als unberechenbare Variable.....	658
B)	Beurteilung der Notwendigkeit zur Antizipation und Würdigung	660
4.	Zwischenfazit.....	662
A)	Erwiesenheit der infrage stehenden Tatsachenbehauptung	662
B)	Erwiesenheit des Gegenteils der infrage stehenden Tatsachenbehauptung.....	663

Schlussfolgerung und Ausblick..... 667

I.	Erkenntnisse und Schlussfolgerungen	667
1.	Gesetzeskonzeption entgegen Lehrkritik	667
2.	Art. 139 StPO als Grundnorm	668
3.	Geltungsbereich von antizipierter Beweiswürdigung.....	668
A)	Differenzierung möglich	668
B)	Antizipierte Beweiswürdigung und Antizipation des Beweisergebnisses	672
C)	Problematik der mangelnden Substanz – Antizipation eines negativen Beweisergebnisses als «Lösungsansatz»	673
D)	Jeder Ablehnungsgrund mit antizipierter Beweiswürdigung lässt im Grundsatz Kritik zu.....	676

E) «Neue» Begriffe	677
F) Kraftloses Beweisantragsrecht	678
4. Willkürkognition kein legitimer Definitionsbestandteil	679
5. Ablehnungsgründe und deren Wirkungsbereich	680
6. Klar formulierte Beweisanträge als Schutzmassnahme	684
II. Ausblick	686
1. Entfernung der Willkürprüfung aus sämtlichen Definitionsansätzen	686
2. Gesetzeskonforme Anwendung der antizipierten Beweiswürdigung	686
3. Definieren des Bereichs zulässiger antizipierter Beweiswürdigung	687
4. § 244 dStPO als Orientierungspunkt	688
Sachregister	695