

-Ausfertigung-



Oberlandesgericht Oldenburg (Oldenburg)

1 Ss 39/17

7 Ns 113/16 Landgericht Osnabrück
560 Js 49110/13 Staatsanwaltschaft Osnabrück
300 Ss 34/17 Generalstaatsanwaltschaft Oldenburg

Beschluss

In der Strafsache

gegen Herrn [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

wegen Diebstahls u.a.,

Verteidiger: Rechtsanwältin Theile, Essen,

hat der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg

am 27. Februar 2017

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Janßen, den Richter
am Oberlandesgericht Leemhuis und den Richter am Amtsgericht Meyer ge-
mäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil der 7. kleinen Strafkammer des Landgerichts Osnabrück vom 23. November 2016 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Osnabrück zurückverwiesen, die auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat.

Gründe

Das Amtsgericht Bad Iburg hatte den Angeklagten am 23. Mai 2016 wegen Diebstahls in zwei Fällen, davon in einem Fall im Versuch, jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung des Angeklagten hat das Landgericht Osnabrück mit Urteil vom 23. November 2016 mit der Maßgabe verworfen, dass es den Angeklagten wegen Diebstahls in zwei Fällen, davon in einem Fall im Versuch, jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung, unter Einbeziehung der Geldstrafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Bremen vom 14. Februar 2014 (94 Cs 200 Js 6771/14) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt hat.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt und beantragt, das Urteil in vollem Umfang aufzuheben.

Die zulässige Revision des Angeklagten hat Erfolg.

1.

Soweit der Angeklagte wegen eines am 15. September 2013 begangenen Diebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung verurteilt worden ist, führt bereits die erhobene Verfahrensrüge zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

Das Landgericht hat einen in der Hauptverhandlung am 23. November 2016 gestellten Beweisantrag des Angeklagten zu Unrecht abgelehnt. Insoweit nimmt

der Senat Bezug auf die Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Zuschrift vom 15. Februar 2017, in der sie zu der Revision des Angeklagten unter anderem wie folgt Stellung genommen hat:

„ Die Verfahrensrüge der Verletzung des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist in zulässiger Weise erhoben und dürfte auch begründet sein. Das Landgericht hat den auf Einholung eines anthropologischen Identitätsgutachtens gerichteten Beweisantrag unter Verstoß gegen § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt.

Zu der Tat vom 15.09.2013 hat die Kammer u.a. folgende Feststellungen getroffen:

Ferner durchbrachen die Täter im Lagerraum des Basars die massive Zwischenwand zu der dahinter befindlichen Spielothek „No Limits“. Mindestens drei maskierte Täter gelangten durch den Durchbruch in die Räumlichkeiten der Spielothek, wo sie gemeinsam insgesamt 13 Geldspielautomaten und einen Geldwechselautomaten mit massiver Gewalt aufbrachen (Kuhfuß, Winkelschleifer) und das darin befindliche Bargeld entwendeten (UA S. 15f). [...] Ausweislich der Urteilsfeststellungen korrespondierte der festgestellte Sachverhalt mit den Aufzeichnungen der Überwachungskameras in der Spielothek (UA S. 16).

Der Angeklagte hat eine Tatbeteiligung bestritten und sich dahin eingelassen, dass er sich zum Tatzeitpunkt in der Wohnung seiner Lebensgefährtin, der Zeugin ██████ aufgehalten habe (UA S. 11). Das Landgericht hat den Antrag des Angeklagten auf Einholung eines anthropologischen Vergleichsgutachtens mit der Begründung abgelehnt, es handele sich um ein ungeeignetes Beweismittel. Die Kammer habe im Rahmen der Hauptverhandlung die Videoaufzeichnung am Tatort in Augenschein genommen. Die Videoaufzeichnung habe eine schlechte Qualität, die Aufnahme sei eher grobkörnig. Es seien keine Gesichter der drei handelnden Personen sichtbar. Die drei Personen hätten keine wesentlich unterschiedliche Statur. Sie hätten auch keine auffällige Statur. Es sei daher schon nicht ersichtlich, anhand welcher körperlichen oder Gesichtsmerkmale ein Sachverständiger eine Aussage dahin treffen solle, dass der Angeklagte keine der aufgezeichneten Personen darstelle.

Diese Begründung trägt die Ablehnung des Beweisantrags nicht.

Ein Beweismittel ist völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO, wenn ungeachtet des bisher gewonnenen Beweisergebnisses nach sicherer Lebenserfahrung feststeht, dass sich mit ihm das im Beweis Antrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erreichen lässt und die Erhebung des Beweises sich deshalb in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste (BGH, Beschluss vom 13. März 1997 - 4 StR 45/97, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 16; Beschluss vom 15. März 2007 - 4 StR 66/07, NSTZ 2007, 476, 477; Beschluss vom 7. August 2008 - 3 StR 274/08, NSTZ 2009, 48 f.). Wird eine Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigen-gutachtens beantragt, kommt dies in Betracht, wenn es nicht möglich ist, dem Sachverständigen die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, deren er für sein Gutachten bedarf. Umgekehrt ist ein Sachverständiger nicht schon dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn er absehbar aus den Anknüpfungstatsachen keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag. Als Beweismittel eignet er sich vielmehr schon dann, wenn seine Folgerungen die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können (BGH, Beschluss vom 13. März 1997 - 4 StR 45/97, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 16; Beschluss vom 7. August 2008 - 3 StR 274/08, NSTZ 2009, 48, 49 mwN). Ob eine sachverständige Begutachtung auf der verfügbaren tatsächlichen Grundlage zur Klärung der Beweisbehauptung nach diesen Maßstäben geeignet ist, kann und muss der Tatrichter in Zweifelsfällen im Wege des Freibeweises - etwa durch eine Befragung des Sachverständigen zu den von ihm für eine Begutachtung benötigten Anknüpfungstatsachen - klären (BGH, Beschluss vom 31. Mai 1994 - 1 StR 86/94, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 14; Beschluss vom 9. März 1999 - 1 StR 693/98, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 20; Beschluss vom 15. März 2007 - 4 StR 66/07, NSTZ 2007, 476, 477; BGH, Urteil vom 01. Dezember 2011 - 3 StR 284/11 -, Rn. 14, juris).

Danach vermag die vom Landgericht gegebene Begründung die Ablehnung des Beweisantrags nicht zu rechtfertigen, denn es ist nicht belegt, dass ein anthropologischer Sachverständiger -entgegen der Einschätzung der Kammer- anhand von Vergleichsmaterial tatsächlich nicht in der Lage wäre, aus

einem Vergleich des vorhandenen Bildmaterials mit dem in der Hauptverhandlung anwesenden Angeklagten sowie mit Lichtbildern und Messungen, zu deren Herstellung der Angeklagte sein ausdrückliches Einverständnis erklärt hat, nicht zumindest Wahrscheinlichkeitsaussagen zur Identität der Angeklagten mit den durch die Überwachungskamera gefilmten Tätern zu treffen. Dies gilt umso mehr, als das Landgericht seine Beweiswürdigung (auch) auf die Videoaufzeichnungen gestützt hat.

Auf der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags beruht das Urteil, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Landgericht nach Einholung eines anthropologischen Sachverständigengutachtens zu einer anderen Beurteilung hinsichtlich der Täterschaft des Angeklagten gekommen wäre. Die Voraussetzungen, unter denen in Fällen der fehlerhaft begründeten Ablehnung eines Beweisantrags ausnahmsweise ein Beruhen ausgeschlossen werden kann (BGH, Beschluss vom 12. Januar 2010 - 3 StR 519/09, NStZ-RR 2010, 211, 212 f.), liegen nicht vor. Dieses wäre der Fall, wenn die Lichtbilder der Videoaufzeichnung aufgrund ihrer Qualität einer Begutachtung nicht zugänglich wären.

Lichtbilder müssen eine gewisse Qualität aufweisen, um als Identifizierungsgrundlage dienen zu können (vgl. BGH NStZ 1991, 596; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 16). Beim anthropologischen Identitätsgutachten werden anhand von Lichtbildern der Raumüberwachungskamera eine bestimmbare Zahl deskriptiver morphologischer Merkmale oder von Körpermaßen des Täters herausgearbeitet und mit den entsprechenden Merkmalen des Tatverdächtigen verglichen (BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO Beweisergebnis 4 mwN). Anders als bei Gutachten zur Blutalkoholanalyse oder zur Bestimmung von Blutgruppen handelt es sich um kein standardisiertes Verfahren. Die morphologischen Merkmale sind nicht eindeutig bestimmbar. Aufgrund dieser "weichen" Kriterien ist die Abschätzung der Beweiswertigkeit nach der persönlichen Erfahrung eines Sachverständigen subjektiv; graduelle Abweichungen sind zwischen verschiedenen Sachverständigen möglich. Dabei lässt sich der Identitätsausschluss leichter als der Identitätsnachweis erreichen, weil für den Identitätsausschluss bereits eine einzige eindeutige Differenz zwischen den zu vergleichenden Personen genügt (BGH, Beschluss vom 02. August 1984 - 1 StR 411/84 -, Rn. 1, juris).

Das Landgericht hätte sich demnach gedrängt sehen müssen, vor Ablehnung des Beweisantrages durch Anhörung eines kompetenten Sachverständigen im Wege des Freibeweises zu klären, ob das vorhandene Bildmaterial einer Begutachtung zugänglich war. Dies hat es indes unterlassen.“

Diesen Ausführungen schließt sich der Senat an.

Darüber hinaus erhebt die Revision insoweit auch zu Recht die Sachrüge.

Zur Aussage der Zeugin führt das Landgericht aus, diese habe als Lebensgefährtin nicht nur ein erhebliches Aussagemotiv, sondern es sei auch nicht auszuschließen, dass sie aufgrund der Einnahme von Schmerzmitteln nicht mitbekommen habe, ob der Angeklagte die ganze Zeit dagewesen sei. Damit aber lässt die Kammer offen, ob sie die Aussage der Zeugin für unglaubhaft hält oder lediglich für subjektiv richtig, aber unzuverlässig (UA S. 18 Mitte), weil sie möglicherweise nicht mitbekommen habe, ob der Angeklagte *die ganze Zeit* dagewesen sei (UA S. 19). Deswegen sei nicht von einer ununterbrochenen Anwesenheit des Angeklagten in seiner Wohnung auszugehen.

Diese Beweiswürdigung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die Kammer wäre aus Rechtsgründen nicht gehindert gewesen, der Zeugin nicht zu glauben, wenn sie aus anderen Gründen die Überzeugung gewonnen hätte, dass der Angeklagte zur Tatzeit am Tatort gewesen ist. Der Grundsatz in „dubio pro reo“ gilt für den Alibibeweis nicht. Soweit aber die Kammer anklingen lässt, dass sie die Aussage jedenfalls subjektiv für glaubhaft hält und lediglich durch die angeführten Umstände im Hinblick auf eine den gesamten Zeitraum eingeschränkte Wahrnehmungsfähigkeit (zu denken wäre etwa an ein kurzzeitiges Einschlafen oder einen Dämmerzustand der Zeugin) relativiert, ist dies mit den Feststellungen, wonach die Tat von 04.30 und 06.30 Uhr angedauert hat (UA S. 10) und der Angeklagte für eine Fahrt von seiner Wohnung in Köln bis zum Tatort in Georgsmarienhütte zweieinhalb Stunden benötigt hat (UA S. 19 oben), nicht zu vereinbaren. Denn der Angeklagte wäre dann wegen der Fahrt zum Tatort, der Tatbegehung selbst und der Rückkehr nach Hause jedenfalls sieben Stunden von seiner Wohnung abwesend gewesen, was der Zeugin auch unter den vom Landgericht vorgenommenen Einschränkungen im Hinblick auf ihre Wahrnehmungsfähigkeit nicht verborgen geblieben sein könnte.

2.

Der Erfolg der im Hinblick auf die Ablehnung eines die Tat vom 15. September 2013 betreffenden Beweisantrags erhobenen Verfahrensrüge bedingt auch die Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten wegen eines am 1. September 2013 begangenen versuchten Diebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung.

Wäre nämlich durch die Einholung des beantragten Gutachtens belegt, dass der Angeklagte, dessen DNA sich an den vorgefundenen Werkzeugen befand, an der Tat vom 15. September 2013 nicht beteiligt war, so wäre auch die Möglichkeit, dass bei der Tat vom 1. September 2013 eine andere Person das Werkzeug des Angeklagten benutzt hat, angesichts nunmehr vorliegender Anhaltspunkte dafür - anders als möglicherweise angesichts der bislang erhobenen Beweise (vgl. UA S. 19 unten) - nicht mehr nur denktheoretischer Natur. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Strafkammer deshalb zu einer anderen Einschätzung im Hinblick auf die beide Taten betreffende Einlassung des Angeklagten, er habe sein Fahrzeug samt Werkzeug vor den Taten verliehen, gelangt wäre.

Im Übrigen rügt die Revision des Angeklagten auch in Bezug auf die Tat vom 1. September 2013 zu Recht die Verletzung materiellen Rechts.

Das Landgericht stützt seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten auf die am Tatort vorgefundenen, zuvor vom Angeklagten erworbenen Gasflaschen und die ebenfalls am Tatort sichergestellte Trinkflasche, an deren Trinksaum und Deckelinnenseite vom Angeklagten stammendes DNA-Material festgestellt werden konnte (UA S. 15). Deren Auftauchen am Tatort lasse sich nur dadurch schlüssig erklären, dass der Angeklagte mit der Flasche seinen Durst habe stillen wollen. Dass ein angeblicher Entleiher (des Fahrzeugs des Angeklagten) hieraus die zumindest angebrochene Trinkflasche zu diesem Zweck mitgenommen habe, sei eher unwahrscheinlich (UA S. 21).

Hierbei lässt die Strafkammer, worauf die Revision zu Recht hinweist, außer Acht, dass an der Flasche gerade nicht nur das DNA-Profil des Angeklagten, sondern eine DNA-Mischspur festgestellt worden ist (UA S: 15), mithin außer dem Angeklagten mindestens eine weitere Person zum Trinken aus dieser Flasche angesetzt haben muss, wobei offen ist, ob vor oder nach dem Angeklagten. Zwar ist es vor diesem Hintergrund auch denkbar, dass eine zunächst nicht angebrochene Flasche zum Tatort mitgenommen wurde und dort vom Angeklagten und einem oder mehreren Mittätern hieraus getrunken worden ist. Derartige Erwägungen hat das Landgericht aber nicht angestellt; seine eigenen Überlegungen an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen, ist dem Senat im Revisionsverfahren verwehrt.

Da das Landgericht seine Feststellungen zur Tatbeteiligung des Angeklagten jedenfalls auch auf seine insoweit unzutreffenden Überlegungen stützt, kann der Senat nicht ausschließen, dass der Schuldspruch bezüglich der Tat vom 1. September 2013 auf diesem Fehler beruht.

3.

Nach alledem war das angefochtene Urteil insgesamt mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache gemäß § 354 Abs. 2 StPO zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Osnabrück zurückzuverweisen.

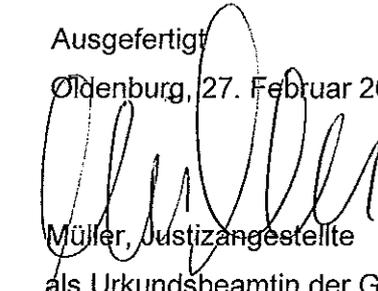
Dr Janßen

Meyer

Leemhuis

Ausgefertigt

Oldenburg, 27. Februar 2017


Müller, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts

