

§ 261 Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

Die Vorschrift ist knapp gefasst, aber nicht unproblematisch. Es handelt sich neben § 244 Abs 2 StPO um die wichtigste Norm des Strafverfahrensrechts, die Freiheit der Beweiswürdigung verheißt. Eine gegenläufige Verrechtlichung und Verwissenschaftlichung der Beweiswürdigung liefern den zentralen Grund der anhaltenden Krise des Strafprozesses. Die Normierung einer Freiheit der Beweiswürdigung von Beweisregeln galt zunächst als Errungenschaft bei der Überwindung des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses. Absolute Freiheit der Beweiswürdigung führt aber zu Willkür, weshalb zu beachten sind, die den Tatgerichten zunehmend von den Revisionsgerichten aufgezeigt und von diesen wieder bisweilen umgangen werden. Die Beweiswürdigung ist auf den Inbegriff der Hauptverhandlung beschränkt. Ein nur außerhalb der Hauptverhandlung existierendes und in derselben nicht erörtertes Tatsachenwissen ist bei der Urteilsfindung nicht zu berücksichtigen. Der Inbegriff der Hauptverhandlung ist auszuschöpfen, soweit es um für die Entscheidung potentiell relevante Umstände geht. Offen bleibt im Gesetz die Methode der Beweiswürdigung. Aussagepsychologen sollen bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung von Zeugenaussagen nach einer hypothesengeleiteten Methode der Realzeichenanalyse vorgehen und die „Nullhypothese“ erst als widerlegt erachten, wenn überwiegende Gegengründe plausibel dargelegt werden können. Methodenvorgaben sind für Richter nicht vorgesehen, zumal auch der Zweifelssatz für sie nur eine Beweisregel ist, die erst eingreift, wenn die Gesamtwürdigung aller Umstände nicht zu einer sicheren Überzeugung von Unrecht und Schuld ausreicht. Auf einzelne Indizien ist er nicht anzuwenden. Allgemein gelten keine festen Beweisregeln für Richter. Jedoch dürfen sie nicht gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstoßen, die wie Rechtsnormen iSd § 337 Abs 1 StPO behandelt werden. Die Beweiswürdigung muss vollständig und widerspruchsfrei sein. Ein bestimmter Wahrscheinlichkeitsgrad wird für eine Verurteilung nach dem Gesetzestext nicht vorausgesetzt. Das zwischenzeitliche Postulat, das Beweisergebnis müsse mindestens die objektiv hohe Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen können, damit der Richter im Verurteilungsfall seine subjektiv sichere Überzeugung darauf stützen dürfe, ist in der Praxis wieder aufgegeben worden, zumal ein Wahrscheinlichkeitsgrad nicht konkret zu nennen ist. Die subjektive richterliche Überzeugung von Unrecht und Schuld reicht nun wieder aus, sie muss nur zu einem logisch möglichen Beweisergebnis führen. Dies bleibt angesichts einer anlagekonformen Voreinstellung der Richter nach dem Eröffnungsbeschluss mit der Folge anhaltender Dissonanzreduktionen im Verlauf des Verfahrens bei jedem Auftauchen einer kognitiven Dissonanz problematisch. Gegenüber Verteidigungsbemühungen machen sich nach Anklageerhebung und Eröffnungsbeschluss, ferner nach Zwischenentscheidungen über Eingriffsgestattungen und nach Verständigungsangeboten zunehmend Perseveranz-, Inertia- und Schulterchluss-effekte bemerkbar. Da Beweislehre, Aussagepsychologie und Kriminalistik nicht zu Pflichtfächern der Juristenausbildung gehören und Forensische Psychiatrie sowie Angewandte Kriminologie nur sporadisch vermittelt werden, agieren die auf den Beruf schlecht vorbereitenden Strafrichter intuitiv. Sie sind zahlreichen Einflüssen ausgesetzt, die vom Ziel einer neutralen Wahrheitsfeststellung ablenken können. Aufgrund Richterrechts über eine „erweiterte Revision“ wurde daher eine Kontrolle der Beweiswürdigung etabliert. Die Erfüllung einer auf die schriftlichen Urteilsgründe beschränkten Kontrollaufgabe gelingt aber nur mit wechselndem Erfolg.

A. Normbedeutung

1 Die Vorschrift soll die Grundlage für die Beweisverwertung sein (BVerfGE 130, 1, 29). Damit wird sie in eine Eingriffsermächtigung uminterpretiert. Nach der Idee des historischen Gesetzgebers ist sie hingegen nur eine normative Bestimmung der Methodenfreiheit der exklusiven Würdigung aller in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise durch den Richter. Beweisverwertungsverbote als Gegenpol zur Freiheit der Würdigung aller erhobenen Beweise haben eigentlich den Charakter von Beweiserhebungsverboten für die Hauptverhandlung, so dass sie den fragwürdigen Beweisstoff nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung werden lassen. Die Widerspruchslösung der Rechtsprechung, die ein Verwertungsverbot durch Gestaltungsakt der Verteidigung nach der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung im Rahmen des Erklärungsrechts nach § 257 StPO entstehen lassen will, hat dieses Prinzip zu Unrecht übergangen. Die Befugnis des Tatgerichts zur Erhebung der Beweise folgt aus § 244 Abs 2 StPO (Jahn, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, C68). Sind Beweise in der Hauptverhandlung erhoben worden, können sie – mit einer Einschränkung bei Verwertungsverboten – auch im Urteil verwertet werden. § 261 StPO schließt eine Beweisantizipation vor Abschluss der Beweisaufnahme im Allgemeinen aus (Fezer StV 1995, 95, 97), auch weil eine annähernd zuverlässige Beweiswürdigung erst nach Erhebung aller Beweise unter deren Gesamtschau möglich ist. Ausnahmen im Bereich der Beurteilung von Beweisanträgen oder der Geeignetheit neuer Tatsachen oder Beweise im Additionsverfahren nach § 359 Nr 5 StPO bestätigen diese Regel des Beweisantizipationsverbots. Die Ergebnisprognose bei einer Verständigung nach § 257c StPO geht an allem vorbei. § 261 StPO stellt freilich nur die Maxime der Freiheit von starren Beweisregeln auf und der Freiheit von fremden Wertungen (Rieß GA 1978, 257, 264). Prinzipiell gibt es keine zwingenden Normen, die dem Richter ein Beweisergebnis vorschreiben (BGHSt 39, 281, 295). Auch eine Bindung an andere Urteile besteht nicht (Welp, FS Egon Müller, 2008, 765 ff). Wertungen eines Sachverständigen sind für Richter nicht verbindlich, reine Wertungen oder Meinungen eines Zeugen sogar unbeachtlich, weil sie nicht mehr zur Aussage des Zeugen über wahrgenommene Tatsachen gehören. Ferner ist eine Bindung des Richters an methodische Vorgaben, wie sie für eine aussagepsychologische Inhaltsanalyse gelten (BGHSt 45, 164, 167 ff), eigentlich ausgeschlossen (BGHR StPO § 261 Sachverständiger 9; Fischer, FS Widmaier, 2008, 191, 213; Menges, FS Tolksdorf, 2014, 313 ff; aA OLG Nürnberg NJW 2010, 3793, 3794; OLG Stuttgart NJW 2006, 3506 f), was aber zu unterschiedlichen Vorgehensweisen zwischen Sachverständigen und Richtern führt. Die Methodenfrage bedarf insoweit noch näherer Prüfung, weil auch Richter gegebenenfalls an wissenschaftsmethodische Erkenntnisse als Erfahrungssätze gebunden sein können. Die Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung hat jedenfalls Grenzen, die sich aus dem Ziel der Wahrheitserforschung ergeben. Prozessgrundrechte des Angeklagten auf ein faires Verfahren (BVerfG NJW 2008, 3346, 3347), auf willkürfreie Entscheidung (BayObLG NJW 1994, 3177), auf Neutralität und Ergebnisoffenheit des Gerichts und auf Gewährung rechtlichen Gehörs (BGHSt 22, 26, 28) beschränken die Würdigungsfreiheit ebenfalls. Der Richter muss die Beweise erschöpfend würdigen und wissenschaftliche Erkenntnisse sowie Erfahrungssätze und die Logik beachten (BGHSt 29, 18, 20). Unverwertbare Beweise dürfen zumindest nicht zum Nachteil des Angeklagten herangezogen werden. Ob sie zu seinen Gunsten verwertet werden dürfen (Meixner, Das Widerspruchserfordernis des BGH bei Beweisverwertungsverboten, 2015, 223 ff), ist nicht geklärt. Zumindest bei Eingriffen in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung scheidet dies aus (BGHSt 57, 71, 78).

1.1 Zunehmend sind bei der richterlichen Beweiswürdigung auch die Erkenntnisse aus erfahrungs- oder naturwissenschaftlichen Gebieten zu berücksichtigen. Ein Verstoß gegen sachliches Recht liegt aus der revisionsgerichtlichen Perspektive vor, wenn das Tatgericht einen bestehenden Erfahrungssatz mit Relevanz für den konkreten Fall ohne nachvollziehbaren Grund nicht befolgt oder einen nicht bestehenden Erfahrungssatz anwendet (BGHSt 39, 291, 294; BGH NStZ-RR 2010, 51, 52). Die Beachtung der Erkenntnisse der Aussagepsychologie ist, soweit Tatrichter kein Gutachten einholen, bisher nicht obligatorisch, obwohl es sich bei Erkenntnissen dieser Erfahrungswissenschaft auch um Erfahrungssätze handelt. Ist das methodische Vorgehen der hypothesengeleiteten Realkennzeichenanalyse ein wissenschaftsmethodisches Postulat (Fiedler/Schmid, Praxis der Rechtspsychologie 1999, 5 ff), dann müsste es eigentlich auch für Richter gelten, wenn sich daraus der Erfahrungssatz ergibt, dass eine methodengeleitete Beweiswürdigung signifikant bessere Ergebnisse erzielt. Das wird immerhin für die methodengeleitete Realkennzeichenanalyse bei der Bewertung von Aussagen durch Beschuldigte oder Zeugen von der forensischen Psychologie behauptet.

1.2 Die Feststellung der Tatsachen verlangt Rationalität der Gedankenführung (KK-StPO/Ott StPO § 261 Rn 3) und im Verurteilungsfall nach einem Ansatz in der Rechtsprechung und Literatur zumindest die hohe objektive Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des Ergebnisses (BGH NJW 1999, 1562, 1564). Dieser Maßstab wird in der Rechtsprechung aber heute oft wieder zugunsten einer nahezu unbeschränkten Würdigungsfreiheit relativiert (BGHSt 10, 208, 209). Nur bisweilen wird noch das Gebot rational begründeter und tatsächengestützter Beweisführung hervorgehoben (BGH Beschl v 13.9.2011 – 5 StR 308/11; Beschl v 7.12.2011 – 4 StR 517/11). Jedenfalls wenn nach der Lebenserfahrung die Fehlerhaftigkeit der Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ihre sachliche Richtigkeit, sollte sie im Rechtsstaat keinen Bestand haben. Das wird aber durch die aktuelle Rechtsprechung der Revisionsgerichte, die auch bereits denklogisch mögliche Beweisschlüsse akzeptiert, selbst wenn sie fernliegend erscheinen, gerade nicht garantiert. Für die subjektive richterliche Überzeugung, die auf Grund lediglich denkgesetzlich möglicher Schlussfolgerungen ausreichen soll, genügt da ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit (BGHSt 41, 206, 214). Lediglich wenn und soweit der Tatrichter individuell Zweifel hat und diese im Urteil zum Ausdruck bringt, muss er von Rechts wegen in dubio pro reo entscheiden. Das kommt bei einer strukturellen Überbetonung der Verdachtshypothese und deren Verfestigung durch Zwischenentscheidungen oder Verständigungsprognosen (Isfen ZStW 125 [2013], 325, 326) in der Praxis selten vor. Stattdessen sind immer wieder bei allen der Verdachtsannahme widerstrebenden Aspekten Dissonanzreduktionen festzustellen (Raske, Wie bei polizeilichen Ermittlungen ein falscher Tatverdacht entsteht, 2012, 25 ff). Weil die schon in der Anklageschrift und im Eröffnungsbeschluss, gegebenenfalls aber auch bei weiteren Zwischenentscheidungen favorisierte Verdachtshypothese als vorzugswürdig behandelt wird, werden die Informationen, die mit der Verdachtshypothese unvereinbar sind, unterbewertet, ignoriert oder umgangen. Wo dies nicht gelingt, werden Informationen, die den Verdacht bestätigen, überbewertet und überbetont. Je mehr dem Angeklagten nachteilige Zwischenentscheidungen aufgrund der Verdachtshypothese ergangen sind und je schwerer die hierdurch entstehenden Belastungen werden, etwa bei lange andauernder Untersuchungshaft oder Vermögensbeschlagnahme, desto mehr wirkt ein Rechtfertigungsdruck auf die Entscheidungsträger ein. Die Dissonanzreduktion werden dadurch nur noch intensiver. So werden die Erfolgchancen einer Verteidigung aufgrund von Informationen, die dem Verdacht entgegenwirken sollen, mit fortschreitender Verfahrensdauer immer geringer. Das erklärt schließlich den maximalen Widerstand gegen Anträge auf Wiederaufnahme eines bereits rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens. Jede Beweisantizipation oder summarische Beweisbewertung wirkt sich so zum Nachteil des Angeklagten aus, etwa wenn Beweisanträge in einem späten Stadium der Hauptverhandlung vom Tatgericht zurückgewiesen, wenn Revisionsrügen gegen das Urteil unter Beruhensgesichtspunkten aufgrund einer Betrachtung der Beweislage nach dem Urteilstext vom Revisionsgericht verworfen, oder wenn Wiederaufnahmeanträge im Additionsverfahren nach Aktenlage vom Wiederaufnahmegericht mit der Begründung, ein Verteidigungsvorbringen mit neuen Tatsachen oder Beweismittel sei unzulässig, weil diese dazu ungeeignet seien (§ 359 Nr 5, § 368 Abs 1 StPO), die Tatsachenfeststellung des Erstgerichts ernsthaft zu erschüttern, als unzulässig bewertet werden. Dem Selbstschutz eines Tatrichters vor der Gefahr unbewusst fehlerhafter Dissonanzreduktionen oder zu einer effektiven Kontrolle kann dann eben nur eine methodengeleitete Beweisbewertung dienen, bei der alle einzelnen Indizien zunächst nach ihrem objektiven Beweisgewicht festgestellt, wahrgenommen und zumindest für interne Beurteilungszwecke gesammelt und dokumentiert werden, um erst nach dem Abschluss dieser Stoffsammlung alle Informationen, die für und gegen den Angeklagten sprechen, in einer Gesamtschau zu bilanzieren. Beweisantizipationen vor Abschluss eines neutralen und vollständigen Beweisgewinnungsverfahrens oder nur aufgrund eines Teils der verfügbaren und verwertbaren Informationen sind möglichst zu unterlassen; denn jede verdachtskonforme Zwischenentscheidung erhöht wegen Verfestigung der Voreinstellung das Risiko sachwidriger Dissonanzreduktionen im weiteren Gang des Verfahrens. Ergebnisprognosen, wie sie bei der Verständigung im Strafverfahren üblich sind, kollidieren in besonderer Weise

mit dem Prinzip der Neutralität der Beweiswürdigung. Richterliche Neutralität ist ein Teil des materiellen Gewährleistungsgehalts des Art 101 Abs 1 S 2 GG oder des Anspruchs auf einen unparteiischen Richter gemäß Art 6 Abs 1 S 1 EMRK. Aus diesem Grund dürfen letztlich die methodischen Anforderungen an die richterliche Beweiswürdigung nicht substantiell hinter den Anforderungen an ein aussagepsychologisches Gutachten zurückbleiben.

1.3 Besonders in Verurteilungsfällen verlangt das Gebot rational begründeter Beweisführung die Einbeziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse, vor allem aus kriminalistischen, kriminologischen und aussagepsychologischen Untersuchungen (BVerfG NJW 2003, 2444, 2445; BGH NJW 2007, 384, 387), soweit ihnen die Bedeutung von Erfahrungssätzen zukommt. Dies ist geboten, weil zur Widerlegung der Unschuldsvermutung aus Art 6 Abs 2 EMRK und aus dem Fairnessgrundsatz des Grundgesetzes (Art 20 Abs 3 GG iVm dem Freiheitsrecht) der Wert der Belastungsbeweise durch die Anwendung der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu bestimmen und das Resultat gegebenenfalls dadurch zu erhärten ist (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung, unzureichende 20). Eine Hervorhebung der ureigenen richterlichen Aufgabe der Beweiswürdigung ist nach Art 92 GG kompetenzrechtlich zutreffend (Karl Peters, Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 364, 370). Sie wird aber schon begrifflich als „ur-eigene“ (BGH NStZ 2004, 630, 631) oder gar als „ureigenste“ Aufgabe (BGH NStZ-RR 2007, 195, 196) überbetont und ist durch faktische Sachkundemängel, besonders im psychiatrisch-psychologischen Bereich sowie im Bereich der Kriminalwissenschaften zu relativieren (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 121 ff).

1.4 Insbesondere die Sozial-, Gedächtnis- und Aussagepsychologie gibt wichtige Hinweise darauf, wie die Suche nach der Wahrheit bei der Auswertung des unzuverlässigen und oft überschätzten Zeugenbeweises wirkungsvoll zu betreiben ist (BGHSt 17, 382, 385; Deckers, FS Hamm, 2008, 53, 55). Das gilt auch für die zuerst von Undeutsch (Forensische Psychologie 1967, 26 ff) ausgearbeitete Aussagenanalyse bei kindlichen Zeugen (Schweizerisches Bundesgericht SJZ 2002, 282, 283). Jedoch haben aussagepsychologische Gutachten ihrerseits oft Schwächen (Raske, Die Dissonanzreduktion als Fehlerquelle in forensischen Glaubwürdigkeitsbeurteilungen, 2012), insbesondere weil sie sich exklusiv auf die Ergebnisse der eigenen Exploration beziehen, externe Anknüpfungstatsachen nicht oder nicht ausreichend beachten und keine Gesamtwürdigung aller – auch außerhalb des Zeugenbeweises liegender – Indizien liefern. Die Erwartungshaltung des Auftraggebers wirkt sich zudem auf aussagepsychologische Sachverständige ebenfalls aus, die ihrerseits Dissonanzreduktionen vornehmen, wenn sie der Erwartungshaltung entgegenkommen. Nach den Prämissen der aussagepsychologischen Begutachtungspraxis unterscheidet sich die intentional falsche, also erlogene, Aussage einer Auskunftsperson im psychischen Befund von der wahren Aussage. Das ist allerdings im Allgemeinen nicht an nonverbalen Merkmalen zu erkennen (Volbert/Steller in Bliessner/Lösel/Köhnken, Lehrbuch der Rechtspsychologie, 2014, 391, 392), weshalb auch die intuitive Annahme weitgehend verfehlt erscheint, der persönliche Eindruck des Richters vom Erscheinungsbild des Zeugen sei ein besonderes Kriterium für die Beweiswürdigung. Für wahr gehaltene „falsche Erinnerungen“ (Mack Kriminalistik 2014, 459 ff), an deren Richtigkeit die Auskunftsperson selbst glaubt, lassen sich gegebenenfalls nicht anhand der sonst relevanten Realkennzeichen im Aussageinhalt von objektiv zutreffenden Angaben unterscheiden (Köhnken, FS Ostendorf, 2015, 519, 528 ff). Insoweit ist vor allem eine möglichst präzise Überprüfung potentieller Quellen für eine suggestive Beeinflussung von Bedeutung. Eine abschließende Validierung der Untersuchungsmethoden der aussagepsychologischen Realkennzeichenanalyse fehlt. Die einzelnen Realkennzeichen sind – jedes für sich genommen – nicht derart valide, dass sie alleine eine tragfähige Beurteilungsgrundlage für eine Verurteilung liefern könnten, jedenfalls wenn sich auch Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Nullhypothese oder eine sonstige Alternative zur Verdachtshypothese ebenso stark bewertet werden kann, wie der Tatverdacht (vgl BGHSt 45, 164, 171). Erst die Gesamtschau ergibt ein halbwegs aussagekräftiges Bild. Die Wertungen der psychologischen Sachverständigen sind ihrerseits subjektiv gefärbt und stellen unbeschadet herausgestellter Methodenanforderungen kein in allen Einzelheiten endgültig standardisiertes Verfahren dar (BGH Urt v 25.1.2011 – 5 StR 418/10). Wichtig sind vor allem die Hinweise der Aussagepsychologie auf potenzielle Fehlerquellen für Aussagen durch Zeugen, Beschuldigte oder Mitbeschuldigte, die dann durch den Sachverständigen einer autonomen richterlichen Würdigung zugänglich gemacht werden. Das Beurteilungsergebnis des aussagepsychologischen Sachverständigen, es liege eine „erlebnisfundierte“ (im Ergebnis also „wahre“) Aussage oder nicht (ausreichend) erlebnisfundierte (also möglicherweise unwahre) Aussage vor, sollte für die richterliche Entscheidung streng genommen keine Rolle spielen. Es sollte nur als Vorschlag zur Bewertung der Aussage aufgenommen werden oder sogar ganz wegbleiben. Nach den Erkenntnissen der Aussagepsychologie ist auch für die richterliche Hypothesenbildung von Bedeutung, dass es neben dem bewussten Lügen schon im normalpsychologischen Bereich unbewusste Intrusionen, also die Einfügung nicht real erlebter Aspekte in einen Erlebnisbericht, und Konfabulationen gibt (Heidler, Fortschritte von Neurologie und Psychiatrie 78 [2010], 256 ff), bei denen ein Zeuge nur scheinbar mit Gewissheit selbst Er-

lebtes schildert, was in Wahrheit auf falschen Erinnerungen im Rahmen komplexer Prozesse der Gedächtnisfunktionen beruht. Zwischen den Möglichkeiten der absichtlichen Falschdarstellung und der subjektiv wahren, aber objektiv nicht zu treffenden Darstellung, liegt außerdem ein Bereich, in dem es zu Angaben kommt, von welcher der Aussagende zumindest zeitweise selbst annimmt, dass sie in dieser Form nicht zutreffen, zu anderen Zeitpunkten aber von dem Bezug zu seinem eigenen Erlebnis überzeugt ist (Volbert/Steller aaO 391). Die Gedächtnispsychologie lehrt zu Recht, dass jeder Mensch nur in begrenztem Umfang und aufgrund einer Unterscheidung nach gefühlsmäßig wichtigen oder unwichtigen Bedeutungszuweisungen selektierte Wahrnehmungen macht und speichert, diese bereits bei der erstmaligen Informationserlangung mit Wertungen verknüpft und die Erinnerungen anschließend laufend unbewusst aufgrund neuer Eindrücke verändert. Insgesamt zutreffende Erinnerungen an ein Erlebnis sind danach eher die Ausnahme als die Regel. Das wird in der gerichtlichen Praxis nur zu oft verkannt.

1.5 Als Realkennzeichen werden allgemeine Merkmale (logische Konsistenz, ungeordnete und sprunghafte Darstellung, quantitativer Detailreichtum), spezielle Inhalte (raum-zeitliche Verknüpfungen, Interaktionsschilderungen, Wiedergabe von Gesprächen, Schilderungen von Komplikationen im Handlungsablauf), inhaltliche Besonderheiten (Schilderung ausgefallener Einzelheiten, Schilderung nebensächlicher Einzelheiten, phänomenkonforme Schilderung unverstandener Handlungselemente, indirekt handlungsbezogene Schilderungen, Schilderung eigener innerpsychischer Vorgänge, Schilderung psychischer Vorgänge des Beschuldigten), motivationsbezogene Inhalte (spontane Verbesserung der eigenen Aussage, Eingeständnis von Erinnerungslücken, Einwände gegen die Richtigkeit der eigenen Aussage, Selbstbelastungen, Entlastung des Beschuldigten) und deliktsspezifischer Inhalte (deliktstypische Aussageelemente) angesehen (Volbert/Steller aaO 391, 394). Es liegt aber auf der Hand, dass diese Elemente – jedes für sich genommen – im Einzelfall einen erheblichen Deutungsrahmen ergeben, dessen Ausfüllung vom einzelnen Betrachter individuell nach seiner subjektiven Einschätzung erfolgt. Schon die Erfassung der einzelnen Elemente im konkreten Fall und ihre Deutung und Bewertung durch den einzelnen Betrachter sowie die Beurteilung in der Gesamtschau führen nur dazu, dass die Beweiswürdigung bei einem Vorgehen nach der Methode der hypothesengeleiteten Realkennzeichen Analyse besser systematisiert wird, als dies bei einer rein intuitiven Beweiswürdigung der Fall ist. Sie erhält dadurch eine relativ größere Treffgenauigkeit, die allerdings auch dann immer noch eine nicht ganz unerhebliche Streubreite und Fehlerquote aufweist (Volbert/Steller aaO, 391, 395).

1.6 Terra incognita sind in der forensischen Praxis meist auch die nicht ganz seltenen Phänomene der falschen Erinnerungen (Pseudoerinnerungen). Dabei ist in den Erfahrungswissenschaften schon lange bekannt, dass prinzipiell jede Person „falsche Erinnerungen“ an tatsächlich nicht stattgefundenen oder jedenfalls nicht selbst erlebte Ereignisse entwickeln kann. Diese können sowohl durch aktive Suggestion, als auch durch passive Einflussgrößen im Wege der Autosuggestion entstehen (Köhnken FS Ostendorf 2015, 519, 528 ff). Affektive oder kognitive Bedürfnisse der späteren Auskunftsperson fördern ihr Auftreten. Scheinbar aufdeckende Therapien können sie entstehen lassen (Köhnken aaO; Mack Kriminalistik 2014, 459, 460). Die Empfänglichkeit für suggestive Einflüsse ist von Person zu Person verschieden. Bei generell falschen Erinnerungen an tatsächlich nicht stattgefundenen Ereignisse ist regelmäßig eine Vorgabe, ein bestimmtes Ereignis sei tatsächlich geschehen und müsse von der Auskunftsperson wahrgenommen worden sein, der Ausgangspunkt für die Entstehung einer falschen Erinnerung (Volbert/Steller in Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch der Rechtspsychologie, 2014, 391, 397 ff). Das Strafverfahren liefert an vielen Stellen beinahe ideale Möglichkeiten, durch den Sachverhalt vermittelnde „informativische Gespräche“ vor Vernehmungsbeginn, suggestive Fragen, intensive Vorhalte, Vermittlung von Verdachthypothesen oder anderen Fremdannahmen bei einer damit konfrontierten Person eine falsche Erinnerung entstehen zu lassen. Diese Gefahr wird in der forensischen Praxis, soweit sie überhaupt bekannt ist, strukturell unterbewertet. Die Tatsache, dass sich einer Auskunftsperson subjektiv sicher ist, ein beschriebenes Ereignis erlebt zu haben, ist wegen der Gefahr falscher Erinnerungen entgegen der intuitiven Erwartung annähernd ohne jede Aussagekraft (Köhnken aaO 531). Tatsächlich genügen für die Entstehung falscher Erinnerungen wesentlich weniger intensive Einflussfaktoren, als es von Juristen üblicherweise angenommen wird. Auch die eng gehandhabten rechtlichen Bewertungen von Vernehmungsmethoden (§ 136a StPO, § 69 Abs 3 StPO) beruhen auf prinzipiellen Fehlvorstellungen über die Bedeutsamkeit suggestiver Einflüsse bei Befragungen. Im Extremfall kann sogar einem Beschuldigten suggeriert werden, er habe eine Straftat begangen, die tatsächlich nicht stattgefunden hat. Das lehrt als Musterbeispiel der Fall des verschollenen Bauern Rupp, bei dem vier Beschuldigte jedenfalls zeitweise eine Beteiligung an einem Tötungsverbrechen gestanden haben, das nach der späteren Spurenlage nach dem zufälligen Leichenfund sich jedenfalls so, wie es in allen Einzelheiten geschildert worden war, niemals zugetragen haben kann (dazu näher Raske, Wie bei polizeilichen Ermittlungen ein falscher Tatverdacht entsteht, 2012, 94 ff).

1.7 Auch die Wahrscheinlichkeitsforschung kann im Sinne einer annäherungsweisen Bestimmung des objektiven Beweisgewichts bestimmter Umstände zur Ausfüllung des Beweismaßes der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit

verhelfen (Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 63 ff). Sie steckt aber noch in den Kinderschuhen und bleibt meist unbeachtet.

1.8 Der Richter kann sich nach der Rechtsprechung auch mit noch nicht erprobten oder umstrittenen wissenschaftlichen Methoden befassen. Er muss seine Ansicht dazu allerdings genau prüfen und darlegen (BGH NSTZ 1994, 250; 1998, 528, 529). Das ist allerdings ein bedenklicher Prozess der Wahrheitserforschung.

B. Prozessziel und richterliche Aufgabe

2 Die richterliche Freiheit bei der Entscheidung über das Ergebnis der Beweisaufnahme hebt das Prozessziel nicht auf, sondern sie bezieht sich darauf. Die Freiheit der Beweiswürdigung setzt als Basis einer rechtsstaatlichen Legitimation der Gerichte zur Verurteilung wegen Unrecht und Schuld zu einer Strafe oder Maßregel voraus, dass vom Tatgericht zunächst der Verpflichtung zur Ermittlung der Wahrheit mit dem bestmöglichen Beweis genügt worden ist. An die Stoffsammlung nach dem Maßstab des § 244 Abs 2 StPO hat sich eine neutrale Gesamtwürdigung aller Beweise anzuschließen. Es geht im Strafprozess nämlich um die Suche nach der materiellen Wahrheit durch ein unparteiisches Gericht (Art 6 Abs 1 S 1 EMRK) als notwendige Grundlage eines gerechten Strafurteils (BVerfGE 133, 168, 201; BGHSt 50, 40, 63; Kühne GA 2008, 361 ff). Ausgeschlossen ist ein Aushandeln des Sachverhalts oder eine forensische Herstellung von Wahrheit ohne ausreichende objektive Beweisgrundlagen. Erforderlich ist die bestmögliche Rekonstruktion des historischen Geschehens (SK-StPO/Velten StPO Vor § 261 Rn 13). Deshalb ist eine genaue Beweiswürdigung, gegebenenfalls auch mit einer Geständnisüberprüfung, nicht entbehrlich, sondern auch in scheinbar eindeutigen Fällen stets erforderlich (BVerfGE 133, 168, 209; BGH NSTZ 2014, 170 mAnm Jahn), wenngleich die Praxis damit bisweilen kursorisch verfährt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung tritt dem verstärkt entgegen (BGH NJW 2014, 872, 873). Die Wahrheitssuche erfährt in der Hauptverhandlung von Rechts wegen ihren Höhepunkt (BGHSt 46, 349, 352, 353), sie hat dort aber weder ihren Anfang noch ein Ende.

2.1 Tatsächlich ist die Hauptverhandlung längst nicht mehr der Verfahrensteil, in dem Beweise zentral erhoben werden. Vor der Hauptverhandlung ist eine vorläufige Beweiswürdigung, die zur Eröffnung des Hauptverfahrens im Eröffnungsbeschluss führt, unbeschadet der dort nur freibeweislich aufzunehmenden Beweisgrundlagen aber jedenfalls arbeitsmethodisch ebenso durchzuführen, wie die Würdigung der im Strengbeweisverfahren erhobenen Beweise bei der Urteilsfindung (OLG Nürnberg NJW 2010, 3793, 3794). Diese Tatsache wird oft vernachlässigt und sie bleibt bei der Bewertung der Voreingenommenheit des das Hauptverfahren mit einer Verurteilungsprognose eröffnenden und danach erkennenden Richters zu Unrecht unbeachtet (Isfen ZStW 125 [2013], 325, 326 ff).

2.2. Das Gebot der methodisch gleichartigen Gesamtwürdigung aller verfügbaren und verwertbaren Beweise gilt demnach nicht nur bei der Urteilsberatung, sondern auch für Beweisantizipationen, etwa bei der Prüfung der Eröffnung des Hauptverfahrens (zu Unrecht einschränkend OLG Stuttgart Die Justiz 2011, 218, 219), bei der Prüfung eines Beweisantrages nach § 244 Abs 3 oder Abs 2 StPO oder bei der Geeignetheitsprüfung eines Wiederaufnahmevorbringens neuer Tatsachen oder Beweismittel nach § 359 Nr 5 StPO und § 368 Abs 1 StPO. Die Zurückweisung von Beweis- oder Wiederaufnahmeanträgen scheitert in der Praxis meist an einer selektiven Würdigung einzelner Beweise unter Vernachlässigung der Gebote einer neutralen und eigenverantwortlichen Gesamtwürdigung aller Umstände. Das ist ein struktureller Fehler, der oft nicht ausgeglichen wird, weil Eröffnungsbeschlüsse unanfechtbar sind, die Ablehnung von Beweisanträgen zu selten in zulässiger Weise im Revisionsverfahren gerügt wird und Wiederaufnahmeanträge propter vova von einer uneinheitlichen Beschlusspraxis, für die keine abschließende Kontrollzuständigkeit des BGH besteht, regelmäßig im Additionsverfahren abgeblockt werden. Kurskorrekturen durch das BVerfG sind mangels dortiger Einsicht in die Notwendigkeit bisher nicht zu erwarten. Insgesamt besteht ein gravierendes Rechtsschutzdefizit.

3 Ohne Wahrheit kann Gerechtigkeit nicht erreicht werden; ohne ernsthafte Suche nach der Wahrheit erscheint die Behauptung einer Wahrheitsfindung nur als Simulation eines fairen Verfahrens. Selbst ein formal fair gestaltetes Verfahren ist kein Wert an sich, wenn es mit einer zu

hohen Wahrscheinlichkeit zu einem sachlich falschen Urteil führen kann (Demko, FS Riklin, 2007, 351, 355 ff). Absolute Wahrheitserkenntnis ist zwar nie in vollendeter Form erreichbar (BGHSt 10, 208, 209 f), jedoch darf dies zumindest das Streben danach durch ein ergebnisoffen agierendes Gericht unter Ausschöpfung des im Einzelfall verfügbaren und bestmöglichen Beweises nicht verhindern (Albrecht NSTZ 1983, 486, 487). Demgegenüber hat sich im Zeitalter zunehmender Urteilsabsprachen oder überwiegender Verfahrenserledigungen in Strafbefehlsverfahren die Idee einer forensischen Wahrheit zu einem Gegenpol entwickelt. Der maßlos überbetonte Beschleunigungsgrundsatz wird zu einem immer größeren Hindernis für die Feststellung der materiellen Wahrheit. Der „kurze Prozess“ ist jedoch weder gerecht noch führt er zu Rechtsfrieden.

3.1 Chronische Überlastung der Strafjustiz, nicht selten aber auch individuelle Überforderung der Mitwirkenden, führt in der Praxis dazu, dass erhebliche Abstriche bei der Wahrheitssuche gemacht werden. § 244 Abs 2, § 246, § 257c Abs 1 S 2, § 359 Nr 5 und § 261 StPO sprechen bisher von Rechts wegen gegen die Fixierung des Abschlusses der Wahrheitserforschung auf einen Stand des Verfahrens zu einem bestimmten Zeitpunkt innerhalb oder außerhalb der Hauptverhandlung oder auf eine Beschränkung der Zielsetzung und des Aufklärungsumfangs auf die Aktenlage wie im Inquisitionsprozess, dem sich die gegenwärtige Entwicklung wieder bedrohlich annähert.

3.2 Durch eine Konsensmaxime würde nur eine Mediation der Wahrheitserforschung erfolgen, die sich kontraproduktiv auswirken müsste, wenn etwa in Folgeprozessen der Strafgerichtsbarkeit oder anschließenden Zivilrechtsstreitigkeiten der früher festgestellte Sachverhalt neu geprüft und die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der bisherigen Feststellungen erkannt wird. Die zwischenzeitliche Reduzierung der Wahrheitserforschung durch Urteilsabsprachen ist daher bedenklich (Kühne GA 2008, 361, 365, 366; Tsambikakis, Kunert-Symposium, 2006, 87, 92). Sie führt in weiten Teilen zu einer Zivilprozessualisierung des Strafverfahrens. Abgesprochene Urteile eignen sich oft nicht einmal als aussagekräftiges Präjudiz für einen anschließenden Zivilprozess (OLG Koblenz StraFo 2007, 295, 296, 297).

4 Die Wahrheitssuche kann zwar in den verschiedenen Stadien des Strafverfahrens jeweils nur mit endlichen Erkenntnismitteln vorangetrieben werden. Sie muss aber auch über die Prozessstadien hinweg als Leitidee erhalten bleiben (Albrecht NSTZ 1983, 486). Davon weicht die ökonomisierte Praxis bedenklich weit ab (Kühne GA 2008, 361, 373, 374) und sie betreibt zunehmend naive Kunst durch sich selbst erfüllende Prophezeiungen, die objektiv zu Unrecht eine wohlfühlende, aber trügerische Selbstgewissheit entstehen lassen (Velten GA 2015, 387, 395). Im Erkenntnisverfahren sind stattdessen alle verfügbaren, verwertbaren und sachdienlichen Mittel zur Wahrheitserforschung neutral auszuschöpfen, ohne dass prozessökonomische Gründe dafür eine besondere Grenze bilden dürfen. Schließlich geht es um Ehre und Freiheit des angeklagten Bürgers sowie nicht selten um seine wirtschaftliche und soziale Existenz. Selbst eine scheinbare Evidenz des Ergebnisses, die angesichts der Dokumentationsdefizite im Strafverfahren und der immer wieder zu beobachtenden Perseveranz-, Inertia- und Schulter-schlusseffekte (Schünemann StV 2000, 159 ff) kaum jemals wirklich besteht, rechtfertigt keinen Verzicht auf ein neutral durchgeführtes Strengbeweisverfahren in einer mündlichen und grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung. Die Prozessökonomie wird schließlich an anderer Stelle durch die Möglichkeiten des Strafbefehlsverfahrens und der Verfahrenseinstellung nach dem Opportunitätsprinzip (zu Recht krit zu § 153a StPO Brüning ZIS 2015, 586 ff) berücksichtigt, dort sogar im Übermaß. Inwieweit diese Formen eines speedy trial mit dem Schuldgrundsatz und der ihm zugrunde liegenden Maxime der Erforschung der materiellen Wahrheit mit dem bestmöglichen Beweis vereinbar bleiben (ohne Begründung bejaht von BVerfGE 133, 168, 227), bedarf künftig weiterer Untersuchungen (aus schweizerischer Sicht Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? 2013, 244 ff).

4.1 In einem Rechtsmittelverfahren nach einer Urteilsanfechtung muss begründbaren Zweifeln an einer ausreichenden Sachverhaltserforschung nachgegangen werden. Das ist der Grundgedanke der erweiterten Revision, die

eine richterrechtliche Erweiterung der Überprüfungsmöglichkeiten aufgrund der Revision darstellt (Schünemann FS Geppert 2011, 649, 662), jedoch nur allzu rasch an Leistungsgrenzen stößt. Die erweiterte Revision führt deshalb letztlich in eine Sackgasse (Fezer in DAV Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit 1992, 58, 64).

4.2 Das Wiederaufnahmeverfahren nach § 359 Nr 5 StPO, das vom historischen Gesetzgeber in Strafkammersachen als funktionaler Berufungersatz mit Novenpflicht vorgesehen wurde (Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, 47; Dippel in Jescheck/Meyer, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1974, 13, 39 f; Meyer, Wiederaufnahmereform, 1977, 44 f), muss daneben als Mittel zur Korrektur erkennbar gewordener Fehlurteile begriffen werden. Das gilt auch deshalb, weil die Rechtskraft des Strafurteils keine Gestaltungswirkung, die Verurteilung als solche aber andauernde Eingriffswirkung entfaltet (Eschelbach HRRS 2008, 190, 199 ff) und einer fortwirkenden Legitimation sowie andauernder Korrekturmöglichkeiten für den Fall der Verfügbarkeit neuer Erkenntnisse bedarf. Die Rechtskraft kann den wahren Sachverhalt weder verändern noch dessen Einschätzung ad infinitum festschreiben, zumal Tatsachenfeststellungen für sich genommen nicht in Rechtskraft erwachsen (vgl zu letzterem BVerfGE 103, 21, 36; BGHSt 43, 106, 107, 108; Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 144).

5 Selbst im Strafvollstreckungsverfahren dürfen bei der Begutachtung der Verurteilten keine unabänderlichen Vorgaben aus den Urteilsgründen an die indiziell für die Zukunftsprognose relevante Bewertung des vergangenen Geschehens durch Sachverständige aus dem Blickwinkel ihrer Disziplinen, wie Angewandter Kriminologie, Psychologie und Psychiatrie, entnommen werden (einschränkend Boetticher/Kröber/Müller-Isberner/Böhm/Müller-Metz/Wolf NStZ 2006, 537, 540). Auch hier besteht keine absolute Bindungswirkung der Urteilsfeststellungen für die Strafvollstreckungsorgane und Sachverständigen (Bock/Schneider NStZ 2003, 337, 338; Brettel, Tatverleugnung und Strafrestausssetzung, 2007, 197 ff). Kann etwa ein Sachverständiger im Vollstreckungsverfahren feststellen, dass der Verurteilte die abgeurteilte Tat nicht oder nicht so, wie im Urteil festgestellt, begangen haben kann und nur deshalb als Tatverleugner inhaftiert bleibt, weil er die Tat im Sinne der Urteilsfeststellungen nicht aufgearbeitet habe, so darf der Sachverständige nicht unbedingt an falsche Urteilsfeststellungen gebunden bleiben. Dies gilt auch deshalb, weil Urteilsfeststellungen für sich genommen nicht in Rechtskraft erwachsen. Die Frage der Bindung von Sachverständigen im Vollstreckungsverfahren an Feststellungen im rechtskräftigen Strafurteil ist in einem Fall, in dem die Tatbegehung mit der Persönlichkeit des Verurteilten unvereinbar erschien (Begehung eines Doppelmordes mit vollständiger Spurenbeseitigung durch einen minderbegabten Spanner, dem nach Anklage ein psychodynamisch allenfalls eher vorstellbarer Verdeckungsmord, nach dem Urteil ein zielstrebiges Mord zur Ermöglichung einer anderen Straftat angelastet wurde), von BVerfGE 117, 71, 120 ff übergangen worden. Auch Prognosegutachten sind nicht zwingend an Urteilsgründe zu bio-psycho-sozialen Anknüpfungstatsachen zu binden, wenngleich sie andererseits nicht ohne wichtigen Grund davon abweichen dürfen. Gelangen spätere Beurteiler zu abweichenden Ergebnissen, muss dies den Strafverfolgungsorganen einen Anlass zur Überprüfung geben, die wieder unter Gesamtwürdigung aller verfügbaren und verwertbaren Beweise zu erfolgen hat. Ein zu Unrecht Verurteilter darf nicht deshalb als untherapierbarer Tatverleugner besonders hart bestraft werden, weil die nachträglich mögliche Erkenntnis, dass sich der Sachverhalt überhaupt nicht so zugetragen haben kann, wie er im rechtskräftigen Urteil festgehalten wurde, bei Prognoseentscheidungen ignoriert wird. Das folgt letztlich aus Art 1 Abs 1 S 2, Art 2 Abs 2 S GG und Art 19 Abs 4 S 1 GG.

6 Die Gesamtbetrachtung der Prozessrechtsnormen für das Erkenntnis-, Rechtsmittel-, Vollstreckungs- und Wiederaufnahmeverfahren zeigt, dass einerseits nach Ausschöpfung aller sich aufdrängenden Erkenntnisquellen der Prozess im jeweiligen Stadium in überschaubarer Zeit ein Ende haben muss, dass andererseits aber kein Anlass besteht, sich ohne zwingenden Grund mit weniger als der bestmöglichen Sachaufklärung (BVerfGE 57, 250, 277; 70, 297, 309) zufriedenzugeben und das Prozessergebnis ohne Rücksicht auf spätere Erkenntnisse zu perpetuieren.

Die Beweislehre muss sich auch neuen Erkenntnissen öffnen, die ihr aus der Sozial-, Aussage- oder Gedächtnispsychologie zufließen, aber auch aus dem Bereich der Wahrscheinlichkeitsforschung sowie der Angewandten Kriminologie (Göppinger/Bock, Kriminologie, §§ 15 ff). Werden erfahrungswissenschaftliche Erkenntnisse durch intuitive richterliche Beweiswürdigung übergangen (zur fehlerhaften Bewertung anhand eigener Verhaltenserwartungen Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn 924), kann der Richter gegenüber einem Beweis Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens kaum noch ausreichende eigene Sachkunde für sich in Anspruch nehmen (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 121 f). Will der Richter dem Vorwurf unzureichender Sachkunde entgehen, muss er sich gegebenenfalls auch deshalb den methodischen Vorgaben annähern, die jedenfalls angeblich von Rechts wegen aufgrund wissenschaftsmethodischer Postulate (zum Stand der Wissenschaft Eschelbach ZAP Fach 22, 971 ff) den Aussagepsychologen gemacht werden (Boetticher, NJW-Sonderheft für Schäfer, 2002, 8, 12; Deckers, FS Hamm, 2008, 53, 55). Ob Wissenschaftsmethodik bestimmte Forderungen zu Recht erhebt, bedarf wiederum weiterer Überprüfung, weil den derzeit praktizierten Untersuchungsmethoden eine abschließende Validierung fehlt (Sancietti, FS Frisch, 2013, 1233, 1247).

6.1 Ein zentraler Fehler im System ist die fehlende Ausbildung der Berufsanfänger unter den Richtern gerade in den Bereichen, die zu der so elementar wichtigen Wahrheitserforschung gehören (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 121 f, 126 f). Eine Ausbildung in Kognitions- und Aussagepsychologie, Angewandter Kriminologie sowie Beweislehre wäre eigentlich als berufliche Qualifikation unverzichtbar, wenn im Bereich der Strafrechtspflege wegen der Eingriffsintensität der Urteile die bestmögliche richterliche Leistung gefordert werden würde (Karl Peters Strafrechtspflege und Menschlichkeit 1988, 286, 370). Aus dem Fehlen solcher Ausbildung in den meisten Fällen, weil beides weder zu den juristischen Studienfächern noch zum Standardprogramm der Referendarausbildung gehört und weil Fortbildungsangebote für berufstätige Justizjuristen durch Ökonomisierungsdruck selten wahrgenommen werden, sind in der Gesetzgebung bisher keine ausreichenden Schlüsse gezogen worden. Die Rechtsprechung geht anhand der normativen Vorgaben davon aus, dass Berufsrichter über prinzipiell ausreichende Sachkunde bei der Anwendung aussagepsychologischer Glaubwürdigkeitskriterien verfügen, die für die Beurteilung von Aussagen bei schwieriger Beweislagen erforderlich ist, ferner dass sie diese Sachkunde den Schöffen im Spruchkörper gegebenenfalls vermitteln. Dies soll bei jugendlichen Zeugen erst recht gelten, wenn die Berufsrichter zugleich Mitglieder einer Jugendschutzkammer sind, der erfahrene Jugendrichter angehören sollen (BGH Urt v 18.8.2009 – 1 StR 155/09). Das ist jedoch eine Erwägung, die einen Vertrauensvorschuss enthält, der durch tatsächlich oft zu verzeichnende Ausbildungsmängel und Qualitätsverluste bei der Arbeit überforderter oder überlasteter Richter enttäuscht wird (Wille aaO 121 f, 126 f).

6.2 Die Dunkelziffer unerkannter Fehlerurteile infolge einer im Ergebnis unzutreffenden Beweiswürdigung ist unbekannt (Velten GA 2015, 387, 391), sie dürfte aber nicht unerheblich sein (Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1163 ff; Schwenn StV 2010, 705, 706; Sickor StV 2015, 516, 521). Dies wird deutlich, wenn schon alleine die Quote falscher Geständnisse eine überraschend große Zahl erreichen kann. Hinzu kommt eine ebenfalls nicht geringe Zahl objektiv falscher Beschuldigungen durch Zeugen (Kröber FPPK 2013, 240 f), ferner spielt der Irrtum eine große Rolle, etwa bei der Identifizierung einer Person (Püschel StraFo 2015, 269, 271 f), außerdem die Fehldeutung von Gutachten oder Sachbeweisen unter häufig anzutreffender Dissonanzreduktion bei Auftreten einer kognitiven Dissonanz gegenüber der durch Anklage, Eröffnungsbeschluss und sonstigen Zwischenentscheidungen verstärkten Voreinstellung unter Favorisierung der Verdachtshypothese. Bestehen die Fehlerquellen nicht nur aus einem menschlichen Versagen im Einzelfall, sondern aus strukturellen Fehlern in der Art des Vorgehens und Defiziten im Verfahren, so ist anzunehmen, dass die Zahl der rechtskräftigen Fehlerurteile über die nachträglich bekannt gewordenen spektakulären Fälle hinaus wesentlich größer ist als die Zahl jener durch Zufall bekannt gewordenen Fälle. Aus Statistiken über Urteile und Urteilsaufhebungen (Jehle FPPK 2013, 220, 225 ff) lässt sich wegen der mangelnden Eignung der Revision zur Korrektur sachlicher Fehler in Strafurteilen und der extrem restriktiven Haltung der Wiederaufnahmegerichte keine zuverlässige Aussage darüber machen, wie häufig Fehlerurteile sind. Im Ergebnis wird die Zahl der sachlich falschen Urteile zwar weder überragend groß noch vernachlässigenswert gering sein. Soweit aus der relativ geringen Quote von Urteilsaufhebungen im Revisionsverfahren intuitive Schlüsse auf die angeblich zutreffende Beweiswürdigung durch Tatgerichte gezogen werden, beruht dies darauf, dass Revisionsrichter aus normativen Gründen von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihnen unterbreiteten und von ihnen allein nachvollzogenen schriftlichen Urteilsgründe ausgehen, während gerade diese Vollständigkeit und

Richtigkeit im Hinblick auf die ubiquitären Dissonanzreduktionen nicht gewährleistet ist. Wird bereits eine nur vertretbare Beweiswürdigung als rechtsfehlerfrei abgesehen, weil darin kein Verstoß gegen die „Denkgesetze“ erkannt wird, kann aus der deshalb erfolgenden Revisionsverwerfung keine Gewähr der sachlichen Richtigkeit des Urteils abgeleitet werden. Selbst erkennbar fragwürdige Beweisergebnisse werden mangels eines rechtlichen Fehlers in der Beweiswürdigung (§ 337 StPO) rechtskräftig und gehen in die Statistiken als „richtige“ Urteile ein. Im Übrigen ist die überhöhte Punitivität von Strafjustizjuristen im Vergleich zur Durchschnittsbevölkerung aufgrund des Rollenverständnisses zu berücksichtigen (Sickor StV 2015, 516, 521). Ihnen fehlt vielfach Empathie und Erfahrung mit der abweichenden Perspektive „der anderen Seite“. Die intuitive trichterliche Überzeugung von der generellen Richtigkeit eigener Urteile, gerade nachdem sie von der Revisionsinstanz überprüft und nicht beanstandet wurden, ist eine verbreitete Selbsttäuschung. Die Zahl der Urteile, die auch Revisionsrichtern nach der Urteilslektüre als bedenklich erscheinen, aber mangels greifbaren Rechtsfehlers nicht beanstandet werden, ist nicht sehr gering. Selbst hinter einer Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet verbirgt sich ein Fall, in dem Bedenken gegen die sachliche Richtigkeit der Beweiswürdigung angemeldet werden könnten, aber eben kein Rechtsfehler im Sinne von § 337 StPO festzustellen ist. Das Beispiel bei Sabine Rückert Unrecht im Namen des Volkes 2007, 152 oder das Beispiel des Falles Rupp (Nestler ZIS 2014, 594 ff; ausführlich dazu Raske, Wie bei polizeilichen Ermittlungen ein falscher Tatverdacht entsteht, 2012, 94 ff) und weitere Beispiele (vgl Neuhaus StV 2015, 185 mwN) machen deutlich, dass Revisionsverwerfungen keineswegs die sachliche Richtigkeit des Urteils garantieren können. Bisweilen werden vielmehr sogar bei vollständiger, über den Urteilstext hinausgehender Tatsachenkenntnis evident falsche Urteile rechtskräftig. Sie bleiben regelmäßig auch infolge einer durch die psychologischen Abläufe bei einer nach Urteilsrechtskraft maximierten kognitiver Dissonanz nachvollziehbaren, aber rechtlich und rechtstatsächlich bedenklichen Wiederaufnahmep Praxis rechtskräftig, selbst wenn im Einzelfall ein ausführlicher Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens eingereicht wird. Deshalb besteht für zu Unrecht Verurteilte fast nur noch die Hoffnung, dass sich in einem Folgeprozess oder Zivilrechtsstreit zum gleichen Thema die Wahrheit ergibt, wenn nicht sonst ein Zufall hilft, wie im Fall Rupp das Auffinden der Leiche des Verschollenen und seines Fahrzeugs auf dem Grund der Donau nach der rechtskräftigen Verurteilung seiner Angehörigen wegen angeblicher Tötung und Leichenzerstückelung sowie Fahrzeugvernichtung.

6.3 In einem Fall (Wille aaO 11 ff), in dem Aussage gegen Aussage gestanden hatte, in der einzigen Tatsacheninstanz ein Beweisantrag auf Gutachteneinholung abgelehnt, der Angeklagte vom Tatgericht verurteilt, die Revision verworfen (BGH Beschl v 16.5.2006 – 1 StR 171/06), eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG Beschl v 5.7.2006 – 2 BvR 1362/06), ein Wiederaufnahmeantrag trotz nachträglich eingeholter Gutachten mit eindeutig positivem Resultat als unzulässig verworfen (OLG München Beschl v 26.5.2009 – 2 Ws 156-157/08). In einem anschließenden Haftpflichtprozess gleichsam mit umgekehrtem Rubrum ist dagegen unstrittig (LG München II – 5 O 2550/09), dass die angebliche Geschädigte, welche nun Schadenersatz verlangt, seit Jahren schwer psychisch krank und schon vor der Hauptverhandlung des Erstgerichts im Strafverfahren behandlungsbedürftig war, sowie psychotherapeutisch unterstützt und im Prozess sozialpsychologisch begleitet wurde, was sie jeweils als Zeugin vor dem Strafgericht der einzigen Tatsacheninstanz nicht offenbart hatte. Kurze Zeit nach der Hauptverhandlung musste sie mehrere Monate in stationärer psychiatrischer Behandlung verbringen, was in der Revisionsinstanz nicht beachtet werden konnte und im Wiederaufnahmeverfahren vom Standpunkt der Wiederaufnahmegerichte nicht mehr beachtet werden musste. Wegen der vorherigen strafgerichtlichen Annahme, sie sei gesund, war zum Beispiel auch eine Verurteilung des Angeklagten nach § 176a Abs 2 Nr 3 StGB nicht erfolgt, die andererseits schon bei einer bloßen Gefahr schwerer psychischer Gesundheitsbeeinträchtigungen, wie posttraumatischen Belastungsstörungen, erforderlich gewesen wäre, wenn ein entsprechendes Risiko bekannt gewesen und auf die behaupteten Taten zurückgeführt worden wäre. Streit herrscht im Zivilprozess, in dem das Strafurteil von Rechts wegen keine Bindungswirkung entfaltet, aber die Zivilgerichte zu einer Beweislastumkehr contra legem tendieren, um die Frage, worin die Ursachen der psychischen Beeinträchtigung liegen und welches die Wirkungen sind. Von ausreichender strafrichterlicher Sachkunde zu sprechen, nachdem das Tatgericht der einzigen Tatsacheninstanz eine psychisch unauffällige Persönlichkeit der Tatzeugin angenommen hatte, welche tatsächlich nach eigenem nachträglichem Vorbringen schwer psychisch krank war, liegt in einer solchen Konstellation neben der Sache. Die Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung (Gasch in Artkämper/Clages, Kriminalitätsbekämpfung – ein Blick in die Zukunft, 2015, 113, 117 ff) durch behandelnde Ärzte, die bei der Anamnese ungeschützt den Angaben der Patienten folgen, kann auf einem Wertungsfehler beruhen (vgl BGH Urt v 25.1.2011 – 5 StR 418/10), zumal wenn darin die Prämisse mitschwingt, dass tatsächlich ein als Trauma tauglicher Missbrauch stattgefunden habe und dieser die Ursache des Übels darstelle und nicht eine Persönlichkeitsstörung oder pubertäre Krise (zur interaktiven Entstehung einer Falschbeschuldigung Kröber FPPK 2013, 240 ff). Die Annahme einer tatbedingten posttraumatischen Belastungsstörung anstelle einer für eine Falschbeschuldigung ursächlichen Borderlinestörung oder pubertären Krise beruht ggf auf einem Zirkelschluss, weil Ursachen und Wirkungen erst

zu klären sind. In casu hatte sich die in reduzierter Besetzung verhandelnde und nicht sachverständig beratene Jugendschutzkammer im Urteil selbst als „erfahrene Jugendkammer“ bezeichnet. Ob diese Selbsteinschätzung gerechtfertigt ist, zumal wenn die Bewertung der Erfahrung nur auf eines von vier Kammermitgliedern zutreffen dürfte, erscheint fraglich. Die Bedeutung langjähriger Selbsterfahrungen bei der Beurteilung von Zeugenaussagen wird jedenfalls oft überschätzt und zu Unrecht zunehmend gesteigert, je länger negative Rückmeldungen ausbleiben, wodurch ein Hinzulernen strukturell verhindert wird (Velten GA 2015, 387, 396). Die Tatsache, dass Revisionsverwerfungsbeschlüsse nicht begründet zu werden pflegen, auch wenn zum Beispiel erst komplexe Beruhens-erwägungen dazu geführt haben, dass ein durchgreifender Rechtsfehler verneint wird, trägt zu einer sachwidrigen Selbstgewissheit der Tatrichter bei (Velten GA 2015, 387, 395). Nicht selten gilt bei ihnen als Erfahrung, was jahrelang falsch gemacht wurde, ohne dass eine begrenzt zur Wahrheitsfindung taugliche Rechtskontrollinstanz daran Anstoß genommen hatte. Die Möglichkeit einer schrittweisen interaktiven Entstehung einer Falschbeschuldigung (Kröber FPPK 2013, 240 ff) bleibt vor diesem Hintergrund nicht selten unerkannt.

6.4 Vor diesem Hintergrund erscheint etwa – pars pro toto für mögliche Fehlerquellen – die Annahme, eine Borderline-Persönlichkeitsstörung einer Auskunftsperson (alle vorgenannten Beispiele und Zitate betreffen Fälle höchstwahrscheinlich borderlineinduzierter Falschaussagen) müsse nicht stets zur Begutachtung durch einen Sachverständigen führen objektiv unzutreffend (Wille aaO 134 f). Ebenso ist eine histrionische Persönlichkeitsstörung schwer zu diagnostizieren, aber für die Beurteilung der Aussagetüchtigkeit und Aussagevalidität von erheblicher Bedeutung (Köhnken, FS Ostendorf, 2015, 519, 524). Das besondere Problem der – unbeschadet kognitiver Aussagetüchtigkeit – störungsbedingten Einschränkung der „volitionalen Aussagetüchtigkeit“ (Kröber FPPK 2013, 240, 241, 247) wird aus Unkenntnis der meisten Richter bezüglich der besonderen Wirkungen der emotional instabilen Persönlichkeitsstörung übersehen. Für die schwer zu diagnostizierende Borderlinestörung stellen insbesondere Selbstverletzungen ein Markersymptom dar, auch wenn diese für sich genommen keinen zwingenden Schluss zulassen (vgl BGH Urt v 25.1.2011 – 5 StR 418/10). Jedenfalls liefern sie einen Anlass zur Klärung eines Zusammenhangs der belastenden Zeugenaussage mit einer Persönlichkeitsstörung, namentlich in motivationaler Hinsicht. Sie rechtfertigen zumindest einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens (vgl BGH NSTZ 2010, 100, 101), weil eigene richterliche Sachkunde in solchen Fällen regelmäßig eindeutig fehlt (vgl Kröber FPPK 2013, 240, 248 ff). Die Persönlichkeitsstörung wiederum kann gegebenenfalls mit annähernd gleicher Wahrscheinlichkeit sowohl die Folge eines real erlebten Missbrauchsgeschehens als auch die Ursache einer intentionalen Falschbezeichnung sein. Persönlichkeitsstörungen weisen ein großes Spektrum an Variationen auf, wirken sich durch extrem manipulatives Verhalten aus (Rautenstrauch, Selbstpräsentationsstrategien in Falschaussagen von Frauen mit Borderline-Persönlichkeitsstörungen, Diplomarbeit Berlin Charité, 2006) und führen in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen zu intentionalen Falschaussagen (Böhm/Meuren/Sturm-Wahlich, Praxis der Rechtspsychologie 2002, 209 ff; Burgheim/Friese, Sexualdelinquenz und Falschbezeichnung, 2006, 71 ff; Kröber FPPK 2013, 240 ff), ggf mit verheerenden Folgen (beispielhaft Sabine Rückert, Unrecht im Namen des Volkes, 2007). Borderlinekranke können „lügen wie gedruckt“, was ggf ohne Kenntnis von Vorhandensein und Bedeutung der Erkrankung unerkannt bleibt, weil Richter in solchen Fällen gerade nicht die erforderliche Sachkunde zur Feststellung des Befundes, zur Abschätzung seiner Beweisbedeutung und zur Beurteilung der Ursachen und Wirkungen besitzen, aber selbst im Übermaß davon überzeugt sind. Die für das Störungsbild symptomatisch überzogene und abrupt wechselnde Idealisierung oder Entwertung anderer Personen durch Borderlinekranke liefert jedenfalls ein erhebliches Falschaussagemotiv, das sich kategorial außerhalb des Vorstellungsbildes der Richter bewegt, deren Betrachtungsweise eher von einer normalpsychologischen Verfasstheit ausgehen. Der ohnehin weit überschätzte persönliche Eindruck der Tatrichter von der hochmanipulativ agierenden Beweisperson ist in solchen Fällen irreführend, denn auch eine scheinbare psychische Betroffenheit der Auskunftsperson von den behaupteten Vorfällen verbürgt nicht annähernd die Richtigkeit der Tatschilderung.

6.5 Das gilt insbesondere nach einem Zeugen coaching im Rahmen einer psychosozialen Prozessbegleitung oder Psychotherapie. Unterstützer, die wohlmeinend im scheinbaren Interesse des Opferschutzes handeln, können massiv dazu beitragen, dass schrittweise eine Falschbeschuldigung entsteht und sukzessive verfestigt wird, weil positive Rückmeldungen auch suggestive Wirkung entfalten (Kröber FPPK 2013, 240, 241 ff). Dies gilt selbst dann, wenn der Gesetzgeber vorgibt, dass professionelle Unterstützung die Tat im eigentlichen Sinne nicht zum Thema von Gesprächen gemacht werden sollen. Eine Prozessbegleitung ohne Thematisierung des Prozesses und der Prozess Rolle der begleiteten Person, ist kaum denkbar. Schon die Unterstützung in der thematischen Peripherie kann dazu ausreichen, „falsche Erinnerungen“ zu generieren oder jedenfalls zu stabilisieren. Auch bei deutenden Therapiemethoden ist schließlich eine Widerlegung der Hypothese suggestive Beeinflussung in der Regel nur möglich, wenn vollständige Wortprotokolle der Therapiegespräche ausgewertet werden könnten, was regelmäßig nicht möglich ist (Köhnken, FS Ostendorf, 2015, 519, 529). Ebenso entzieht sich eine psychosoziale Prozessbegleitung der Überprüfung darauf, sich der Prozessgegenstand nicht thematisiert wurde. Der Glaube des Gesetzgebers und

der Justiz daran, dass beides ohne Wechselwirkung voneinander getrennt werden könnte, erscheint aus psychologischer Perspektive naiv.

6.6 Die Nichtaufklärung angeblich tatterner und die Auskunftsperson diffamierender Umstände, die aber Hinweise auf Falschaussagemotive oder pathologische Befunde liefern könnten, erweist sich als faktische Beweisvereitelung zum Nachteil von Beschuldigten (Wille aaO 133 ff). Die Zeugenaussagen zeigen dagegen inhaltlich oft markante Lügensignale, die von der intuitiv agierenden und den bekannten Perseveranz-, Inertia- und Schulterschlusseffekten bisweilen erliegenden strafgerichtlichen Praxis übersehen oder aufgrund eines überzogenen moralischen Kredits für angebliche Missbrauchsopfer übergangen werden. Im genannten Beispielsfall soll der physisch und psychisch gesunde Täter das Opfer mit grotesk-naiv anmutenden Sexualhandlungen jahrelang ohne jede markante Steigerung der Handlungsintensität (kein Versuch der Penetration oä), ohne Einsatz von Nötigungsmitteln und ohne deliktstypische Verheimlichungsmaßnahmen bei hohem Entdeckungsrisiko missbraucht haben, ohne dass es jemals zu einem sexuellen Erfolg in Form von Orgasmus oder Ejakulation gekommen sei. Die angeblich Geschädigte hatte nach ihrer Aussage Manipulationen an seiner Vorhaut vorgenommen, während der Angeklagte tatsächlich schon als Kind beschnitten worden war. Sogar ein derart unrealistisches Bild einer motivlosen Vorsatztat (zum Erörterungsmangel, soweit sich die Motivfrage aus den Urteilsgründen ergibt, OLG Koblenz NStZ-RR 2005, 79, 80), die zudem mit evident falscher Tatbeschreibung behauptet wird, führte bei den Tatrüchtern nicht zu durchgreifenden Zweifeln. Für die Revisionsinstanz waren die Zweifelsgründe durch verdeckte Darstellungsmängel nicht erkennbar. Das müsste zumindest nachträglich im Wiederaufnahmestadium zu Bedenken gegen die These führen, dass es in Fällen einer Borderlineverdachtsdiagnose nicht der Hinzuziehung von Sachverständigen bedürfe. Es bedarf bei der Aussagenüberprüfung vielmehr sogar einer besonderen Weise der Qualitätsanalyse (Steller/Böhm FPPK 2008, 37, 41 ff). Nur so ließen sich krasse Fehlerurteile vermeiden oder korrigieren. Sie führen andernfalls für die zu Unrecht Verurteilten zu Friedlosigkeit statt zu Rechtsfrieden und sie verschonen wahre Täter von der Strafverfolgung. Die aus amtlichen Statistiken entnommene These, dass solche Fälle selten seien, ist falsch, weil eine übermäßig restriktive Wiederaufnahmepraxis sogar evidente Fehlerurteile durch systematisches Abblocken von Verteidigungsvorbringen eher perpetuiert als jemals korrigiert. Hinzu kommt, dass auch eine Strafverfolgung bei Verdacht der falschen Verdächtigung meist nicht stattfindet und Klageerzwingungsverfahren ebenso oft wie Wiederaufnahmeanträge mit übermäßig restriktiven Zulässigkeitsanforderungen abgeblockt werden. Dies führt auch zu einer Verfälschung des Bildes der offiziellen Statistiken (näher zu den häufigen Fällen falscher Vorwürfe die elektronische Ressource von Elsner/Steffen Vergewaltigung und sexuellen Nötigung in Bayern 2005).

7 Namentlich die Würdigung von Zeugenaussagen ist im Ergebnis die Aufgabe des Tatrüchters. Sie bildet aber den problematischsten Bereich, zumal auch „falsche Erinnerungen“ von Zeugen nach psychologischen Erkenntnissen (Kühnel/Markowitsch, Falsche Erinnerungen, 2009, 73 ff) aus zahlreichen Gründen häufiger sind, als es der psychologische Laie und der Richter annimmt (Eschelbach ZAP Fach 22, 971, 976 ff). Selbst für Richter gelten bei eigenen Wahrnehmungen in der Hauptverhandlung und ihren Erinnerungen in der Urteilsberatung an das Verhandlungsgeschehen ebenfalls die psychologischen Gesetzmäßigkeiten (Herdegen, FS Eisenberg, 2009, 527 f). Die Erinnerung verblasst nicht nur; sie wird auch andauernd durch anderweitig erlangte Eindrücke angereichert, durch Wertungen verändert und durch Verschmelzungen zu einem neuen Bild, das mit der ursprünglichen Wahrnehmung nur noch bedingt etwas zu tun hat (Bender StV 1984, 127 ff).

7.1 Vor diesem Hintergrund ist das Fehlen einer authentischen Aufzeichnung der Hauptverhandlung ein fundamentales gesetzgeberisches Versäumnis (Wille aaO 147 ff), da die richterliche Beweiswürdigung sogar von der Reihenfolge der Beweiserhebungen (Bandilla/Hassemer StV 1989, 551 ff), ferner von der Qualität der individuellen richterlichen Wahrnehmung und Erinnerung an das Verhandlungsgeschehen, sowie von der Qualität informeller Aufzeichnungen in Form von Berichterstattervermerken oder Notizen abhängt. Soweit Berichterstatter am Laptop für Zwecke der späteren Urteilsabfassung ein internes Wortprotokoll führen, wie es bisweilen in der Praxis zu beobachten ist, verfehlen sie ihre eigentliche Aufgabe. Dadurch wird zugleich die gesetzgeberische Überlegung, man könne Personaleinsparungen bei den Protokollkräften bewirken, wenn ein Inhaltsprotokoll der Hauptverhandlung eingespart wird, in ihrer ganzen Absurdität deutlich. Der ein wortlautgetreues Inhaltsprotokoll der Hauptverhandlung führende Richter fällt als neutraler Beurteiler praktisch aus, da er das Prozessgeschehen nicht mehr mit voller Aufmerksamkeit beobachtet, sondern sich auf seine Schreibaarbeit konzentriert. Die spätere Verwendung der Aufzeichnungen als Textbausteine, die vollständig in den Urteilstext zur Sachdarstellung einbezogen werden, was

im praktisch vorkommenden Extremfall durch die wörtliche Wiedergabe der Sacheinlassung im Urteilstext in der Ich-Form deutlich wird, wie es sogar in Schwurgerichtsurteilen zu lesen ist, verbessert die revisionsgerichtliche Kontrolle nicht und verführt den Tatrichter zur Vernachlässigung seiner eigentlichen Aufgabe der Würdigung der erhobenen Beweise. Diese tritt hinter eine Dokumentation zurücktritt, welche ihrerseits nicht die ureigene Aufgabe des Tatrichters ist. Richter, die anstelle einer Protokollkraft diese Arbeit auf sich nehmen, werden schon in der Hauptverhandlung von ihrer eigentlichen Aufgabe abgelenkt, bei der Urteilsabsetzung später nochmals. Das ist freilich ein Symptom eines strukturellen Defizits der Hauptverhandlung durch Fehlen einer authentischen Aufzeichnung ihres Inhalts. Zumindest in Umfungsverfahren erfolgt in der Urteilsberatung zunächst eine Rekonstruktion des Verhandlungserlebnisses auf derzeit ungesicherter und uneinheitlicher Materialgrundlage. Die Urteilserschöpfung aus dem von den Beurteilern selbst erlebten und präsenten Inbegriff der Hauptverhandlung wird zur Fiktion. Das Vergessen und Übersehen nicht aufgezeichneter Details ist eher die Regel als eine Ausnahme. Dissonanzreduktionen wegen kognitiver Dissonanzen haben bei der Urteilsberatung und Urteilsabsetzung erneut freien Raum.

7.2 Die richterliche Beweiswürdigung darf entgegen der scheinbar unbegrenzten Würdigungsfreiheit nach § 261 StPO nichts Wesentliches auslassen und nicht nur intuitiv erfolgen (Karl Peters, Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 364, 371 f). Sie muss auf rational nachvollziehbaren sowie intersubjektiv vermittelbaren Überlegungen beruhen. Dies ist zur Vermeidung von Fehlern erforderlich, wird aber durch das Fehlen einer zuverlässigen Aufzeichnung des Inhalts der Hauptverhandlung fast unmöglich. Auch wird die Gefahr objektiv falscher Aussagen durch Auskunftspersonen unterschätzt (Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 31 ff). Es ist nach der Rechtsprechung trotz fehlender Ausbildung der Juristen in Beweislehre, Kriminologie und Psychologie sowie fehlender Supervision junger Richter (Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn 917) zwar normativ davon auszugehen, dass Berufsrichter im Allgemeinen über diejenige Sachkunde verfügen, die für die Beurteilung von Aussagen auch in schwierigen Beweislagen erforderlich ist (BGH NSTZ 2005, 394; 2010, 51; zu Recht krit Wille aaO 26 f, 121 ff). Ferner soll davon auszugehen sein, dass die Berufsrichter den Schöffen diese Sachkunde vermitteln (BGH NSTZ-RR 2006, 241, 242). Diese Thesen wirken aber zunehmend wie Fiktionen. Tatsächlich werden in der Beweiswürdigung in den meisten Fällen überkommene Begründungsmuster verwendet, die sich längst wissenschaftlich als bestenfalls wertlos erwiesen haben (Deckers, FS Eisenberg, 2009, 473, 483; Fischer NSTZ 1994, 1, 5; Steller/Volbert in Psychologie im Strafverfahren, 1997, 12; Wille aaO 35).

7.3 Ausnahmen von der Annahme genügender richterlicher Sachkunde ohne Sachverständigenhilfe für die Erhebung und Würdigung der Beweise werden in der Praxis nur anerkannt, wenn Besonderheiten vorliegen (Eschelbach in Deckers/Köhnken, Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2. Aufl, 43, 65 ff; Fischer, FS Widmaier, 2008, 191, 208; krit Deckers, FS Eisenberg, 2009, 473, 488 ff; Köhnken, FS Ostendorf, 2015, 519 ff). Damit sind konkrete Anhaltspunkte dafür gemeint, dass etwa die Wahrnehmungs-, Erinnerungs- oder Artikulationsfähigkeit einer Beweisperson aus psychodiagnostisch erfassbaren Gründen eingeschränkt ist, oder dass besondere Dispositionen oder Belastungen der Auskunftsperson die Zuverlässigkeit der Aussage in Frage stellen können, und dass für die Feststellung solcher Faktoren und ihrer möglichen Einflüsse auf den Aussageinhalt sonst eine besondere Sachkunde erforderlich ist, über welche der Tatrichter ohne Zusatzausbildung nicht verfügt (BGH NSTZ 2001, 105). Das folgt nach der Rechtsprechung nicht schon abstrakt-generell daraus, dass Gegenstand der Aussage ein Sexualdelikt ist oder die Beweisperson zur Zeit des geschilderten Vorfalls ein Kind oder Jugendlicher war oder dies zum Zeitpunkt der Aussage noch ist (BGH NSTZ-RR 2006, 241, 242). Der psychologisch-psychiatrisch-kriminologische Laie in der Richterrolle soll im Einzelfall beurteilen, ob ein bestimmter Umstand darauf hinweist, dass seine Kompetenz nicht ausreicht. Das ist paradox und führt schon bei der Sachkundeprüfung zu intuitiven Wertungen, die zumindest ebenso richtig wie falsch sein können. Auch normalpsychologische Phänomene, die zu falschen Zeugenaussagen führen, werden oft nicht erfasst (Eschelbach ZAP Fach 22, 711 ff). Erst recht werden Phänomene im Grenzbereich zwischen psychischen Erkrankungen im engeren Sinne und den Persönlichkeitsstörungen übersehen, die wegen der pathologischen Lügenhaftigkeit persönlichkeitsgestörter Menschen auf die Beweiswürdigung erhebliche Auswirkungen haben müssten, aber nicht einmal ansatzweise erkannt werden. Die Quote der – zum Beispiel – deshalb falschen und dennoch rechtskräftigen Strafurteile ist nicht unerheblich.

7.4 Der gesicherte Befund einer nur intuitiv durchgeführten tatrichterlichen Beweiswürdigung ist Besorgnis erregend, zumal selbst Lügen vor Gericht weiterhin Konjunktur haben (Sabine Rückert, Nichts als die Unwahrheit, www.zeit.de/2008/15/Falsche-Zeugen) und deren Ursachen und Häufigkeit von Juristen, die Andere an eigenen Verhaltensvorstellungen und Wertmaßstäben messen, oft unterschätzt werden. Es wird nicht selten die Gefahr übersehen, wie einfach und gebräuchlich es ist, unerwünschte Personen im Wege des Strafverfahrens aus dem

Verkehr zu ziehen (Karl Peters, Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 257) oder wie stark jedenfalls „falsche Erinnerungen“ durch ergänzende Eindrücke, Ablenkungen, Zuschreibungen, ergänzende Deutungen und suggestive Einflüsse hervorgerufen werden können (Eschelbach ZAP Fach 22, 971 ff).

8 Die Beweiswürdigung ist nach einem normativ, aber nicht empirisch oder naturwissenschaftlich begründbaren (Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1168) Dogma die ureigene Aufgabe des Tatrichters (BGHSt 8, 130, 131; 29, 18, 20). Das ist seine gesetzliche Rolle im Rahmen des staatlichen Monopols der Strafverfolgung und der Überantwortung der Rechtsprechung an die unabhängigen Richter (Art 97 GG). Der Tatrichter muss die Würdigung der Beweisergebnisse der Hauptverhandlung eigenverantwortlich vornehmen und er darf sich nicht ohne eigene Prüfung und Überzeugungsbildung fremden Wertungen anschließen, was aber durch den gefährlichen Pygmalion-Effekt (Bender StV 1984, 127, 128 f; Deckers, FS Eisenberg, 2009, 473, 481 f) oft unbewusst geschieht. Der Tatrichter darf zur Beurteilung des Beweiswerts einer Zeugenaussage zwar auf die von Ermittlungsbeamten festgestellten Hilfstatsachen zurückgreifen. Die hieraus abzuleitenden Schlüsse hat er jedoch unabhängig von den Wertungen der Beamten zu ziehen (BGH NStZ-RR 2007, 150, 151). Der Tatrichter kann Wertungen eines Sachverständigen übernehmen, aber selbst diese nur dann, wenn er nach eigener Überprüfung zu denselben Resultaten gelangt (Detter, FS 50 Jahre BGH, 2000, 679, 687). Die Übernahme von Gutachtenergebnissen ohne kritische Nachprüfung der Begründungsansätze ist ein erheblicher Fehlerquell. Weicht der Tatrichter dagegen von einem Gutachten ab, so muss er sich nach der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung mit den Ausführungen des Sachverständigen näher auseinandersetzen und seine abweichende Meinung nachvollziehbar darlegen sowie dokumentieren, dass er mit Recht das bessere Wissen für sich in Anspruch nimmt (BGH StraFo 2009, 71; NStZ-RR 2015, 82, 83). Die formal einseitige Bevorzugung der gutachtenkonformen Urteile in der revisionsgerichtlichen Kontrolle kann zu Fehlhaltungen bei den Tatrichtern beitragen, die den einfacheren Weg beschreiten, sich mit der schlichten Behauptung, den Gutachteninhalt nachvollzogen und sich aus eigener Überzeugung angeschlossen haben, unkritisch dessen Ergebnis übernehmen. Sachverständigengutachten sollen aber eigentlich nur Entscheidungshilfen geben und keine fertigen Ergebnisse präsentieren.

C. Grundsätze

9 § 261 StPO macht keine Vorgaben dafür, wie der Tatrichter seine Überzeugungsbildung vorzunehmen hat. Das schließt die Existenz immanenter Schranken der Freiheit bei der Beweiswürdigung nicht aus, die daher auch schon bei Inkrafttreten der RStPO vorausgesetzt wurden (Fezer StV 1995, 95). Grenzen der Würdigungsfreiheit bilden zunächst das Verbot von willkürlichen Entscheidungen gem Art 3 Abs 1 GG und das Verbot von Verdachtsverurteilungen, die mit dem Schuldgrundsatz und der Menschenwürde des Angeklagten nach der Objektformel zu Art 1 Abs 1 GG unvereinbar wären. Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung hat im Rahmen der „erweiterten Revision“ in Strafsachen außerdem aufgrund des Anspruchs des Angeklagten auf ein faires Verfahren zusätzliche Regeln für das tatrichterliche Vorgehen aufgestellt, welche jedenfalls eine begrenzte Rechtskontrolle ermöglichen sollen.

9.1 Die Unwägbarkeit des Kontrollergebnisses hat zu einem verbreiteten Ausweichen der Tatgerichte vor der Kontrolle geführt. Ein Fluchtweg sind die Urteilsabsprachen, wodurch die Revisionskontrolle praktisch meist entfällt. Eine andere Umgehungsstrategie erfahrener Urteilsverfasser, die ihr Urteil revisions sicher gestalten wollen, besteht darin, Zweifelsgründe im Urteil derart unerwähnt zu lassen, dass eine sachlich-rechtliche Darstellungsrüge nicht durchgreift, weil der Urteilstext keine Lücke erkennen lässt (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 131 ff; Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 2. Aufl, Kap 3 Rn 67 ff; Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 88 f; Schlothauer StV 1992, 134 ff; Wilhelm ZStW 117 [2005], 143, 144) und das Revisionsgericht die

Beweisaufnahme nicht kontrollieren kann (zur Begründung Bartel Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung 2015, 321 ff). Aber auch unbewusst findet durch Ankereffekte und Inertiaeffekte oft eine verzerrte Darstellung der Beweisgrundlagen im Urteilstext statt (Schünemann, FS Geppert, 2011, 649, 663). Dadurch läuft die Revision nicht selten leer.

9.2 In dem trichterlichen Verschweigen wesentlicher Entlastungsbeweise in den Gründen des schriftlichen Urteils liegt gegebenenfalls eine Verletzung des Anspruchs der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör (Schäfer FS Rieß 2002, 477, 479; Wahl, NJW-Sonderheft für G. Schäfer 2002, 73, 74). Dagegen besteht bisher im Rechtsmittelrecht wegen fehlender Aufzeichnung der Hauptverhandlung (krit dazu Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 140 ff; Wille aaO 38 ff, 147 ff) und wegen partiellen Fehlens einer zweiten Tatsacheninstanz kein effektiver Rechtsschutz. Dieser ist bei einer Gehörsverletzung aber von Verfassungs wegen eigentlich geboten (Meyer-Mews NJW 2004, 716, 717; zur Ersatzfunktion des Wiederaufnahmerechts Wasserburg/Eschelbach GA 2003, 335, 342 ff; Wille Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren 2012, 146 f). Ob und wie darüber hinaus in Fällen einer nachweisbaren Sachverhaltsverfälschung, die auch Bedenken im Hinblick auf § 339 StGB begegnen muss (BGHSt 43, 212, 216), weitere Rechtsschutzmöglichkeiten erforderlich sind (§ 359 Nr 3 StPO), ist nicht abschließend geklärt.

I. Gesamtwürdigung aller Umstände

10 Eine zentrale Regel der Beweiswürdigung ist das Gebot, alle wesentlichen Tatsachen und Beweisergebnisse, die Gegenstand der Hauptverhandlung waren, erschöpfend in einer Gesamtschau zu würdigen (BGHSt 44, 153, 158, 159; 49, 112, 122, 123) und zwar prinzipiell gleichrangig alle für und gegen den Angeklagten sprechenden Aspekte. Dagegen wird in der Praxis nicht selten, gegebenenfalls aber von den Revisionsgerichten mangels Inhaltsaufzeichnung der Hauptverhandlung meist unbeanstandet, verstoßen. Eine grob unterschiedliche Gewichtung von belastenden und entlastenden Beweisanzeichen ist ebenfalls ein Symptom einer Dissonanzreduktion aufgrund von kognitiver Dissonanz. Nur eine Beweiswürdigung, die über erhebliche belastende oder entlastende Umstände ganz ohne Erörterung hinweggeht, ist rechtsfehlerhaft (BGH NStZ-RR 2003, 206, 207, 208). Bei der zunächst notwendigen Bewertung einzelner Beweise im Hinblick auf ihren jeweiligen Beweiswert hat die aussagepsychologische Inhaltsanalyse ihren Standort. Die richterliche Gesamtwürdigung aller Beweise geht darüber hinaus, wenn und weil sie mehr und auch andere Beweismittel einschließen muss. Einzelindizien dürfen auch nicht nur isoliert bewertet werden, sondern sie entfalten ihr wahres Beweisgewicht erst dadurch, dass sie in der Relation zu den anderen Umständen des Einzelfalls gesehen werden. Ein für sich genommen scheinbar unwesentliches Detail kann durch Gesamtschau mit anderen erhebliche Beweisbedeutung erlangen. Ein scheinbar wichtiges Indiz kann durch andere Umstände an Bedeutung verlieren. Daher ist stets auch eine Gesamtbetrachtung nach einer vorgreiflichen Einzelbewertung erforderlich, wobei aber die Gesamtwürdigung wiederum nicht nur als Argument dazu verwendet werden darf, einem für sich genommen gewichtigen Indiz seine Bedeutung abzusprechen. Die Figur der Gesamt für den darf nicht dazu missbraucht werden, weitere Dissonanzreduktionen vorzunehmen. Die Gesamtbewertung ist ihrerseits nur brauchbar, wenn den wesentlichen Einzelindizien zunächst ein bestimmtes Beweisgewicht zugemessen wurde und die anschließende Gesamtabwägung allein dazu dient, eine begrenzte Gegenkontrolle vorzunehmen und gegebenenfalls plausible Relativierungen vorzunehmen.

10.1 Das so verstandene Gebot der Gesamtwürdigung gilt nicht ausschließlich für die als Indizienbeweis bezeichnete Lage, sondern stets. Letztlich besteht jedes Beweisbild aus Indizien (Dencker ZStW 102 [1990], 51, 69 ff; SK-StPO/Velten StPO Vor § 261 Rn 4).

10.2 Die Gesamtwürdigung darf im schriftlichen Urteil nicht auf eine bloße Floskel reduziert werden. Schematische Begründungsmuster sind zu vermeiden. Insbesondere eine Überbewertung der persönlichen Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit einer Auskunftsperson wegen eines abstrakt als vorhanden oder fehlend angenommenen Interesses am Ausgang des Prozesses sollte unterbleiben, weil es nichts über den Einzelfall besagt (Oswald in Steller/Volbert, Psychologie im Strafverfahren, 1997, 248, 250).

10.3 Bei der Würdigung der Sachäußerungen des Beschuldigten und der Aussagen von Zeugen sollen stattdessen die Suche nach Motiven für eine wahre oder falsche Aussage (krit Köhnken, FS Ostendorf, 2015, 519, 532), die genaue Betrachtung der Aussageentstehung (BGH StV 2009, 230, 231) und Aussageentwicklung, die Inhaltsanalyse und auch die freilich nur pseudorationale Plausibilitätskontrolle in der Praxis im Vordergrund stehen. Eine Bewertung der persönlichen Glaubwürdigkeit der Auskunftsperson führt dagegen, sofern keine besonders markanten Umstände vorliegen, eher in die Irre. Auch verdienstvolle Persönlichkeiten könnten lügen oder sich irren, sozial randständige Menschen können die Wahrheit sagen.

10.4 Bei der Bewertung von Sachbeweisen ist deren Aussagekraft im Kontext des Beweisthemas und in der Zusammenschau mit anderen Beweisergebnissen maßgebend. Ablichtungen, Abschriften und Auszüge von Originalschriftstücken können Gegenstand des Urkundenbeweises sein und durch Verlesen zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden (BGHSt 27, 135, 137; 33, 196, 210; BGH NStZ 1986, 519, 520) oder durch das dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz eigentlich widersprechende Selbstleseverfahren. Die Verlesung einer Reproduktion beweist lediglich die Existenz derselben und die Tatsache, dass sie einen bestimmten Inhalt hat. Zum Nachweis des Vorhandenseins des Originals und seines Inhalts ist mittels weiterer Beweisaufnahme zusätzlich die Übereinstimmung mit dem Original festzustellen (BGH NStZ 1994, 593). Da es sich hierbei um die Klärung der Schuld- und/oder Rechtsfolgenfrage handelt, ist dann auch die Echtheit der Reproduktion mit den Mitteln des Strengbeweisverfahrens zu klären (BGH NStZ 1994, 227), sofern Zweifel daran bestehen könnten.

11 Vorgreiflich für die Gesamtwürdigung aller Umstände ist die Feststellung von Indiztatsachen, welche nach § 267 Abs 1 S 2 StPO zwar nur festgehalten werden „sollen“, nach den Maßstäben der „erweiterten Revision“ aber im Urteil festgehalten werden müssen (Niemöller StV 1984, 431, 432), soweit sie im Rahmen der Gesamtwürdigung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände erheblich sein können. Die Regelung des § 267 Abs 1 S 2 StPO wurde allerdings auch bei der Emminger-Reform nicht geändert. Insoweit liegt eine zweifelhafte Rechtslage vor, jedoch eigentlich keine Regelungslücke, welche die revisionsgerichtliche Rechtsprechung ändern könnte. Das Richterrecht zur „erweiterten Revision“ hat sich über den Gesetzestext hinweggesetzt und das Kontrollsystem abgeändert. Unklarheit herrscht danach etwa darüber, ob im Rahmen der Beweiswürdigung nur solche Indizien berücksichtigt werden dürfen, die sicher feststehen und welches Beweismaß für die Würdigung gilt.

11.1 Der Zweifelssatz gilt nach einem möglichen Ansatz auch für entlastende Indizien unabhängig davon, ob sie einen zwingenden oder nur einen möglichen Schluss auf die Haupttatsache zulassen. Kommt das Tatgericht jedenfalls nach einer Gesamtwürdigung des Beweisstoffes rückschauend zu einem non liquet in Bezug auf die entlastende Indiztatsache, dann muss es nach diesem Vorstellungsbild die Tatsache zu Gunsten des Angeklagten werten (BGH StV 2006, 285, 286), dies freilich unter Beachtung der verbleibenden Unsicherheiten bezüglich des Vorhandenseins dieser Indiztatsache.

11.2 Eine überwiegend vertretene Ansicht betont hingegen, dass der Zweifelssatz nur eine Entscheidungsregel für das Gesamtergebnis der Beweiswürdigung liefert (BGHSt 36, 286, 290; BGH NStZ 2001, 609), so dass er im Vorhinein auf das einzelne Indiz nicht anwendbar ist (zum Alibi BGH NStZ 1983, 422, 423 mAnm Volk). In den Urteilsbegründungen der Tatgerichte bleibt bisweilen unklar, ob die Bedeutung von Einzelindizien und Zweifelssatz richtig erfasst sind. Belastende Indiztatsachen, die in die Gesamtwürdigung einfließen sollen, müssen jedenfalls sicher feststehen (BGH LM Nr 19 zu § 261 StPO; NJW 1974, 654; aA SK-StPO/Velten StPO Vor § 261 Rn 4 und § 261 Rn 93); denn bloße Möglichkeiten oder Verdachtsgründe ergeben auch in ihrer Summe keine zuverlässige Beweisgrundlage für eine Verurteilung. Bei einer Totalabstimmung nach § 263 StPO ist aber auch zu beachten, dass sich der Zweifelssatz zunächst an den einzelnen Richter, nicht an den Spruchkörper im Ganzen richtet.

11.3 Allenfalls für die aus sicher feststehenden Indizien gezogenen Schlussfolgerungen gilt nach einem Teil der Rechtsprechung, dass deren bloße Möglichkeit bereits zu einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung ausreicht (BGH LM Nr 14 zu § 261 StPO; krit Herdegen StV 1992, 528, 534; zu den Folgen bei der Beweisantragsablehnung Strate HRRS 2003, 47 ff). Das ist mit dem umstrittenen Postulat einer objektiv hohen Wahrscheinlichkeit der Feststellungen unvereinbar. Insbesondere der bloße Verdacht der Begehung einer weiteren Straftat darf nicht als Indiz für die Begehung der neu angeklagten Tat verwertet werden (OLG Köln NJW 1953, 638).

11.4 Insgesamt ist es bei der Würdigung indizieller Beweisergebnisse in der Regel erforderlich, in den Urteilsgründen die Anknüpfungspunkte der Würdigung so mitzuteilen, dass dem Revisionsgericht eine Nachprüfung ermöglicht wird. Den Angeklagten belastende Schlussfolgerungen dürfen nicht auf bloße Vermutungen gestützt werden (BGH NStZ 1981, 33; NStZ-RR 2007, 86; 2009, 351, 352). Schlussfolgerungen benötigen eine aussagekräftige Tatsachenbasis (BGH Beschl v 10.6.2008 – 5 StR 109/08). Damit ist es unvereinbar, wenn etwa aus der Tatsache der Aussageverweigerung eines Zeugen Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten gezogen werden (BGHSt 22, 113, 114; Nack StV 2002, 558, 560).

II. Berücksichtigung von Erklärungen des Angeklagten

12 Die Aussage des Angeklagten ist kein förmliches Beweismittel im Strengbeweisverfahren. Erst nach seiner Vernehmung (§ 243 Abs 5 S 2 StPO) beginnt nämlich die Beweisaufnahme (§ 244 Abs 1 StPO). Die Sachaussage des Angeklagten hat aber praktisch sogar erhebliche Beweisbedeutung, weil sie auch als Urteilsgrundlage verwertet werden kann (Huber Geständnis und Absprache 2007, 174 ff) und der Angeklagte meist über besonderes Wissen im Kontext mit dem Tatvorwurf verfügt. Seine Aussage gehört zum Inbegriff der Hauptverhandlung und unterliegt damit auch der Würdigung des Gerichts. Ob und wie sich der Angeklagte zur Sache eingelassen hat, ist ferner zur Gehörgewährung im Urteil zu erörtern (OLG Frankfurt Beschl v 20.1.2015 – 1 Ss 8/14; OLG Hamm StV 2008, 401, 402; OLG Koblenz Beschl vom 17.4.2012 – 1 Ss 5/12). Das Revisionsgericht kann darüber nicht selbst Beweis erheben (BGHSt 31, 139, 140). Mit der im Urteil zusammenfassend wiederzugebenden Einlassung muss sich das Tatgericht auseinandersetzen (OLG Schleswig SchlHA 2009, 273, 274). Tatsachenmitteilungen des Angeklagten müssen auch auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft werden (BGHSt 49, 465, 370), zumal der Angeklagte einen naheliegenden Grund dafür haben kann, Tatsachen beschönigend oder falsch darzustellen. Eine generelle Abwertung eines Bestreitens als (scilicet: unzutreffende) Schutzbehauptung ist strukturell verfehlt. Gleichwohl überträgt sich die ungünstige Glaubwürdigkeitseinschätzung des Angeklagten durch Richter in fehlerhafter Weise auch auf die Aussage potenzieller Entlastungszeugen (Karl Peters, FS Olivecrona, 1964, 532, 537 = Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 364, 369). Die abstrakte Interessenlage ist aber jedenfalls rechtlich kein Hindernis für den Tatrichter, einer bestreitenden Einlassung zu folgen oder ein Geständnis als unglaubhaft zu bewerten. Die in der Praxis anzutreffende Überbewertung von Geständnissen als selbstschädigendes Verhalten gegenüber einer bestreitenden Sacheinlassung als mutmaßlicher Selbstbegünstigung beruht auf einer Vernachlässigung der situativen Variablen (Drews, Die Königin unter den Beweismitteln? 2013, 113; Sickor, Das Geständnis, 2014, 245 ff). Freilich lässt die gebotene Geständniskontrolle in der Praxis oft zu wünschen übrig, weil das Geständnis als ein von Verantwortung entlastendes Moment zur Erleichterung und zu einem Abflachen der Konzentration führt. Zudem löst die Ablegung eines Geständnisses oft einen die Wahrnehmung anderer Tatsachen beeinträchtigenden Tunnelblick der Beurteiler aus (Drews aaO 106). Eine belastende Zeugenaussage ist nicht schon deshalb glaubhafter als eine bestreitende Einlassung des Angeklagten, weil nur der Zeuge unter Wahrheitspflicht steht (BGH NStZ 2004, 635, 636). Die bestreitende Einlassung des Angeklagten ist nicht bereits deshalb weniger glaubhaft, weil der Angeklagte ein Interesse am Bestreiten oder an Beschönigung hat. Erforderlich ist es auch zur Gewährung rechtlichen Gehörs eine Sacheinlassung zu ermöglichen, sie zur Kenntnis zu nehmen und sie bei der Entscheidung ernsthaft in Betracht zu ziehen. Der Tatrichter muss andererseits eine bestreitende Einlassung, für deren Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, nicht ohne weiteres hinnehmen (BGH NStZ 2007, 266). Die bloße Klassifizierung als Schutzbehauptung besagt dagegen nichts; denn sowohl Schuldige als auch Unschuldige können versuchen sich zu schützen. Andererseits kann ein Geständnis im Einzelfall alleinige Beweisgrundlage einer Verurteilung sein (Lawaczek, Das Phänomen des

falschen Geständnisses im Strafverfahren, 2010, 217 ff). Der sofortige Schluss von einem Geständnis auf die Glaubwürdigkeit des Angeklagten wäre ein Trugschluss (Wimmer ZStW 50 [1930], 537, 543). Das Geständnis bedarf jedenfalls der Überprüfung (BGH NStZ 2014, 170 mAnm Jahn; Eschelbach, FS Rissing-van Saan, 2011, 115, 136 ff), denn falsche Geständnisse kommen auch vor. Eine Überprüfung nur anhand des Akteninhalts reicht nicht aus (BGH NStZ 2014, 170, 171). Vielmehr muss im Strengbeweisverfahren zumindest partiell ein Beweis erhoben werden (BVerfGE 133, 168, 209), der zur Geständniskontrolle herangezogen wird.

12.1 Falsche Geständnisse kommen entgegen der intuitiven Erwartung, vor dass sich tendenziell niemand zu Unrecht selbst belasten und damit schädigen wird (Drews, Die Königin unter den Beweismitteln? 2013, 117 ff; Püschel StraFo 2015, 269, 273; Volbert FPPK 2013, 230 ff). Sie sind mit ihrer Wirkung der Entstehung kognitiver Wahrnehmungsverzerrungen der Strafverfolgungsorgane auch in Bezug auf nachfolgende Verfahrensstadien und Parallel- oder Folgeprozesse gefährlich (Drews, 207 ff). Sie lenken gegebenenfalls vom wirklichen Tatgeschehen und vom wahren Täter ab. Sie kommen aus diversen Gründen vor (Eisenberg Beweisrecht der StPO Rn 730 ff; Eschelbach, FS Rissing-van Saan, 2011, 115, 123 f; Gudjonsson, The Psychology of Interrogations and Confessions, 2002; Hussmann, Das falsche Geständnis, 1935, 31 ff; Sickor, Das Geständnis, 2014, 245 ff) und zwar häufiger als die meisten Beobachter es annehmen (Beneke, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten 1990, 22 ff; Köhnken in Gisela Friedrichsen, Im Zweifel gegen die Angeklagten, 2008, 222 ff; Volbert, FS Eisenberg, 2009, 205, 207 f). Meist sind sie ein Produkt komplexer Vorgänge bei Vernehmungen (Püschel StraFo 2015, 269, 273). Beschuldigte gehen auch oft fälschlich davon aus, dass ein falsches Geständnis im Lauf des weiteren Verfahrens erkannt und dann von anderen korrigiert wird (Sickor StV 2015, 516, 518). In bemerkenswerter Weise steckt die Geständnisforschung gerade nach der Überbewertung von Formalgeständnissen durch die Urteilsabsprachepraxis heute wieder in den Kinderschuhen. Interdisziplinäre Untersuchungen, die neuere Erkenntnisse der Gedächtnis- und Aussagepsychologie berücksichtigen, sind noch selten und bleiben von der Praxis meist unbeachtet. Die Quote falscher Geständnisse durch Unschuldige war schon vor dem Urteilsabsprachezeitalter in durchschnittlichen Vernehmungssituationen nach den Untersuchungen von Karl Peters nicht ganz unerheblich (Drews aaO 121); nach Gudjonsson und Sigurdsson sowie anderen internationalen Untersuchungen wird sie noch höher eingeschätzt (Drews aaO 124 f mwN) und sie steigt durch einen Deal mit seinen Drohwirkungen und Verlockungen gegebenenfalls deutlich weiter an (Volbert/Böhm in Volbert/Steller, Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, 253, 259). Die genaue Geständnisüberprüfung, notfalls mit Sachverständigenhilfe, ist daher zur Vermeidung von Fehlurteilen unverzichtbar (Karl Peters StV 1986, 375, 376).

12.2 Ein markantes Beispiel einer Fehlverurteilung aufgrund von mehreren falschen Geständnissen verschiedener Beschuldigter ist der Fall des Landwirts Rudolf Rupp (dazu Eschelbach ZAP Fach 22, 661 ff; Nestler ZIS 2014, 594 ff; näher Raske, Wie bei polizeilichen Ermittlungen ein falscher Tatverdacht entsteht, 2012, 94ff), der im Jahre 2001 nach einem Gaststättenbesuch zunächst spurlos verschwand. Umfangreiche Ermittlungen deuteten auf ein Tötungsverbrechen durch Angehörige an. Die Ehefrau, die beiden Töchter sowie ein Verlobter einer der Töchter wurden festgenommen, zuerst informell befragt und dann förmlich ohne anwaltlichen Beistand vernommen. Das Resultat waren im Ergebnis übereinstimmende Geständnisse darüber, dass Rudi Rupp nach Rückkehr von einem Gaststättenbesuch zuhause von den Hausbewohnern mit einer Holzlatte und einem Hammer erschlagen, die Leiche zerstückelt und Tieren zum Fraß vorgeworfen sowie sein Auto verschrottet worden war. Leiche und Fahrzeug waren danach weder ganz noch in Teilen auffindbar. Es folgten im Jahre 2005 Verurteilungen wegen Totschlags oder Beihilfe dazu aufgrund der im Hauptverfahren durch die dann anwaltlich beratenen Angeklagten widerrufenen Geständnisse. Im Jahre 2009 wurde durch Zufall das Fahrzeug auf dem Grund der Donau gefunden; die Leiche des Rudi Rupp saß darin, war skelettiert, aber das Skelett im Wesentlichen unversehrt. Damit waren die Geständnisse, die das Einschlagen der Schädeldecke beim Tötungsakt und die Zerstücklung der Leiche sowie die Entsorgung des Fahrzeugs in einer Schrottpresse einschlossen, offensichtlich falsch. Gleichwohl wurde ein Wiederaufnahmeantrag in der ersten Instanz als unzulässig verworfen, weil die widerrufenen Geständnisse unbeschadet ihrer Fehler immer noch so viel Beweisbedeutung besaßen, dass die Urteilsfeststellungen nicht ernsthaft erschüttert seien. Erst das Beschwerdegericht korrigierte diesen evident unhaltbaren Standpunkt im Additionsverfahren (OLG München Beschl v 9.3.2010 – 3 Ws 109-112/10). Dabei wäre allerdings entgegen dem Begründungsabsatz des Beschwerdegerichts nicht die Erschütterung der Feststellungen, sondern diejenige der Beweisgrundlagen des Urteils durch den Nachweis der inhaltlichen Unrichtigkeit der Geständnisse festzustellen und die Ursache dafür zu klären gewesen, die mit einiger Wahrscheinlichkeit in Vorhalten im Rahmen der informellen Befragungen der minderbegabten und nicht verteidigten Beschuldigten vor der polizeilichen Vernehmung gelegen haben dürfte.

Die Beschuldigten hatten vor dem Vernehmungsdruck und der suggestiven Wirkung der Befragung kapituliert. Generell sind suggestive Vorhalte und deren Nichtaufzeichnung eine erhebliche Fehlerquelle. Minderbegabte sind besonders anfällig für die Ablegung falscher Geständnisse. Das Fehlen lückenloser Aufzeichnungen kaschiert die Fehlerquelle und trägt zu Fehlurteilen bei. Fehler zu Beginn der Ermittlungen sind im Lauf des weiteren Verfahrens aufgrund der fatalen Wirkungen der bekannten Perseveranz-, Inertia- und Schulterschlusseffekte kaum noch auszuräumen. Im Beispielsfall, der wegen struktureller Schwächen im Strafverfahren pars pro toto steht, erfolgte nach der Verfahrenswiederaufnahme schließlich ein freisprechendes Urteil, das aber die Fehlerquellen erneut nicht vollständig herausgearbeitet hat. Das konstante Bestreben danach, Fehler im System der Strafverfolgungspraxis zu vertuschen, führt nur zu deren Wiederholung statt zu Verbesserungsanstrengungen.

12.3 Gründe für falsche Geständnisse liegen meist nicht monokausal vor, sondern in kombinierter Form. Zu nennen sind insbesondere:

psychopathologische Befunde in zahlreichen Varianten, vor allem aus dem Bereich der bipolaren affektiven Störungen, der Depressionen, der Persönlichkeitsstörungen oder der psychotischen Erkrankungen (Beneke aaO 78 ff; Drews Die Königin unter den Beweismitteln? 2013, 129 f, 170 ff; Lawaczek aaO 45 ff), auch etwa in Form einer wahnhaften Selbstbeschuldigung eines Depressiven (Haller, Das psychiatrische Gutachten, 2. Aufl 2008, 113),

mangelndes Wissen um die eigene Tatbegehung (Drews aaO 131) und fehlendes Vertrauen in die eigener Erinnerung in Verbindung mit latenten Schuldgefühlen (Lawaczek aaO 120 ff) oder der Irrtum über den Umfang der eigenen Delinquenz bei „Lebensbeichten“,

Angst vor Straf- oder Untersuchungshaft (BGH StV 2001, 440, 441; Beneke aaO 46 ff; Drews aaO 137 f) und das prozesstaktische Streben nach Haftverschonung oder milder Strafe, namentlich im Rahmen von Urteilsabsprachen (Lawaczek aaO 93 ff; Sickor aaO 288 ff),

Erstreben auch nur kurzfristiger Vorteile (Drews aaO 134; Lawaczek aaO 85 ff),

Vernehmungsdruck (Beneke aaO 49 ff; Drews aaO 138 ff; Eisenberg/Pincus JZ 2003, 397; Lawaczek aaO 114 ff; Sickor aaO 253 ff und StV 2015, 516, 518) seitens der ihrerseits unter institutionellem Erfolgsdruck stehenden Ermittlungsbehörden und Anpassung des Beschuldigten an die Erwartungshaltung von Verhörpersonen sowie suggestiv wirkende Fragen und Vorhalte (Drews aaO 132 f; Kassin/Gudjonsson, Gehirn & Geist 1-2 [2007], 15, 16 f; Steller, FS Eisenberg, 2009, 213, 217),

Resignation des Beschuldigten gegenüber einer vermeintlich erdrückenden Beweislage (Beneke aaO 54 ff; Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 16 ff; Kassin/Gudjonsson, Gehirn & Geist 1-2 [2007], 15, 19; Lawaczek aaO 90 ff) oder gegenüber der Präsentation objektiv falscher Belastungsbeweise (Volbert/Böhm in Volbert/Steller, Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, 253, 258 ff), aber auch gegenüber dem Eindruck des Angeklagten, der Richter halte ihn schon für überführt (Wimmer ZStW 50 [1930], 537, 547).

über oder auch noch unter der Schwelle des § 136a Abs 1 StPO liegende Drohungen für den Fall der Tatverleugnung oder Versprechungen für den Fall des Geständnisses (Drews aaO 140 ff; Sickor aaO 253 ff),

Öffentlichkeitsdruck und Furcht vor der Medienöffentlichkeit des Verfahrens oder umgekehrt das Interesse daran, in den Brennpunkt der Öffentlichkeit zu gelangen (Lawaczek aaO 46 ff),

Nötigung durch Dritte (Lawaczek aaO 117 ff),

die Absicht, andere Taten oder weiter gehende negative Sachverhaltsteile zur „Schadensbegrenzung“ zu verdecken (Beneke aaO 60 ff; Drews aaO 134 ff; Lawaczek aaO 73 ff; Rieß, FS Richter II, 2006, 433, 437),

die Absicht, einem anderen durch ein drittbelastendes Geständnis zu schaden (Beneke aaO 67 ff; Drews aaO 136 f) oder einen anderen durch falsche Selbstbezeichnung zu begünstigen (Beneke aaO 63 ff; Lawaczek aaO 76 ff; Sickor aaO 290 ff) und schließlich

der im Einzelfall objektiv falsche Rat des Verteidigers zur Geständnisablegung.

12.4 Das keinen konkreten Zweifeln unterliegende Geständnis muss nach der derzeitigen Rechtsprechung wenigstens derart substantiiert sein, dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, so dass sich hiernach keine weitere Sachaufklärung aufdrängt (BGHSt 50, 40, 49). Die Geständniskontrolle anhand der Aktenlage ist aber nach einer Kurskorrektur durch das BVerfG unzureichend und durch ein mindestens begrenztes Strengbeweisverfahren zu ersetzen (BVerfGE 133, 168, 209, 210). Die aussagepsychologisch verfehlte Kontrolle

anhand des Akteninhalts nach Art eines konfirmatorischen Hypothesentestens widerspricht der dem bisherigen Strafprozessrecht zu Grunde liegenden Idee einer Austarierung der Ermittlungsbefunde durch eine unmittelbare Beweisaufnahme eines neutralen Gerichts in der Hauptverhandlung. Die Akten enthalten entgegen einem verbreiteten Irrglauben nicht „die wirkliche Wahrheit“ (Fischer, FG Paulus, 2009, 53, 68). Eine zentrale Ursache falscher Geständnisse ist die allzu frühe Fixierung der Strafverfolgungsorgane auf eine Verdachtshypothese (Lawaczek, Das Phänomen des falschen Geständnisses im Strafverfahren, 2010, 159 ff; vgl dazu wiederum den Beispielsfall Rupp bei Nestler ZIS 2014, 594 ff). Diese erhebliche Fehlerurteilsquelle kann beim Abgleich von Geständnis und Aktenlage nachträglich nicht erfasst werden. Das Prozessergebnis ist dann nur eine sich selbst erfüllende Prognose aus Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss.

12.5 Hatte die Rechtsprechung früher sogar schlanke Geständnisse genügen lassen (BGHSt 48, 161, 167; BGH NJW 1999, 370, 371, 372 mAnm Weigend NStZ 1999, 57, 61 ff), so reicht bei dem Stand nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes ein inhaltsleeres Formalgeständnis als alleinige Verurteilungsgrundlage nicht mehr aus. Ob sich die Tatgerichte in der Praxis daran stets halten, erscheint zweifelhaft, nachdem sich manche Praktiker an die Option des schlanken Geständnisses gewöhnt haben und den Mehrertrag einer weiteren Befragung und der Überprüfung des Geständnisses nicht einsehen. Eine wesentliche Quelle der Nichtaufdeckung falscher Geständnisse, besonders in der Urteilsabsprachepraxis, ist die mangelnde Erforschung der Motive und sonstigen Ursachen für das Geständnis (Sickor aaO 245 ff), einschließlich der Erforschung der Persönlichkeit des Beschuldigten (Lawaczek aaO 163 ff). Dabei könnte die Angewandte Kriminologie helfen, die aber noch nicht als bedeutsam anerkannt ist. Insgesamt wäre einer neue Fehlerurteilsforschung nach dem Vorbild der Tübinger Untersuchungen von Karl Peters erstrebenswert, um Fehlerquellen aufzudecken und zu beseitigen. Die Furcht des Gesetzgebers und der Rechtsprechung vor den Erkenntnissen, die sich daraus ergeben könnten, verhindert bisher eine Verbesserung der Lage.

12.6 Erörterungspflichten für Tatrichter im Urteil, die sich auf das Geständnismotiv (BenekeaaO 112 ff; Busam, Das Geständnis im Strafverfahren, 1983, 107 ff; Schröer/Donk in Reichertz/Schneider, Sozialgeschichte des Geständnisses, 2007, 171 ff), die Aussageentstehung und den Aussageinhalt sowie die Aussagekonstanz beziehen (Stern StV 1990, 563, 567 ff), hat der BGH bis zur Lageänderung durch das Verständigungsverfahren (BGHSt 59, 21, 28) nur in besonderen Konstellationen angenommen. Das gilt für Fälle widersprüchlicher Äußerungen des Angeklagten (BGH wistra 2003, 351, 352, 353) oder bei einem nachträglichen Geständniswiderruf (BGH NStZ-RR 2004, 238, 239 f; Drews, Die Königin unter den Beweismitteln? 2013, 218 ff). Im Widerrufsfall bleibt zwar das frühere Geständnis verwertbar (BGHSt 21, 285, 287); jedoch muss geprüft werden, warum das Geständnis zunächst abgelegt und warum es später widerrufen wurde (BGHSt 21, 285, 287). Dafür ist die frühere Befragungssituation von erheblicher Beweisbedeutung (Volbert, FS Eisenberg, 2009, 205, 211). Entsprechendes gilt bei einem Geständniswiderruf als Grund für einen Wiederaufnahmeantrag (Eschelbach HRRS 2008, 190, 199 ff; Helbrand NStZ 2004, 411 ff; 2008, 374 ff). Der Geständniswiderruf zwingt auch dort zur Erforschung des Geständnis- und des Widerrufsmotivs. Die Annahme der Gerichte, das Geständnis sei generell bedeutsamer als sein Widerruf, ist ebenso verbreitet wie verfehlt (Eschelbach, FS Rissing-van Saan, 2011, 115, 121).

12.7 Erhöhte Anforderungen an die Beweisführung stellt die Rechtsprechung zumindest begrifflich auf, wenn die Feststellungen entscheidend auf die geständigen Angaben eines tatbeteiligten Mitangeklagten (BGHR StPO § 261 Mitangeklagte 1 und 2; BGH StV 1997, 172) oder gesondert verfolgten Zeugen (BGH NStZ-RR 1997, 105, 106) gestützt sind, zumal wenn diese abwechselnd widerrufen und bestätigt worden sind (BGH NStZ-RR 1998, 17). Basiert die Verurteilung eines Angeklagten auf Angaben eines Mitangeklagten oder Belastungszeugen, die seinem Geständnis in der gegen ihn selbst geführten Hauptverhandlung entsprechen, und war dieses Geständnis seinerseits Gegenstand einer Absprache, dann muss die Glaubhaftigkeit der selbstbegünstigenden und drittbelastenden Bekundungen unter Einbeziehung des Zustandekommens und des Inhalts der Absprache in einer nachprüfaren Weise eingehend gewürdigt werden. Das Falschaussagemotiv des informellen Kronzeugen wird systematisch unterbewertet, weil der nahezu unbeirrbar Glaube an die Richtigkeit von Geständnissen immer noch anzutreffen ist.

13 Das Gericht hat die Einlassung des Angeklagten zu überprüfen und im schriftlichen Urteil zu würdigen (OLG Schleswig SchlHA 2009, 273, 274; Niemöller StV 1984, 431, 436; Schäfer StV 1995, 147, 151; sa OLG Stuttgart StV 2010, 636). An die Bewertung der Sacheinlassung des Angeklagten sind beweistechnisch die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an die Beurteilung sonstiger Beweismittel (BGH NStZ-RR 2005, 45, 46). Auch dem Geständnis kommt methodisch keine Vorrangstellung gegenüber anderen Beweisen zu. Die Sachaussage des Angeklagten, wie immer sie sich darstellt, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Tatsachen

und Beweise zu bewerten. Auf den Zeitpunkt der Einlassung kommt es dabei allerdings regelmäßig nicht an. Die Tatsache, dass sich der Angeklagte erst zu einem späten Zeitpunkt innerhalb des Verfahrens geäußert hat, ist meist noch kein tragfähiges Indiz für seine Schuld (OLG Stuttgart NStZ 1986, 182, 183; Nack StV 2002, 510, 515 f).

13.1 Selbst widerlegte Behauptungen oder eine bewusste Lüge des Angeklagten ergeben für sich genommen keinen ausreichenden Belastungsbeweis (BGHSt 41, 153, 156; BGH NStZ-RR 2011, 118; NStZ 2011, 318, 319), zumal ihre Aufdeckung keinen Schluss auf Einzelheiten des Tatgeschehens gestattet. Sacheinlassungen dürfen weder isoliert betrachtet noch als generell unglaubhaft eliminiert werden, nur weil der Angeklagte schon aufgrund seiner Prozessrolle als unglaubwürdig angesehen wird (Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 48 ff) mit der Folge, dass alle Indizien, welche die Verdachtshypothese unterstützen, überbewertet werden.

13.2 Ein von der Praxis als besonders wichtig erachtetes Kriterium ist so genanntes Täterwissen, das indes wiederum überschätzt wird (Drews, Die Königin unter den Beweismitteln? 2013, 234; Wimmer ZStW 50 [1930], 537, 549, 550). Vorhalte und andere Gedächtnisstützen, die eher die Erinnerung verfälschen (Bender StV 1984, 127, 128), suggestive Fragen, Informationen durch Dritte, Presseberichte und anderes liefern dem Beschuldigten möglicherweise Vorinformationen, die sein Wissen erklären können, ohne dass es sich um Täterwissen handeln muss. Die Rekonstruktion solcher Vorinformationen ist durch lückenhafte Aufzeichnungen erheblich erschwert oder unmöglich. Umfangreiche informatorische Vorgespräche vor Beschuldigtenvernehmungen ohne Dokumentation (zur Kritik daran SSW-StPO/Eschelbach, StPO § 136 Rn 16) liefern eine Fehlerquelle (vgl erneut den Beispielsfall Rupp bei Nestler ZIS 2014, 594, 596 ff) und sie sind daher nach Möglichkeit vom Gericht zu rekonstruieren, bevor Details aus der Beschuldigtenaussage als Täterwissen eingestuft werden.

13.3 Die sachbezogene Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben aufgrund einer Inhaltsanalyse und Plausibilitätskontrolle hat in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, die ihre Kontrolle schließlich an der Papierform ausrichtet, einen Vorrang vor der auf die Person bezogenen und noch weniger als der Aussageinhalt rekonstruierbaren Glaubwürdigkeitsprüfung. Eine Einlassung kann im Einzelfall von dem ehrlichen Bestreben nach einem Beitrag zur Ermittlung des wahren Sachverhalts getragen sein. Ein Geständnis kann aus verschiedenen Motiven heraus aber auch falsch sein, nicht zuletzt aus taktischen Gründen. Das kommt in der Absprachepraxis zunehmend vor, besonders beim Vorliegen einer Sanktionsschere. Das Für und Wider muss daher vom Tatrichter genau geprüft werden, und zwar auch in scheinbar klaren Fällen. Die Vernehmung des Angeklagten nach § 243 Abs 5 S 2 StPO darf nicht im Ergebnis allein dazu dienen, zur formalen Gewährung rechtlichen Gehörs alle Punkte seiner Äußerung schematisch zu negieren.

13.4 Eine Tendenz der Praxis zur einseitigen Bewertung von Sacheinlassungen kommt darin zum Ausdruck, dass auch in Konstellationen, in denen Aussage gegen Aussage steht, Zeugenaussagen unter bestimmten Umständen einer aussagepsychologischen Begutachtung unterworfen werden, aber die Aussage des Angeklagten so gut wie nie (krit Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 137 ff; zur Ablehnung eines Beweisantrages BGH StV 1986, 374, 375 mAnm Peters). Der Hinzuziehung eines Sachverständigen kann es jedoch auch hinsichtlich der Aussagen des Angeklagten bedürfen, wenn die Eigenart des Einzelfalles eine besondere Sachkunde erfordert (BGH NStZ 2005, 394). Überraschend aufschlussreich ist oftmals eine genaue kriminologische Exploration des Angeklagten (Göppinger/Bock, Kriminologie, § 16), die regelmäßig weit über das hinausgeht, was die Strafgerichte bei der Persönlichkeitserforschung leisten.

14 Elemente der Sacheinlassung, die der Tatrichter bei der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen hat, kann der Angeklagte nicht nur bei der Vernehmung nach § 243 Abs 5 S 2 StPO in die Hauptverhandlung einbringen, sondern auch bei seinen Ausführungen gemäß § 257 Abs 1 StPO und § 258 StPO. Antragsvorbringen, insbesondere bei einer Beweisbehauptung im Rahmen eines Beweisantrags, hat dagegen im Allgemeinen nur prozessuale Bedeutung und ist vor allem bei Ausführungen des Verteidigers grundsätzlich nicht als Mitteilung eigenen Wissens des Angeklagten zu bewerten (BGH NStZ-RR 2008, 21, 22). Es hat in die tatrichterliche Beweiswürdigung zur Urteilsfindung daher für sich genommen nicht einzufließen.

15 Besondere Maßstäbe gelten für Sacheinlassungen, die taktisch motiviert sind. Zwar ist auch ein Geständnis, das aufgrund einer verfahrensbeendenden Absprache abgegeben wurde, nicht generell unglaubhaft, obwohl es aussagepsychologisch allenfalls geringen Beweiswert besitzt.

Die positive Glaubhaftigkeitsbewertung ist nach der Rechtsprechung selbst bei einer vom Verteidiger vorformulierten und vom Angeklagten pauschal bestätigten Erklärung nicht generell ausgeschlossen. Allerdings bedürfen nur summarische Sachverhaltserklärungen einer besonders kritischen Würdigung sowie einer Ergänzung und Absicherung durch andere Beweisergebnisse. Für sich genommen reichen sie als Beweisgrundlage für Feststellungen, die den Schuldspruch tragen sollen, nicht aus (OLG Celle NStZ-RR 2011, 252, 253). Das Geständnis bedarf gerade dann der Überprüfung, wenn es auf einer Verständigung beruht (BGH StV 2009, 232, 233). Das gilt erst recht im Fall einer Absprache zu Lasten Dritter, nach der ein Mitangeklagter sich geständig äußert und dabei zugleich einen anderen belastet. Auch insoweit ist wegen des nahe liegenden Falschaussagemotivs der Selbstbegünstigung jedenfalls eine besonders exakte Beweiswürdigung erforderlich, welche die Praxis infolge ihrer Vorurteilsbildung tendenziell vernachlässigt. Zu zentralen Prüfungspunkten bei der Würdigung taktisch motivierter Aussagen gehören das Zustandekommen und der Inhalt der zu Grunde liegenden Absprache. Eine zuverlässige Prüfung auch dieser Aspekte ist bei den von Verteidigern vorformulierten Erklärungen aber praktisch ausgeschlossen, woraus der Fehlgriff der Rechtsprechung beim Akzeptieren solcher „Beweise“ deutlich wird.

16 Für den Fall, dass der Angeklagte zur Sache schweigt, was sein gutes Recht ist, ist anerkannt, dass weder aus seinem Schweigen (BVerfG NStZ 1995, 555; BGHSt 43, 140, 144; BGH NStZ-RR 2011, 118) oder dem entsprechend einem pauschalen Bestreiten (BGH Beschl v 5.9.2012 – 1 StR 324/12), auch dem Schweigen in einem anderen Verfahren (BGH NStZ 1981, 272, 273), noch aus seinem sonstigen Prozessverhalten, wie der Verweigerung einer Mitwirkung an der Sachaufklärung, ein belastendes Indiz abgeleitet werden darf (BGHSt 45, 363, 364; 45, 367, 369 ff). Faktisch entfaltet dieses Verhalten freilich auf Richter eine Suggestivwirkung. Der Grundsatz, dass niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht (*nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere*), entspricht der Menschenwürde (BVerfGE 56, 37, 43). Er ist Bestandteil eines fairen Verfahrens (BGHSt 38, 302, 305). Lässt der schweigende Angeklagte nur zu, dass sein Verteidiger Sacherklärungen abgibt (Eschelbach ZAP Fach 22, 711 ff; Gillmeister, FS Mehle, 2009, 233 ff), so sind diese als Beweismittel im Strengbeweisverfahren unbrauchbar, sofern der Angeklagte nicht zumindest erklärt, dass er sie bestätigen wolle. Der Verteidiger ist weder (Wissens-) Vertreter des Angeklagten (→ § 257c Rn 20.1) noch beweistechnisch eine Auskunftsperson. Er könnte allenfalls im Rahmen einer förmlichen Vernehmung als Zeuge vom Hörensagen fungieren. Schweigt der Angeklagte zu einzelnen Aspekten und lässt er sich zu anderen in der Sache ein, darf nach der Rechtsprechung jedoch sein Teilschweigen als belastendes Indiz verwertet werden (BGHSt 20, 298, 300; 32, 140, 145; 38, 302, 307; 45, 367, 369, 370). Durch die Einlassung mache sich der Angeklagte freiwillig zum Beweismittel. Sein teilweises Schweigen bildet danach einen negativen Bestandteil seiner Aussage, die in ihrer Gesamtheit der Beweiswürdigung unterliegen soll (BGH NStZ 2000, 494, 495). Das erscheint allerdings fragwürdig (Park StV 2001, 589, 591; Richter II StV 1994, 687, 690). Eine verwertbare Teileinlassung ist nicht gegeben, wenn der Angeklagte sich lediglich pauschal äußert (BGHSt 38, 302, 307; BGH NStZ 1997, 147). Ein Teilschweigen liegt auch nicht vor, wenn der Angeklagte zu verschiedenen Anklagepunkten schweigt oder sich zu anderen äußert.

17 Unrichtige Angaben, ein falsches Alibi (BGH NStZ-RR 2008, 341), sonstige Ausreden oder eine Flucht des Angeklagten sind bei der Beweiswürdigung zwar verwertbar, aber meist ohne Aussagekraft, sofern nicht besondere Hinweise auf Täterwissen daraus hervorgehen (BGH Beschl v 1.2.2011 – 1 StR 408/10). Insbesondere eine widerlegte Einlassung ist noch kein Schuldnachweis. Auch ein Unschuldiger kann sich einem Strafverfahren mit einem für ihn ungewissen

Ausgang zu entziehen versuchen. Der Angeklagte ist zudem nicht verpflichtet, an der Aufklärung der ihm vorgeworfenen Tat aktiv mitzuwirken. Wie bei der Würdigung des Scheiterns eines Alibis (BGH NStZ-RR 1996, 363; 1998, 303) oder der Widerlegung sonstiger Angaben eines Angeklagten (BGHSt 41, 153, 155) ist allgemein zu beachten, dass auch ein unschuldiger Angeklagter meinen kann, seine Lage durch falsche Angaben oder ein Ausweichverhalten verbessern zu können. Dieses Verhalten lässt zudem keine tragfähigen Schlüsse darauf zu, was sich bei dem inkriminierten Geschehensablauf genau ereignet hat (BGH NStZ-RR 2008, 147, 148). Für den Alibibeweis gilt aber der Zweifelssatz nicht (BGHSt 25, 285, 286). Der freien Beweiswürdigung unterliegt nach neuerer Rechtsprechung ein Wechsel der Einlassung, der auch dann vorliegt, wenn der Angeklagte seine Äußerungen zur Sache bei der polizeilichen Vernehmung erst zu einem späten Zeitpunkt in der Hauptverhandlung ändert (BGH Beschl v 5.11.2009 – 3 StR 309/09; aA BGH NJW 1966, 210, 211).

III. Beachtung der Nullhypothese und von weiteren Alternativhypothesen

18 Von Aussagepsychologen wird nach heute vorherrschender Meinung (BGHSt 45, 164, 168; krit Eschelbach ZAP Fach 22, 971 ff; Fischer FS Widmaier 2008, 191, 211 ff) verlangt, dass ihrer Aussagenanalyse bei der Glaubhaftigkeitsbegutachtung einer Zeugenaussage (Steller in Volbert/Steller, Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, 300 ff) eine Nullhypothese oder Unwahrrhypothese und gegebenenfalls weitere Alternativhypothesen gegenüber dem Tatverdacht, zu Grunde gelegt werden. Die Nullhypothese als implizite Erinnerung an die Selbstverständlichkeit der Unschuldsumutung (Gasch in Artkämper/Clages, Kriminalitätsbekämpfung – ein Blick in die Zukunft, 2015, 113, 125) ist im Rahmen der merkmalsorientierten Inhaltsanalyse (Niehaus in Volbert/Steller, Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, 311 ff) durch Negationen zu überprüfen. Naheliegende sonstige Alternativhypothesen sind zu erörtern (Nack StV 2002, 510, 514). Es ist aber auch von einer lückenhaften Beweiswürdigung auszugehen, wenn sich das Tatgericht selbst nicht mit naheliegenden Geschehensalternativen befasst, obwohl sich dies nach dem Beweisergebnis aufdrängt (BGH NStZ-RR 2014, 380). Die Übernahme der Methode einer hypothesengeleiteten Prüfung in die richterliche Beweiswürdigung (Bötticher NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer 2002, 8, 12), vor allem in Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht (OLG Nürnberg NJW 2010, 3793, 3794; OLG Stuttgart NJW 2006, 3506 f) und keine Gesamtwürdigung verschiedenartiger Beweismittel erforderlich wird, ist zur Erhaltung der richterlichen Kompetenz für die Beweiswürdigung konsequent (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 129 ff). Jedoch bestehen hinsichtlich der Realkennzeichenanalyse und die Bevorzugung der Nullhypothese gegen die Annahme einer entsprechenden wissenschaftsmethodischen Forderung auch rechtliche Bedenken aufgrund der gesetzlich normierten Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung (Eschelbach ZAP Fach 22, 971 ff). Andererseits gebietet die Neutralitätsgarantie aus dem Grundsatz des gesetzlichen Richters und dem Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren, dass Tatrichter nicht nur intuitiv eine Schuld festgestellt treffen, sondern die Indizien neutral gewichten und methodisch korrekt auf ihre Vereinbarkeit mit verschiedenen Hypothesen prüfen. Die richtige Hypothesenbildung bei der Beweiswürdigung ist daher unabhängig von entsprechenden Methodenforderungen an die aussagepsychologische Vorgehensweise (BGHSt 45, 164, 167 ff) auch für die richterliche Beweiswürdigung rechtlich erforderlich. Sie wird im Justizalltag gleichwohl oft nicht beachtet (Deckers FS Eisenberg 2009, 473, 488). Die Revisionsgerichte verlangen zum Beispiel auch nicht die ausdrückliche Erwähnung der Nullhypothese als Gedankenschritt im schriftlichen Urteil (Nack StV 2002, 558, 559 f). Eine formelhafte Erwähnung der Nullhypothese, die in der

Praxis ebenfalls bisweilen festzustellen ist, verbessert andererseits die Qualität der Beweiswürdigung ebenfalls nicht.

18.1 Tatrichter müssten im Grundsatz die hypothesengeleitete Realkennzeichenanalyse beherrschen und anwenden, wenn kein zu großes Gefälle zwischen Beweisergebnissen mit und ohne Sachverständigenhilfe entstehen soll (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 142). Das gilt besonders in den stets kritischen Fällen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht (OLG Düsseldorf Beschl v 20.2.2008 – 5 Ss 15, 10/08; Wille aaO 129 ff). Die Nullhypothese ist der Unschuldsvermutung oder dem Zweifelssatz ähnlich (Steller NJW-Sonderheft für G. Schäfer 2002, 69, 72). Allerdings ist sie nur auf Aussagen einer bestimmten Beweisperson bezogen, während der Zweifelssatz im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung erst zur Anwendung kommt, wenn die Gesamtwürdigung aller verwertbaren Beweise – sofern da davon vorhanden ist – nicht die sichere richterliche Überzeugung von der Schuld des Angeklagten ergibt.

18.2 Eine Bevorzugung der Nullhypothese vor der Verdachtshypothese bei jedem einzelnen Schritt der Beweiswürdigung geht im Fall einer Überbetonung über die Gebote, die bisher aus dem Zweifelssatz abgeleitet werden, hinaus (Eschelbach ZAP Fach 22, 971, 973). Daher wird sie von der Rechtsprechung nicht als Maßstab für die richterliche Beweiswürdigung generalisiert (BGHR StPO § 261 Sachverständiger 9; aA OLG Nürnberg NJW 2010, 3793, 3794). Die Nullhypothese bildet jedoch ein Gegengewicht gegen die in der Praxis unter Dissonanzreduktionen stark überbewertete Verdachtshypothese. Der Zwang zur Aufstellung und Prüfung auch von Alternativhypothesen entspricht dem revisionsrechtlichen Gebot, andere Möglichkeiten des Geschehensablaufs, die nach dem Beweisbild nahe liegen, in Betracht zu ziehen, wenn keine Lücke in der Beweiswürdigung entstehen soll (BGH NSTZ-RR 2010, 183).

18.3 Tatsächlich ist die von den Tatrichtern als Prämisse bei der Überprüfung von Einzelindizien zu Grunde gelegte Verdachtshypothese, die eine starke Neigung zur Selbstbestätigung hat (Köhnken in Gisela Friedrichse, n Im Zweifel gegen die Angeklagten, 2008, 233; zum konfirmatorischen Hypothesentesten Deckers, FS Eisenberg, 2009, 473, 475 f; Schulz-Hardt/Köhnken ,Praxis der Rechtspsychologie 10 [2000], 60 ff), das favorisierte Gegenteil der Nullhypothese. Deshalb gelangen die intuitive tatrichterliche Beweiswürdigung und eine von der Unwahrscheinlichkeit geleitete aussagepsychologische Inhaltsanalyse bisweilen bei Würdigung derselben Umstände zu entgegengesetzten Resultaten (Geipel AnwBl 2006, 784, 785). Dass die richterliche Beweiswürdigung gleichwohl keine geringere Richtigkeitswahrscheinlichkeit für sich in Anspruch nehmen könne (Fischer FS Widmaier 2008, 191, 213), ist als generelle Aussage zutreffend. In manchen Fällen ist diese Annahme aber in Frage zu stellen, weil die intuitive richterliche Beweiswürdigung ohne genaue Hypothesenbildung und ohne systematische Prüfung von Einzelkriterien für ein objektiv fehlerhaftes Vorurteil aus dem Eröffnungsbeschluss anfällig ist und die Selbstbestätigungstendenz dieses Vorurteils im Verfahrensgang erhebliche Sogkraft entfaltet. Die Zahl der Fehlurteile steigt durch zunehmende Verfestigung der Voreinstellung und immer zahlreichere Dissonanzreduktionen. Die revisionsgerichtliche Kontrolle ist nicht selten ein stumpfes Schwert im Kampf gegen sachlich falsche Urteile, solange jedenfalls das „Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“ (BGHSt 43, 212, 214) aufgrund der bisher angenommenen „Ordnung des Revisionsverfahrens“ (BGHSt 17, 351, 352; 31, 139, 140; BGH NSTZ 1983, 278; 1997, 296; 2007, 115; aA Döhmer SVR 2009, 46, 49; Herdegen StV 1992, 590, 591; Norouzi in Strafverteidigervereinigungen, Wehe dem, der beschuldigt wird, Ergebnisse des 34. Strafverteidigertages, 2011, 215, 219) gelten soll (zum Rekonstruktionsverbot als Beweisregel für das revisionsgerichtliche Freibeweisverfahren Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2015, 337 ff).

18.4 Dem Praktiker in Wiederaufnahmeverfahren leuchtet das Ergebnis einer drastischen Erhöhung der Fehlurteilsquote besonders ein, weil er auch absurde Begründungen für die Verwerfung von Wiederaufnahmeanträgen sogar in Evidenzfällen (Sabine Rückert, Unrecht im Namen des Volkes, 2007, 191 ff) zur Kenntnis nehmen muss. Der Revisionsrichter ist dagegen eher geneigt von einer Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urteilsgründe auszugehen, weil die Überprüfung des Urteils nur anhand seines Textes zu seinem Handwerk gehört und die Urteilstexte infolge einer Überbetonung objektiver Belastungsbeweise und der subjektiv sicheren tatrichterlichen Überzeugung ihre Richtigkeit auch dort suggerieren, wo massive Zweifel angebracht wären, wenn dem Beurteiler die Gesamtumstände bekannt wären. Inertia- und Pygmalion-Effekte wirken sich bisweilen verheerender aus als Richter es annehmen, die über Jahre hinweg denselben Trugschlüssen erliegen, ohne von einer Revisionsinstanz, die keine Detailüberprüfung der Beweiswürdigung leisten kann, korrigiert zu werden (zu richterlichen Fehlvorstellungen Fischer, FG Paulus, 2009, 53, 54 ff). Der Umgang mit der Wahrheit wird auch durch mangelnde Kenntnisse der Gedächtnispsychologie erschwert. So ist etwa das false-Memory-Syndrom (Eschelbach ZAP Fach 22, 781, 786) weitgehend unbekannt.

18.5 Ein anderes Modell für eine Beweiskontrolle liefert die gegebenenfalls mit aller Vorsicht durchzuführende (Eisenberg, Beweisrecht der Stopp, Rn 918 f) Annäherung an die Errechnung des Wahrscheinlichkeitsgrades nach dem Theorem von Bayes. Damit könnte das Beweisgewicht von Einzelindizien und der durch Gesamtwürdigung erreichte Wahrscheinlichkeitsgrad der Richtigkeit der Verdachtshypothese zumindest systematisiert und annäherungsweise taxiert werden (zum richtigen Kern Karl Peters in Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 364, 373). Ohne eine solche Vorgehensweise erscheint das Postulat, dass einer tragfähig begründeten Verurteilung die objektiv hohe Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit zu Grunde liegen müsse (BGH NJW 1999, 1562, 1564; Geipel ZAP 2011 Nr 23, 1213, 1214), als Leerformel; denn wer den Grad der Wahrscheinlichkeit nicht bestimmt, kann dazu keine Aussage machen.

D. Beweisgrundlagen und Maßstäbe für die Würdigung

19 Das Tatgericht soll nach seiner Überzeugung entscheiden, es muss diese aber ausschließlich auf den Inbegriff der Hauptverhandlung stützen. Aus der Bindung der Urteilsfindung an den Erörterungsstoff der Hauptverhandlung ergibt sich, dass zur Vermeidung einer reinen Verdachtsverurteilung in der Hauptverhandlung objektive Beweisgrundlagen vorhanden sind, welche erst die subjektive richterliche Überzeugung tragen können. Diese Beweisgrundlagen dürfen nur aus dem Beweisstoff geschöpft werden, der Gegenstand der mündlichen Erörterungen in der Hauptverhandlung war. Auch damit ist die heute im Verständigungsverfahren praktizierte Beweisantizipation und die postulierte Geständniskontrolle im Verständigungsverfahren anhand der Akten unvereinbar. Ausgeschlossen ist in jedem Fall die Würdigung solcher Tatsachen und Beweismittel, die einem Verwertungsverbot unterliegen. Schließlich müssen die verwerteten Beweisanzeichen genügende Aussagekraft aufweisen, um eine richterliche Überzeugung zu gestatten.

I. Inbegriff der Hauptverhandlung

20 Die Beweiswürdigung zur Schuld- und Straffrage erfolgt nach vollständiger Durchführung der Beweisaufnahme. Der Grundsatz, dass der Richter seine Überzeugung ausschließlich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfen hat, enthält eine Ausgestaltung der Gewährung rechtlichen Gehörs (OLG Stuttgart NJW 1968, 2022). Er bedeutet ferner, dass der Richter nur verwerten darf, was in prozessual zulässiger Weise Gegenstand der mündlichen Erörterungen in der prinzipiell öffentlichen Hauptverhandlung geworden ist (Rieß GA 1978, 257, 263). Auch Umstände am Rand der Beweisaufnahme können Gegenstand der Überzeugungsbildung sein, dies aber aus Gründen der Gehörsgewährung nur, wenn sie mit den Beteiligten erörtert wurden oder diesen nicht entgangen sein können. Privates Wissen der Richter muss dagegen unberücksichtigt bleiben, es sei denn, es handle sich um gerichtskundige Tatsachen, die auch durch Hinweise oder Erörterungen zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden müssen (BGH NStZ 1995, 246). Die Befragung eines nicht zur Mitwirkung an der Sache berufenen Kollegen zu fallbezogenen Aspekten während der Urteilsberatung verletzt das Gesetz (OLG Hamm NJW 1958, 74, 75). Die Auffrischung des Gedächtnisses durch Erörterungen des Richters mit Beweispersonen nach der Hauptverhandlung ist zumindest bedenklich (RGSt 71, 327, 328; BGH bei Dallinger MDR 1952, 532; OLG Stuttgart NJW 1968, 2022). Befundtatsachen, die ein Sachverständiger außerhalb der Hauptverhandlung ermittelt, sind durch Vernehmung des Sachverständigen dort einzuführen (BGHSt 13, 1, 2, 3; 13, 250, 251; zur Unterscheidung von Befund- und Zusatztatsachen BGHSt 18, 107, 109). Nur die Tatsachen und Beweise, die nach den Regeln des Strengbeweisverfahrens zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden sind, dürfen verwertet werden. Erforderlich ist es andererseits, bei der Beweiswürdigung alles auszuschöpfen, was in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist. Sämtliche erörterten

Tatsachen und ermittelten Beweisergebnisse sind, soweit erheblich, umfassend in einer Gesamtschau zu würdigen. Alle konkret nahe liegenden Ergebnisse der Beweiswürdigung, die sich daraus ableiten lassen, sind als Alternativhypothesen in Betracht zu ziehen.

21 Rechtlich verwertbar sind auch visuelle Eindrücke, deren Beweiswert allerdings höchst zweifelhaft ist. Zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehört alles, was in der Verhandlung vom Aufruf der Sache bis zum letzten Wort des Angeklagten für die Richter wahrnehmbar geworden ist. Das gilt etwa – außer beim schweigenden Angeklagten (Radtko/Hohmann/Pegel, StPO § 261 Rn 48) – auch für Mimik und Gestik oder sonstige Verhaltensweisen von Beweispersonen, nicht aber Verhaltensweisen der Zuschauer (OLG Jena StV 2007, 26). Insoweit muss die Bindung an Beweismittelarten des Strengbeweisverfahren beim Personalbeweis beachtet werden, so dass auch Vorhalte für sich genommen kein Gegenstand der Beweiswürdigung sind, sondern nur die Antworten der befragten Beweisperson darauf, diese freilich auch im Kontext der durch Vorhalte ergänzten Fragestellung. Kommt es auf den genauen Inhalt einer Urkunde an, so kann dieser regelmäßig nur durch Verlesung oder Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführt und so verwertet werden. Vorhalte reichen dazu regelmäßig nicht aus (BGHSt 11, 159, 161), soweit es nicht nur um knappe und für Auskunftspersonen gut merkbare Passagen geht. Auf die Frage, ob die Richter oder Verfahrensbeteiligten den Inhalt der Urkunde aus den Akten kennen, kommt es nicht an (BGH NJW 1957, 1846, 1847).

22 Der Akteninhalt ist im Strafprozess, anders als im Zivilrechtsstreit, mangels Zugehörigkeit zum Inbegriff der Hauptverhandlung prinzipiell keine zulässige Urteilsgrundlage (KK-StPO/Ott StPO § 261 Rn 8), soweit er jedenfalls nicht durch förmliche Beweiserhebungen und mündliche Erörterung zum Gegenstand der Verhandlung gemacht wurde (differenzierend SK-StPO/Velten StPO § 261 Rn 55). Selbst ein Geständnis rechtfertigt es nicht, daneben ohne weiteres den Akteninhalt zu Grunde zu legen (RGSt 1, 81, 82; BGHSt 59, 21, 28). Daran hält sich die Verständigungspraxis mit der Geständniskontrolle anhand der Akten heute oft nicht mehr, woran ihre Unvereinbarkeit mit der vorliegenden Vorschrift deutlich wird. Auch schriftliche Erklärungen des Angeklagten, die nicht nach dem Mündlichkeitsprinzip in die Hauptverhandlung eingeführt wurden, sind rechtlich irrelevant (BGHSt 52, 175 ff). Die Vernehmung des Angeklagten kann nicht ohne weiteres durch die Verlesung einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden. Eine vom Gericht nicht angeordnete Verlesung einer Einlassung wird daher mangels förmlich zulässiger Beweiserhebung nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung (BGH NStZ 2007, 349). Falsch ist es ferner, Bestandteile des Akteninhalts, die Gegenstand eines schriftlich vorbereitenden Sachverständigengutachtens sind, durch deren Referierung seitens des Sachverständigen in die Verhandlung einzubringen. Deshalb ist das Postulat eines ausführlichen Referats des Akteninhalts in schriftlich vorbereitenden Gutachten, vor allem forensisch tätiger Psychiater, eher irreführend als hilfreich.

II. Offenkundigkeit

23 Das Gericht hat nach der vorliegenden Vorschrift nur die Informationen zu verwerten, die sich aus dem Inbegriff der konkreten Hauptverhandlung gegen den Angeklagten ergeben. Informationen aus einer anderen Hauptverhandlung oder aus einer kommissarischen Beweisaufnahme vor der Hauptverhandlung sind nur in die Beweiswürdigung einzubeziehen, soweit sie ordnungsgemäß auch in die aktuelle Hauptverhandlung eingeführt wurden. Sie sind nicht ohne weiteres als gerichtskundig anzusehen (BGH NStZ-RR 2007, 116, 117). Wissen, welches der Richter außerhalb der Hauptverhandlung erlangt hat, spielt zunächst keine Rolle. Keines Be-

weises bedürfen offenkundige Tatsachen, zu denen allgemeinkundige und gerichtskundige Tatsachen gehören. Ein Wissen, das der Richter in genügend sicherem Maße besitzt, weil er es mit der Allgemeinheit teilt oder weil er es auf Grund seiner bisherigen richterlichen Tätigkeit zuverlässig erworben hat, braucht ihm dann nicht mehr durch die Hauptverhandlung vermittelt zu werden (BGHSt 6, 292).

24 Allgemeinkundige Tatsachen sind solche, von denen verständige und erfahrene Menschen regelmäßig ohne weiteres Kenntnis haben oder von denen sie sich durch Benutzung allgemein zugänglicher Quellen unschwer überzeugen können (BGHSt 6, 292, 293; 26, 56, 59). Ob und inwieweit der Rahmen durch ubiquitäre Informationen aus dem Internet ausgedehnt wird, ist noch unklar.

25 Gerichtskundig ist, was der Richter im Zusammenhange mit seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat (BGHSt 6, 292, 293; 45, 354, 357, 358). Die Gerichtskundigkeit einer Tatsache bewirkt ebenfalls, dass über sie kein Beweis erhoben zu werden braucht. Die Erörterung gerichtskundiger Tatsachen in der Hauptverhandlung gehört nach der Rechtsprechung auch nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten, deren Beobachtung das Protokoll ersichtlich machen muss (BGHSt 36, 354, 357 ff). Jedoch muss eine solche Tatsache vor ihrer Verwertung durch das Gericht jedenfalls tatsächlich zum Gegenstand der Erörterungen in der Hauptverhandlung gemacht werden, weil auch insoweit das Mündlichkeitsprinzip gilt und die Verfahrensbeteiligten das rechtliche Gehör dazu erhalten sollen (BGH NStZ 1995, 246, 247; 1998, 98, 99). Zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung sind sie deshalb auf die Möglichkeit einer Verwertung bestimmter Tatsachen als gerichtskundig hinzuweisen (BGH NStZ 1998, 98, 99).

26 Durch die Annahme der Gerichtskundigkeit darf andererseits das Prozessrecht über das Strengbeweisverfahren nicht umgangen werden. Der Richter darf zB nicht einen mutmaßlichen Tatort außerhalb der Hauptverhandlung privat in Augenschein nehmen, um anschließend sein Wissen als gerichtskundig zu bezeichnen. Unmittelbar auf den Einzelfall bezogene Wahrnehmungen, die für die Überführung eines Angeklagten von wesentlicher Bedeutung sind, dürfen auch sonst nicht als gerichtskundig behandelt werden (BGHSt 45, 354, 359; 47, 270, 274). Das gilt insbesondere für Erkenntnisse aus parallel gelagerten Verfahren (BGH NStZ 1995, 246, 247). Ergebnisse früherer Beweiserhebungen in anderen Verfahren dürfen nicht einfach übernommen werden. Ein Antrag auf Vernehmung des Verteidigers eines ehemaligen Mitangeklagten zur Frage, ob eine das Verfahren beendende Absprache getroffen wurde, und ob das gegebenenfalls darauf beruhende drittbelastende Geständnis glaubhaft ist, darf auch wegen der Beweisbedeutung der Einzelheiten des behaupteten Geschehens nicht wegen Gerichtskundigkeit abgelehnt werden (BGH NStZ-RR 2007, 116 ff).

III. Unverwertbarkeit von Informationen

27 Nicht in die Gesamtwürdigung aller Beweisergebnisse einzubeziehen sind solche, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Dabei sind selbständige und unselbständige Beweisverwertungsverbote, also solche, die direkt aus Grundrechten herrühren, oder solche, die sich als Rechtsfolge von Verfahrensfehlern bei der Beweiserhebung ergeben, zu unterscheiden (Jahn, Gutachten C für den 67. DJT, 2008, C31 ff). Es gibt auch absolute Beweisverwertungsverbote, welche nicht erst aufgrund einer Interessenabwägung festzustellen sind, sondern sich bei Verletzung des absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung kategorisch aus Art 1 Abs 1 GG ergeben. Sonst sind Beweisverwertungsverbote nach der Rechtsprechung davon abhängig, dass der Rechtskreis des Angeklagten von einem Verfahrensfehler wesentlich berührt

ist (BGHSt 11, 213, 215; 38, 302, 304), ferner von einer Abwägung der widerstreitenden Interessen.

28 Absolut wirkende selbständige Beweisverwertungsverbote folgen im Einzelfall daraus, dass eine Information inhaltlich dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen ist. Selbst erhebliche Interessen der Allgemeinheit, wie das Interesse an der Aufklärung eines Mordes, können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich nicht rechtfertigen (BVerfGE 109, 279, 313, 314; BGHSt 50, 206, 210; 53, 294, 302, 303; 54, 69, 96 ff; 56, 127, 135; 57, 71, 74). Absolut wirkt im Übrigen § 136a Abs 3 StPO, der bisweilen entsprechend angewendet werden kann (BGHSt 44, 129, 134, 135).

29 Keine absolute Größe sind mögliche Verwertungsverbote, die sich aus der Verletzung von Beweiserhebungsvorschriften ergeben können. Die Entscheidung für oder gegen ein unselbständiges Verwertungsverbot ist, soweit jedenfalls keine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Grenzen der Informationsverwendung oder Beweisverwertung vorliegt, nach der Rechtsprechung aufgrund einer umfassenden Abwägung der betroffenen Interessen zu treffen (BGHSt 44, 243, 249; 51, 285, 290; 52, 48, 54; 53, 112, 116; 54, 69, 87; 56, 138, 145). Bei ihr fallen das Gewicht des Verfahrensfehlers sowie seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ebenso ins Gewicht wie die Erwägung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss. Andererseits ist nach der Rechtsprechung zu bedenken, dass Beweisverwertungsverbote die Möglichkeiten der Wahrheitserforschung beeinträchtigen und der Staat eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten hat. Je schwerer der Vorwurf desto erheblicher fällt das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit bei der Abwägung ins Gewicht und desto eher wird ein Verwertungsverbot als Rechtsfolge eines Verfahrensfehlers bei der Beweiserhebung verneint. Damit wird allerdings in Fällen von Schwerekriminalität die Bedeutung der schützenden Formen des Strafprozessrechts geringer gewichtet; das ist bedenklich (Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, 162; SSW/Eschelbach, StPO § 136 Rn 81 ff; Jahn, Gutachten C zum 67. DJT 2008, C61). Dient die Verfahrensvorschrift, die bei der Beweiserhebung im Vorverfahren verletzt worden war, nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, so liegt ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot fern. Demgegenüber liegt ein Verbot nahe, wenn die verletzte Norm dazu bestimmt ist, die Grundlagen der Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern (BGHSt 38, 214, 220, 221; 42, 15, 21; 52, 11, 23). Das kann nach der Rechtsprechung nur von Fall zu Fall beurteilt werden und ist bei den einzelnen Verfahrensnormen zu erläutern.

30 Aufgrund der Annahme einer Dispositionsmacht der Verteidigung über Informationen, die sich bei früheren Äußerungen des Angeklagten aus einem Informationsbeherrschungsrecht für Äußerungen aus seinem Munde ergibt, verlangt die Rechtsprechung weiterhin bei vielen unselbständigen Beweisverwertungsverböten, dass der verteidigte Angeklagte einer Verwertung der Aussage bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widerspricht. Erst der Widerspruch als Bewirkungshandlung löst danach überhaupt ein Verwertungsverbot aus, das folglich nur für die Urteilsberatung gilt und keine Vorwirkungen entfaltet (SSW-StPO/Eschelbach, StPO § 136 Rn 95 ff). Die Versäumung des Widerspruchs in dem vorgegebenen zeitlichen Rahmen führt nach Richterrecht zur Nichtentstehung eines Verwertungsverbots und zur Präklusion einer Verfahrensrüge im Revisionsrechtszug. Die Beweisergebnisse, deren Verwertung nicht oder nicht rechtzeitig widersprochen wurde, sind dann bei der Gesamtwürdigung aller Umstände verwertbar. Greift dagegen ein Beweisverwertungsverbot ein, dann ist immer noch zu erwägen, ob es sich dabei nur um ein Belastungsverbot handelt und der Beweisinhalt jedenfalls zugunsten des Angeklagten verwertet werden kann (Jahn, Gutachten C zum 67. DJT, 2008, C112 ff; Jäger GA

2008, 473, 498; Meixner, Das Widerspruchserfordernis des BGH bei Beweisverwertungsverböten, 2015, 219 ff; Roxin/Schäfer/Widmaier StV 2006, 655 ff; Roxin NStZ 2007, 616, 617).

IV. Notwendigkeit von tragfähigen objektiven Beweisgrundlagen

31 Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bindet die Verurteilung nach dem Wortlaut des Gesetzes nur an die persönliche Überzeugung des Tatrichters, wobei auf der subjektiven Ebene eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt wird (RGSt 66, 163, 164), was aber mit dem Einschluss von Wahrscheinlichkeit anstelle von Sicherheit eine gefährliche Begriffswahl enthält (Karl Peters, Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 364, 373). Dem entspricht jedenfalls eine bloß gedachte Annahme noch nicht (BGH NJW 1957, 1643). Freie Beweiswürdigung bedeutet nach überkommener Rechtsprechung, dass es allein darauf ankommt, ob der Tatrichter die subjektive Überzeugung von einem Sachverhalt erlangt hat oder nicht. Diese persönliche Gewissheit ist danach für die Verurteilung notwendig und ausreichend (BGHSt 10, 208, 209; BGH NStZ 1983, 277, 278; ebenso für den Zivilprozess BGHZ 53, 245, 255; aA Fezer StV 1995, 95, 99; Herdegen in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 30 ff). Schlussfolgerungen aus den feststehenden Indizien müssen nach der Rechtsprechung nur logisch möglich sein (BGHSt 36, 1, 14; BGH NStZ 1986, 373; NStZ-RR 2011, 51, 52). Sie brauchen nicht zwingend zu erscheinen; ja sie müssen nicht einmal eine überwiegende Wahrscheinlichkeit aufweisen. Selbst ein unwahrscheinliches Ergebnis ist danach rechtsfehlerfrei (Nack StV 2002, 510, 511). Das führt jedoch auch zu Entscheidungen, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit falsch sind, aber rechtskräftig werden, was im Rechtsstaat inakzeptabel sein sollte. Eine nach der Lebenserfahrung unwahrscheinliche Schlussfolgerung ist nicht mehr als eine Vermutung (Fezer StV 1995, 95, 100). Die Überbetonung der Freiheit der Beweiswürdigung ist eine gefährliche Fehlerursache. Sie führt auch dazu, dass bei objektiv gleicher Beweislage ohne Rechtsfehler das eine Gericht verurteilt und das andere freisprechen kann, ohne dass das Ergebnis von demselben Revisionsgericht zwingend beanstandet wird. Der Satz von einer ausreichenden subjektiven Überzeugung des Tatrichters wurde nie ausdrücklich aufgegeben, so dass er weiter hingenommen wird (Herdegen NJW 2003, 3513, 3515). Er ist mit dem in der zwischenzeitlichen Rechtsprechung aufgestellten Erfordernis, dass die Beweisgrundlagen einer Verurteilung eine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit der Schuld ergeben müssen, unvereinbar. Diese wird freilich ihrerseits nicht aufrechterhalten, weil die rechnerische Feststellung eines Wahrscheinlichkeitsgrades unmöglich ist. Immerhin können aber nach jenem Postulat der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit schon bestehende Zweifelsgründe ohne Rücksicht auf subjektive Überzeugungen zu einem Verurteilungshindernis werden (Theune in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 13, 15 f).

32 Ohne ausreichende objektive Befundgrundlagen kann eine willkürfreie Beweiswürdigung nicht gelingen, daher ist eine rationale Weise der Beweiswürdigung zu fordern (Karl Peters, Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 364, 370). Aus diesem Grund ist eine tragfähige objektive Beweisgrundlage zu fordern. So kann das Tatgericht, dem ein entlastendes Glaubhaftigkeitsgutachten vorliegt, nicht ohne Rechtsfehler schlicht behaupten, der persönliche Eindruck von der einzigen Belastungszeugin sei zwar nicht verbalisierbar, aber wichtiger als das Gutachten (OLG Nürnberg Beschl v 1.12.2010 – 1St OLG Ss 234/10) und führe zu einem anderen Resultat. Die Frage ist andererseits, welche objektiven Beweisgrundlagen vorausgesetzt werden und welcher Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht sein muss, ferner wie er festzustellen sein soll, damit der Richter seine subjektive Überzeugung darauf stützen darf, ohne dass eine Verdachtsverurteilung erfolgt, die mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar wäre (Albrecht NStZ 1983, 486, 488, 489). Nach der einschränkenden Lehre setzt die Verurteilung des Angeklagten

daher generell eine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit von Täterschaft und Schuld des Angeklagten voraus, die nicht durch die subjektive Überzeugung ersetzt werden kann (BGH NJW 1999, 1562, 1564 mAnm Salditt NStZ 1999, 420 ff; Schäfer StV 1995, 147, 149). Dazu müssen objektive Beweisgrundlagen von solcher Aussagekraft vorliegen, dass der hieraus gezogene Beweisschluss auf eine Tatsachenfeststellung nicht nur auf einer Spekulation oder Vermutung beruht. Der Tatrichter hat vor allem die Aufgabe, eine rational begründete Entscheidung zu treffen (Karl Peters, Gutachten für den 52. DJT, 1978, C44 ff). Der Angeklagte darf bei konkreten objektiven Glaubhaftigkeitsbedenken gegen die Aussage von Belastungszeugen nicht verurteilt werden, wenn Umstände vorliegen oder jedenfalls zu seinen Gunsten als nicht widerlegbar angenommen werden müssen, die den Schluss verbieten, dass die Übereinstimmung von belastender Zeugenaussage und tatsächlichem Geschehen in hohem Maße wahrscheinlich ist (BGH NStZ 1988, 236, 237; StV 1995, 453; Herdegen NStZ 1987, 193, 198). Objektive Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln an der Schuld Anlass geben, stehen einer Verurteilung entgegen. Damit wird ein Leerlaufenlassen des Zweifelsatzes durch verbale Überbetonung der sicheren Überzeugung kompensiert. Ein nur möglicher Beweisschluss reicht danach für eine Verurteilung eigentlich nicht aus.

33 Mit den Anforderungen an die objektiven Grundlagen einer Verurteilung wird auch nach Ansicht des BVerfG der Maßstab konkretisiert, der sich für das faire Verfahren ergibt (BVerfG NJW 2003, 2444, 2445 mAnm Böse JR 2004, 40, 41; BVerfG NJW 2008, 3346, 3347). Dies beruht allerdings auf falschen Vorstellungen von der tatsächlichen Einhaltung des Gebots, dass im Urteil alle wesentlichen für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu erörtern sind (Geipel ZAP 23/2011, 1213, 1214). Tatsächlich geschieht dies seit jeher nur in den seltensten Fällen (Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, 39). Inzwischen hat sich dieser Befund wegen einer Abwehrhaltung der Tatrichter gegenüber der „erweiterten Revision“ eher noch verschlechtert (Beispiele bei Bossi, Halbgötter in schwarz, 2005, 94 ff). Das wird von der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, die ein Mittel für eine Tatsachenkontrolle der Strafurteile sucht, dieses aber nach der Struktur des Revisionsrechts nicht endgültig zur Verfügung stellen kann, übergangen. Dies erfolgt zwangsläufig, weil eine Inhaltsdokumentation der Hauptverhandlung fehlt, die alleine eine relativ genaue Kontrolle ermöglichen könnte (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 140 ff; Schünemann, FS Geppert, 2011, 649, 663). Das aus wissenschaftlicher Sicht kaum noch nachvollziehbare Dokumentationsdefizit führt letztlich dazu, dass dem Tatgericht ein Geheimnis zugebilligt wird, um ihm im Verfahren seine Machtposition zu erhalten (Paeffgen/Wasserburg GA 2012, 535 ff) und nach der revisionsgerichtlichen Billigung der Urteile die Lebenslüge zu ermöglichen, es gebe kaum falsche Strafurteile.

33.1 Auf eine endgültig wirksame Beweisergebniskontrolle durch die Revisionsinstanz zu hoffen, ist derzeit eine Illusion. Tatrichter wollen ihr Urteil revisionssicher gestalten, ohne dass deren Begründung etwas über dessen sachliche Richtigkeit aussagen kann (Wilhelm ZStW 117 [2006], 142, 143). Selbst Urteile, die bei Kenntnis aller Umstände evident falsch sind, haben im Einzelfall Bestand (Beispiel bei Sabine Rückert, Unrecht im Namen des Volkes, 2007, S 156; Parallelfall bei Eschelbach HRRS 2008, 190 Fn 11; zum leichtfertigen Umgang der Tatrichter mit der Wahrheit Erb, FS Küper, 2007, 29, 35). Eine Darstellungslücke, die aus dem Urteilstext heraus nicht auffällt, kann bisher selbst dann nicht erfolgreich gerügt werden, wenn evident wichtige Entlastungsbeweise, die tatsächlich Gegenstand der Hauptverhandlung waren, verschwiegen werden (Schlothauer StV 1992, 134 ff). Die ubiquitäre anwaltliche Klage, das tatrichterliche Urteil stelle Aussagen anders dar, als sie aus den Akten oder in der Hauptverhandlung wahrzunehmen waren, hat selbst dann, wenn für neutrale Prozessbeobachter eindeutig eine „Wahrheitsverdrehung“ stattgefunden hat, keine Aussicht auf Erfolg. Dies gilt jedenfalls, solange für die Revisionsgerichte ein Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung angenommen wird (BGH NStZ 1997, 296; NStZ 2007, 115; Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, 321 ff; Nack, FS Rieß, 2002, S 361, 368; Schäfer, FS Rieß, 2002, S 477, 479; Wahl NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer 2002, 73, 74; aA

Norouzi in Strafverteidigervereinigungen, Wehe dem, der beschuldigt wird, Ergebnisse des 34. Strafverteidigertages 2011, 215, 219; Wilhelm ZStW 117 [2006], 142, 154 ff; zur Bedeutung als Beweisregel Bartel Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung 2014, 337 ff), das sich aus der Ordnung oder dem System des Revisionsverfahrens ergeben (BGHSt 31, 139, 140; 48, 268, 273; BGH NJW 1992, 2840, 2841) und den Grundsätzen des § 261 StPO zu entnehmen sein soll (BGHSt 43, 212, 214).

33.2 Der Bestand des angefochtenen Urteils hängt danach weniger von seiner sachlichen Richtigkeit, als vielmehr von der Art und Weise seiner Formulierung ab (Kühne, Strafprozessrecht, Rn 1076; Schünemann ZStW 114 [2002], 1, 55). Die Proteste von Verteidigern gegen Urteile, die ihnen den Eindruck vermitteln, sie hätten „den falschen Film“ gesehen, verhalten ungehört. Das beruht auf dem Anachronismus der fehlenden Dokumentation der Hauptverhandlung (zur Forderung nach einer Dokumentation Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 40 ff, 129 ff), der mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör unvereinbar ist (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 136 ff; Meyer-Mews NJW 2004, 716, 717).

33.3 Die erweiterte Revision bleibt daher als Rechtsschutzmittel aufs Ganze gesehen paartuell ineffektiv, weil sie dazu vom historischen Gesetzgeber nicht vorgesehen, im Gesetz unzureichend geblieben ist und durch das angebliche Rekonstruktionsverbot unnötig einschränkend gehandhabt wird. Durch verdeckte Darstellungslücken wird gerade die Revisionsicherheit herbeigeführt, die wegen der Urteilsängel nicht bestehen dürfte. Der Zufall der anerkannten Rekonstruierbarkeit eines Verfahrensfehlers bei der Entwicklung von Tatsachenfeststellungen mit Hilfe von Urkundenbelegen durch das Revisionsgericht und der Nichtrekonstruierbarkeit von Fehlern, die sich alleine aus der Kenntnis nicht urkundlich dokumentierter Aussagen von Auskunftspersonen ergäben, darf nach den Maßstäben, die aus Art 3 Abs 1, Art 19 Abs 4, Art 103 Abs 1 GG folgen, eigentlich nicht über Revisibilität oder Unanfechtbarkeit entscheiden, was aber bisher üblich ist. Der Revisionsführer wird immer noch nicht mit der Behauptung gehört, das Tatgericht habe sich mit einer bestimmten Aussage eines (Mit-) Angeklagten, Zeugen oder Sachverständigen nicht auseinandergesetzt oder diese falsch aufgefasst, sofern sich dies nicht aus dem Urteilstext selbst erkennen lässt (BGH NStZ-RR 2008, 148, 149). Widersprüche zwischen dem Inhalt des Urteils und den Akten gelten im Revisionsverfahren als unerheblich (BGH NJW 1992, 2840, 2841; NStZ 2007, 115). Keinen Erfolg kann auch die Rüge haben, ein Zeuge habe in der Hauptverhandlung anders ausgesagt oder die Aussage sei anders zu verstehen, als es das Urteil andeutet (BGHSt 29, 18, 21). Allem soll § 261 StPO entgegenstehen (BGHSt 15, 347, 349), wonach das Prozessergebnis nur aus dem Gesamtinhalt der Hauptverhandlung zu schöpfen ist, der vom Revisionsgericht jedenfalls nicht im Ganzen rekonstruiert werden kann.

33.4 Das derzeit einzige verfügbare Rechtsschutzmittel hiergegen ist nach diesen Prämissen rechtlich – wegen der Abwehrhaltung der Gerichte allerdings nicht praktisch – nicht die Revision, sondern ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 359 Nr 5 StPO, der von den wiederaufnahmefeindlichen Gerichten jedoch meist mit übertriebenen Anforderungen an die Zulässigkeit des Antrages nach § 359 Nr 5 und § 368 Abs 1 StPO abgeblockt wird. Insgesamt ist der praktische Befund heute mindestens ebenso Besorgnis erregend wie nach den Tübinger Untersuchungen von Karl Peters (Fehlerquellen im Strafprozess, 3 Bände, 1970 - 1974). Der rapide Qualitätsverlust der oftmals überforderten Richter vor dem Hintergrund einer orientierungslosen Praxis mit Urteilsabsprachen verschlimmert die Lage weiter.

V. Regeln für die Würdigung

34 Die Freiheit der Beweiswürdigung betrifft das Ergebnis der Würdigung und sie folgt aus dem Fehlen einer zwingenden Bindung des Gerichts an Regeln mit Ergebnisvorgaben. Das bedeutet nicht, dass Rechtsregeln für die Beweiswürdigung gar nicht bestünden, wengleich der Rückweg zur Verrechtlichung der Beweiswürdigung einerseits begonnen hat, andererseits mit der Folge einer oftmals doch ineffektiv bleibenden Revisionsmöglichkeit auf halbem Wege stehen geblieben ist. Eine Bindung des Tatrichters an die Logik und an die Erfahrung wurde schon bei Schaffung der RStPO vorausgesetzt (Fezer StV 1995, 95, 96). Die Gesetzesfassung ist nur unvollständig geblieben, weil sie anfangs gleichermaßen für Geschworenengerichte und Spruchkörper aus Berufsrichtern gelten sollte und nach der Abschaffung der echten Schwurgerichte durch die Emminger-Reform nicht novelliert wurde. Rechtsfehler der Beweiswürdigung sind nach der gebräuchlichen Formulierung anzunehmen, wenn die Beweiswürdigung in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, wenn sie gegen die Denkgesetze oder gesichertes Erfahrungswissen verstößt oder wenn sich die tatrichterlichen Schlussfolgerungen so sehr von

einer festen Tatsachengrundlage entfernt, dass diese nur noch einen Verdacht, nicht dagegen die für eine Verurteilung notwendige Überzeugung zu begründen vermögen. Die genannten Einzelkriterien sind allerdings jeweils vage und nicht scharf voneinander abzugrenzen.

1. Denkgesetze

35 Die Beweiswürdigung muss mit den „Gesetzen“ der Logik vereinbar sein (BGHSt 17, 382, 385; 19, 33, 34 f). Begriffsverwechslungen, Rechenfehler und Zirkelschlüsse führen danach zu Verstößen gegen „Denkgesetze“, die wie Rechtssätze im Sinne von § 337 StPO gehandhabt werden (OGHBrZ NJW 1949, 190; aA Rosenau, FS Widmaier, 2008, 521, 526). Gleiches gilt letztlich auch für Widersprüche in der Beweiswürdigung sowie für die fehlerhafte Annahme, ein Beweisschluss sei im Sinne eines Erfahrungssatzes zwingend, obwohl er dies im Einzelfall gerade nicht ist (Steinberg/Stam NStZ 2011, 177, 178). Ein Verstoß gegen die Denkgesetze ist insbesondere dann anzunehmen, wenn etwas vorausgesetzt wird, was es erst zu beweisen gilt (BGHSt 50, 80, 84; Niemöller StV 1984, 431, 436), etwa wenn aus einer Zeugenaussage selbst auf deren Glaubhaftigkeit geschlossen wird (BGHSt 44, 256, 257). Ein Zirkelschluss liegt dagegen dann nicht vor, wenn Teile einer Aussage, aus deren Wahrheit auf die Glaubhaftigkeit anderer Aussageteile geschlossen wird, eine außerhalb der Aussage liegende Bestätigung erfahren haben. Ein Kreisschluss ist auch dann nicht anzunehmen, wenn aus dem Ablauf der Vernehmung oder dem Verhalten der Beweisperson bei ihrer Befragung oder aus der inhaltlichen Struktur ihrer Aussage auf deren Glaubhaftigkeit geschlossen werden kann, oder wenn Umstände außerhalb der Aussage selbst, welche diese zu bestätigen geeignet sind, durch Vorhalte an den Zeugen in die Hauptverhandlung eingeführt wurden (BGH StV 2005, 487, 488).

2. Erfahrungssätze

36 Die Beweiswürdigung ist an gesicherte Erfahrungssätze gebunden. Das Gericht darf bestehende Erfahrungssätze nicht missachten und nicht bestehende Erfahrungssätze dem Urteil nicht zu Grunde legen (Albrecht NStZ 1983, 486, 489, 490). Nach der Rechtsprechung ist es allerdings nicht die Aufgabe des Tatrichters, neue naturwissenschaftliche Erfahrungssätze zu gewinnen oder bestehende zu widerlegen (BGHSt 41, 206, 214). Andererseits ist der Richter nicht gehindert, sich nach Anhörung von Sachverständigen auf eine Untersuchungsmethode zu stützen, die noch wenig erprobt oder aber Gegenstand eines wissenschaftlichen Meinungsstreites ist (BGH NStZ 1994, 250). Das erhöht nur die Erläuterungspflichten.

37 Erfahrungssätze sind zunächst die aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung oder wissenschaftlicher Erkenntnisse gewonnenen Regeln, welche keine Ausnahme zulassen und eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zum Inhalt haben. Diese Sätze müssen, wenn sie einschlägig sind, zwingend beachtet werden. Ihre Missachtung oder ihre Anwendung in einem Bereich, für den sie nicht passend sind, ist ein Rechtsfehler im Sinne von § 337 StPO. Allgemeingültige Erfahrungssätze gehen den Erfahrungen über Wahrscheinlichkeiten vor, sie sind davon aber abzugrenzen. Auch die DNA-Analyse liefert etwa ungeachtet ihrer markant wirkenden Wahrscheinlichkeitsaussage nach bisheriger Erkenntnis nur eine statistische Wahrscheinlichkeit (BGHSt 54, 15, 24) für die Übereinstimmung eines untersuchten genetischen Identifizierungsmuster mit einem Vergleichsstück (BGHSt 38, 320 ff). Sie besagt nichts über den Vorgang bei der Antragung des Spurenträgers an den Fundort.

38 Auch Erfahrungssätze mit bloßen Wahrscheinlichkeitsaussagen sind bei der Urteilsbildung zu berücksichtigen (Fezer StV 1995, 95, 97). Es gibt eine Vielzahl von Erfahrungsregeln, die

mehr oder weniger hohe Wahrscheinlichkeiten ausdrücken und dadurch zwar keine zwingenden Schlussfolgerungen erlauben, wohl aber die konkrete Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts unterstreichen. Diese Wahrscheinlichkeitsaussagen können auf wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen, aber auch aus anderen Berufs- und Lebensbereichen herrühren und kriminalistische oder forensische Erfahrungsregeln enthalten, wie etwa bei den Erkenntnissen über durchschnittlich anzutreffende Wirkstoffgehalte von Cannabis (Patzak/Goldhausen NStZ 2007, 195 ff), das Wissen um die Unzuverlässigkeit eines Zeugnisses vom Hörensagen oder des wiederholten Wiedererkennens einer Person durch einen Zeugen. Am Ende der Kette von Erfahrungsregeln steht die Lebenserfahrung (krit zur Lebenserfahrung der Richter Sommer, FS Rieß, 2002, 585 ff; Malek StV 2011, 559, 563). Soweit eine Beweiswürdigung revisionsrechtlich auch dann hinzunehmen sein soll, wenn sie zwar lebensfremd erscheint, aber nicht gegen Denkgesetze verstößt (OLG Hamm Beschl v 22.4.2008 – 5 Ss 127/08), so wirkt dies mit Blick auf den Beweismaßstab der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit zweifelhaft und diese Annahme verletzt streng genommen auch einen Erfahrungssatz.

3. Widerspruchsfreiheit

39 Die Beweiswürdigung muss in sich konsistent sein. Rechtsfehlerhaft ist eine widersprüchliche Argumentation im Rahmen der Beweiswürdigung, insbesondere eine solche, die ein und denselben Aspekt ungeachtet einer im Einzelfall gleich bleibenden Beweisbedeutung an verschiedenen Stellen einmal als belastend und ein anderes Mal als entlastend ansieht oder eine Tatsache negiert, sie an anderer Stelle wieder bejaht. Eine widersprüchliche Beweiswürdigung verstößt letztlich auch gegen die Denkgesetze und gehört daher in dieselbe Fehlerkategorie, obwohl sie üblicherweise gesondert bezeichnet wird.

4. Lückenlosigkeit

40 Die Beweiswürdigung muss den Inbegriff der Hauptverhandlung ausschöpfen. Setzt sich das Tatgericht mit einem wesentlichen, den Angeklagten belastenden oder entlastenden Indiz nur unzureichend auseinander, so kann darin im Einzelfall ein Rechtsfehler liegen (BGH NStZ-RR 2010, 152, 153). Das richterrechtliche Rekonstruktionsverbot (BGHSt 43, 212, 213, 214; BGH NStZ 1997, 296; 2007, 115) steht jedenfalls insoweit der Annahme eines Rechtsfehlers nicht entgegen. Es bildet aber ein oftmals kaum zu überwindendes Beweishindernis für dessen Feststellung. Schließlich können und müssen die Gründe des Urteils nicht jeden irgendwie beweiserheblichen Umstand ausdrücklich würdigen, sondern nur die wesentlichen Aspekte und was wesentlich ist, sagt allein der Tatrichter aus seiner Perspektive. Das Maß der gebotenen Darlegung im schriftlichen Urteil hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Diese Lage kann so sein, dass sich die Erörterung bestimmter Beweisumstände aufdrängt. Ob dies der Fall ist, prüfen die Revisionsgerichte aufgrund der Sachbeschwerde nur anhand der Begründung des Urteils nach, die in der Praxis aus der Sicht von Wiederaufnahmegerichtlern so gut wie nie derart vollständig und richtig ist, wie es fast allgemein vermutet wird. Ein Darstellungsmangel ist in der Revisionsinstanz bisheriger Prägung nur feststellbar, wenn der Urteilstext selbst erkennen lässt, dass ein wesentlicher Punkt nicht erörtert wurde. Dieser Fehler unterläuft fast nur noch unerfahrenen Urteilsverfassern. Eine Lücke in der Beweiswürdigung und damit ein Rechtsfehler wird immerhin angenommen, wenn ein abweichender Geschehensablauf nach den Umständen nahe liegt und das Tatgericht sich damit nicht befasst, obwohl sich die Alternative nach dem Beweisergebnis aufdrängt (BGH NStZ 2010, 183, 184). Allerdings ergibt sich im Bereich der Rüge einer Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung ein erheblicher Deutungsspielraum, der das Ergebnis der revisionsgerichtlichen Überprüfung unwägbar erscheinen lässt. Beratungen

der Revisionsgerichte umfassen zu einem nicht unerheblichen Teil die Diskussion darüber, ob Urteilsgründe eine Lücke aufweisen oder ob dem Text an einer bestimmten Stelle oder in der Gesamtschau der Urteilsgründe zu entnehmen ist, dass vom Tatgericht alles Wesentliche beachtet worden war. Eine gewisse Standardisierung der Bewertung von Indizien, etwa zum Vorliegen eines Tötungsvorsatzes in Abgrenzung zu bewusster Fahrlässigkeit (Steinberg/Stam NStZ 2011, 177, 178 ff), könnte einerseits ein Mehr an Rechtssicherheit gewährleisten, würde andererseits der Vielfalt der individuellen Faktoren nicht mehr bis ins Detail gerecht.

E. Richterliche Überzeugung

41 Der Tatrichter entscheidet nach seiner freien Überzeugung (zur historischen Problematik Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 118 ff; zur subjektiven Wahrheit RGSt 66, 163, 164; BGHSt 10, 208, 209; zur Kritik Herdegen StV 1992, 528, 529). In diesem Bereich subjektiver Überzeugungsbildung besteht für sich genommen, ohne Rücksicht auf den objektiv-rationalen Unterbau (Fezer StV 1995, 95, 99), keine Bindung an Rechtsregeln außer der Entscheidungsregel in dubio pro reo. Das Urteil beruht insoweit nicht alleine auf den Ausführungen in den schriftlichen Urteilsgründen. Es gibt im Strafprozess keinen Beweis des ersten Anscheins, der nicht auf der Gewissheit des Richters, sondern auf der Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs beruhen würde (BGH NStZ-RR 2007, 86, 87).

I. Sichere subjektive Überzeugung von dem objektiv tragfähig begründeten Befund

42 Das Gesetz verlangt die subjektive Überzeugung des jeweiligen Richters im Entscheidungsquorum von der Begehung einer rechtswidrigen Tat und der Täterschaft sowie der Schuld des Angeklagten als Voraussetzung für eine Verurteilung (BGH NStZ 1983, 277, 278). Eine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich (BGH NJW 1951, 83). Vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht mehr zulässt (BGH NJW 1951, 122; OLG Celle NJW 1976, 2030, 2031; aA Herdegen NJW 2003, 3513, 3515). Dabei haben solche Zweifel außer Betracht zu bleiben, für die keine konkreten Anknüpfungspunkte bestehen und die sich nur auf die Annahme einer abstrakt-theoretischen Möglichkeit beschränken. Stützt der Tatrichter einen Freispruch auf theoretische Zweifel oder stellt er sonst überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Überzeugung, dann ist dies revisibel (RGSt 75, 324, 327; BGH NJW 1951, 83; 1951, 122; Nack StV 2002, 510, 512; krit Hamm in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 20, 24). Absolute Sicherheit gibt es nicht, weshalb eine mit realisierbaren Mitteln erzielbare hohe Wahrscheinlichkeit als forensische Wahrheit gilt (RGSt 61, 202, 206; aA Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 80 ff). Hat der Tatrichter beim Freispruch vernünftige Zweifel, dann muss dies vom Revisionsgericht bei gehöriger Erörterung der Umstände im Urteil hingenommen werden (BGH Urt v 28.10.2010 – 4 StR 285/10), auch wenn die Revisionsrichter eine andere subjektive Überzeugung haben. Das Revisionsgericht kann nicht feststellen, dass der Tatrichter von der Schuld des Angeklagten hätte überzeugt sein müssen. Im Verurteilungsfall spielt dagegen die subjektive Überzeugung des Tatrichters, wenn sie nach den Urteilsgründen bei der erforderlichen Mehrheit der stimmberechtigten Richter vorhanden war und ihre Existenz im Urteil behauptet wird, für die Rechtskontrollinstanz praktisch keine weitere Rolle. Die tatrichterliche Überzeugung ist wegen des Beratungsgeheimnisses und der Totalabstimmung nach § 263 StPO nicht verifizierbar; sie wird im Text des schriftlichen Urteils formelhaft behauptet und umso mehr betont, je zweifelhafter

der objektive Befund erscheinen könnte. Die Revisionskontrolle setzt deshalb nur an den objektiven Beweisgrundlagen des Urteilstextes und der Nachvollziehbarkeit der dargelegten Würdigung an.

43 Die tatrichterliche Überzeugung wird auf der Ebene des Schuldspruchs für alle Tatsachen gefordert, die den Schuldspruch tragen, bei Serientaten auch für die Zahl der Einzelfälle, die nicht lediglich geschätzt werden dürfen, sondern unter Beachtung des Zweifelssatzes im Sinne von Mindestfeststellungen darf, sondern zur subjektiv sicheren Überzeugung des Richters festgelegt werden muss (BGHSt 42, 107, 108 ff). Anders handhabt die Rechtsprechung den Bereich des Schuldumfangs, der für Strafzumessungszwecke bestimmt werden muss, bei dem aber Schätzungen zugelassen werden, soweit exaktere Feststellungen nicht möglich sind (BGHSt 40, 374, 376 ff).

43.1 Das gilt etwa für die Festlegung des Schadensumfangs aufgrund einer Steuerhinterziehung oder eines Vermögensdelikts (BGHSt 36, 320, 325 ff) oder bei Wirkstoffmengen, auf die sich ein Betäubungsmitteldelikt bezieht, und zwar selbst dann, wenn eine Sicherstellung des Betäubungsmittels nicht erfolgt ist (BGH StV 2008, 9). Im Strafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen nach der Rechtsprechung zulässig, wenn zwar feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, das Ausmaß der verwirklichten Besteuerungsgrundlagen aber ungewiss ist.

43.2 Die Schätzung obliegt auch hier dem Tatrichter (BGHSt 3, 377, 383; 34, 166 ff). Er darf Schätzungen der Steuerbehörden nur übernehmen, wenn er von ihrer Richtigkeit überzeugt ist (BGH NSTZ 2007, 589, 590).

43.3 Im Bereich des § 73b StGB ist die Schätzung sogar gesetzlich zugelassen (BGHSt 50, 299, 311). Offen bleibt in der sonstigen Rechtsprechung freilich, warum sich auch daraus nicht eher ein Umkehrschluss darauf ergeben soll, dass sonst Schätzungen des Schuldumfangs mangels einer gesetzlichen Regelung, wie sie etwa für den Zivilprozess mit § 287 ZPO existiert, nicht zugelassen sind.

II. Zweifelsfälle

1. Entscheidung in dubio pro reo

44 Der gewohnheitsrechtliche Satz, dass bei nicht behebbaren tatsächlichen Zweifeln in dubio pro reo zu entscheiden sei, gilt als rechtsstaatlicher Fundamentalsatz. Ob er dem materiellen Recht oder dem Verfahrensrecht zugerechnet werden soll, ist umstritten (Kotsoglu ZIS 2014, 31, 35). Inhaltlich ist danach für jede Tatsachenfeststellung, aus der sich im jeweils maßgeblichen Beweisabschnitt eine Tatbestandsvoraussetzung, ein Unrechtsmerkmal oder ein Schuldkriterium ergibt, die zweifelsfreie tatrichterliche Überzeugung erforderlich und im Zweifel zugunsten des Angeklagten zu entscheiden (SK-StPO/Velten StPO § 261 Rn 91). Soweit Alternativen verbleiben, ist die wenige belastende zu wählen (in dubio mitius). Dieser Zweifelssatz hat aber kaum praktische Bedeutung; denn er gilt nur dann als verletzt, wenn eine für die Nichtverurteilung maßgebliche Zahl der Richter im Quorum des Tatgerichts tatsächlich subjektive Zweifel an der Begehung einer rechtswidrigen Tat durch den Angeklagten oder seiner Schuld hatte, aber gleichwohl verurteilt hat (BVerfG NJW 1988, 477; BGH NJW 1951, 325). Ein Hinweis darauf, dass der Tatrichter trotz vorhandener subjektiver Zweifel verurteilt hat, kommt aber in den schriftlichen Urteilsgründen kaum jemals vor (Karl Peters, Strafrechtspflege und Menschlichkeit 1988, 364, 374). Infolge von Perseveranz-, Inertia- und Schulterchlussseffekten, aufgrund einer pseudo-rationalen Plausibilitätsprüfung in Unkenntnis von Tatsachenalternativen, die in polizeilichen Spurenakten außerhalb des Gehalts der Gerichtsakten verborgen bleiben, oder infolge des Phänomens der kognitiven Dissonanz und einer Ankerheuristik geht der Zweifelssatz in der Praxis unter, weil objektiv zweifelhafte Beweislagen durch subjektive Überzeugungssicherheit überwunden zu werden pflegen (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 33 ff). Dem wirkt tendenziell im Rahmen der erweiterten

Revision das Postulat entgegen, sich für einen dritten Beurteiler, insbesondere den Revisionsrichter, aufdrängende Zweifelsgründe im Urteil zu erörtern. Die Beanstandung von Erörterungsmängeln soll funktional das Defizit bei der Prüfbarkeit eines Verstoßes gegen den Zweifelssatz kompensieren.

44.1 Revisible Verletzungen des Zweifelssatzes werden von erfahrenen Urteilsverfassern vermieden. Diese lassen oft zur Herstellung von Revisionsicherheit ihres Urteils objektive Zweifelsgründe im Urteilstext nicht einmal durch Andeutungen erkennen. Erst recht lassen sie im Urteilstext keinen subjektiven Zweifel aufscheinen, sondern betonen die sichere eigene Überzeugung, wobei das Kollegium („Gericht“, „Strafkammer“), hinter dem sich Einzelpersonen mit Hinweis auf ein Beratungsgeheimnis verstecken können, nicht selten überbetont wird. Dabei stellt sich die Frage des subjektiven Zweifels bei jedem einzelnen Richter gesondert und sie kann im Rahmen der Totalabstimmung verschieden beantwortet werden. Das spiegelt sich nur in den Urteilsgründen, die aus der Sicht eines scheinbar homogenen Spruchkörpers im Einklang mit der tragenden Mehrheitsmeinung formuliert werden, nicht wieder. Eine abweichende Meinung darf bisher nicht beigelegt werden.

44.2 Die hieraus folgende praktische Bedeutungslosigkeit des Satzes in dubio pro reo in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung (Kotsoglou ZIS 2014, 31 ff) im Gefolge der Beschränkung seiner Rechtskontrolle auf den Text des schriftlichen Urteils, das entgegen verbreiteter Ansicht weder von Rechts wegen noch tatsächlich in allen Einzelheiten den Inhalt der Beratungen noch erst recht die individuellen Meinungsunterschiede bei der Totalabstimmung wiedergibt (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 128 ff), ist der Grund dafür, dass die Urteilsüberprüfung aufgrund der „erweiterten Revision“ heute mehr Gewicht auf die Nachvollziehbarkeit der Beweiswürdigung anhand der objektiven Beweisgrundlagen legt. Damit wird aber wegen der Beschränkung der Revisionskontrolle auf den Urteilstext und wegen des unablässigen Hinweises die Unmöglichkeit der Rekonstruktion der Hauptverhandlung nur eine Simulation von effektiver Kontrolle erreicht, die besser ist als keine Kontrolle, aber schlechter als eine zweitinstanzliche Kontrolle etwa nach dem Maßstab von § 529 Abs 1 Nr 1 ZPO, nach dem Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen der Vorinstanz auch unter Berücksichtigung des Akteninhalts und der Rechtsmittelbegründung geprüft werden.

44.3 Richtigerweise müsste auch dann, wenn das Tatgericht objektiv vorhandene Zweifelsgründe übergeht, die sich geradezu aufdrängen, eine Verletzung des Zweifelssatzes angenommen werden (Karl Peters in Wasserburg [Hrsg]m Strafrechtspflege und Menschlichkeitm 1988, 309). Die Revisionsrechtsprechung sieht darin von Fall zu Fall Erörterungsmängel und gelangt damit bisweilen, aber längst nicht immer, zu demselben Resultat. Rechtsklarheit und Rechtseinheit bestehen freilich nicht. Auch die These vom Erfordernis einer hohen objektiven Wahrscheinlichkeit der Schuld als Verurteilungsvoraussetzung gebietet es, dass vernünftige objektive Zweifel ein Hindernis für eine rechtsfehlerfreie Verurteilung bilden (Theune in DAVm Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeitm 1992, 13, 15 f).

45 Der Zweifelssatz ist nach der Rechtsprechung keine Beweisregel, sondern eine Entscheidungsregel, die der Tatrichter erst zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweisergebnisse nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag (BGHSt 49, 112, 122; BGH NSTZ 1999, 205, 206; 2001, 609, 610; StV 2005, 421; NSTZ-RR 2012, 18, 19). Es ist nach diesem Ansatz sogar rechtsfehlerhaft, wenn der Zweifelssatz isoliert auf einzelne Indizien angewendet wird, statt das weitere Ergebnis der Beweisaufnahme zu dem entscheidungserheblichen Punkt vorgreiflich in einer Gesamtwürdigung des Beweisstoffs mit zu berücksichtigen (BGHSt 49, 112, 122, 123; BGH NSTZ-RR 2009, 90, 91). Kommt das Gericht aber zurückblickend auf dem Boden der Gesamtwürdigung bezüglich einer entlastenden Indiztatsache zu einem non liquet, dann hat auch dies nicht zur Folge, dass diese Tatsache für sich genommen zugunsten des Angeklagten als bewiesen anzusehen wäre. Vielmehr ist sie mit der ihr zukommenden Ungewissheit in die Gesamtwürdigung der Beweisergebnisse einzustellen (BGH NJW 1983, 1865; NSTZ 2001, 609, 610; missverständlich BGHSt 25, 285, 286 mAnm Foth NJW 1974, 1572). Inwieweit das mit dem Gebot der Beachtung von Nullhypothesen vereinbar ist, bleibt bisher unklar.

45.1 Praktisch ist auch diese Frage obsolet, weil die Beweislast (Walter JZ 2006, 340 ff) aufgrund der massiven Einflüsse der Verdachtshypothese in Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss zunehmend praktisch umgekehrt erscheint, oft alleine ein konfirmatorisches Hypothesentesten stattfindet, und der Erwartungshorizont aufgrund des aus den Akten entnommenen Verdachts den Maßstab für die Vorgewichtung aller Einzelindizien bildet (Bandilla/Hassemer StV 1989, 551, 552 f; Meyer-Mews NJW 2000, 916 ff). Lebt die gesamte Absprachepraxis von diesem Maßstab, dann bleibt bei abstrakt-genereller Betrachtung der rechtsstaatliche Zweifelssatz verletzt, sofern nicht von Verfassungs wegen ein Anspruch auf eine Verhandlung vor einem nicht durch Aktenkenntnis, Eröffnungsbeschluss und Vorgespräche über eine Verständigung beeinflussten Gericht besteht. Das ist der Hintergrund des Verfassungsanspruchs auf ein jury-trial im US-Recht, der im deutschen Strafprozess unerfüllt bleibt und mit dazu beiträgt, dass die Freispruchsquote in Jury-Verfahren in den USA ein Drittel beträgt, in Deutschland aber weniger als drei Prozent. Das beweist angesichts einer auch von deutschen Gerichten meist intuitiv vorgenommenen Beweiswürdigung nicht etwa die Überlegenheit der Sachaufklärung durch deutsche Gerichte mit ihren Berufsrichtern, sondern die Wirksamkeit der fehlerträchtigen Einflüsse durch Aktenkenntnis (Bandilla/Hassemer StV 1989, 551, 552 f; Schünemann StV 2000, 159 ff).

46 Nach dem derzeit geltenden deutschen Strafprozessrecht ist der Zweifelssatz in der Praxis nur eine Kontrollmaxime für die Lektüre des schriftlichen Urteils. Er wirkt sich in der Revisionskontrolle nur bei freisprechenden Urteilen aus, die im Fall der Urteilsanfechtung in einer höheren Quote der Aufhebung unterliegen. Kann der Tatrichter nicht die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gewinnen und zieht er hieraus die gebotene Konsequenz des Freispruchs, so hat das Revisionsgericht dies auch auf das zuungunsten des Angeklagten eingelegte staatsanwaltschaftliche Rechtsmittel zwar regelmäßig hinzunehmen (BGH NStZ-RR 2003, 371). Demgegenüber gilt eine Beweiswürdigung aber als rechtsfehlerhaft, wenn sie von einem unzutreffenden Ansatz ausgeht, etwa hinsichtlich der Bedeutung des Zweifelssatzes. Rechtlich beanstandet werden Beweiserwägungen im freisprechenden Urteil dann, wenn sie erkennen lassen, dass das Gericht überspannte Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung gestellt hat. Dies ist auch der Fall, wenn zu besorgen ist, dass die Zweifel des Gerichts ohne konkrete Anhaltspunkte hierfür auf bloß theoretische Möglichkeiten gestützt sind. Eine von niemandem anzweifelbare Gewissheit ist für eine Verurteilung nicht erforderlich. Es ist insbesondere nicht geboten, zu Gunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind (BGH NStZ 2007, 115, 116). Dies führt auch hinsichtlich des schweigenden Angeklagten nach Ansicht der Rechtsprechung nicht zu einer mit dem Schuldprinzip kollidierenden Beweislastumkehr (BGH NJW 2007, 2274).

2. Postpendenz- oder Wahlfeststellungen und Entscheidung in dubio mitius

47a Bleiben nach Überzeugung des Tatrichters in exklusiver Alternativität verschiedene strafrechtlich relevante Sachverhalte möglich, so hat der Richter die für den Angeklagten günstigste Möglichkeit heranzuziehen (in dubio mitius). Bleibt die Beteiligung an einer Vortat unklar, steht aber eine Nachtat fest, so kann im Wege der Postpendenzfeststellung die Nachtat abgeurteilt werden. So kann derjenige, der eine gestohlene Sache als Hehler erworben hat, nur wegen Hehlerei verurteilt werden, auch wenn eine Teilnahme am vorherigen Diebstahl weder festgestellt noch ausgeschlossen ist. Dagegen kann eine eindeutige Verurteilung wegen Hehlerei durch Postpendenzfeststellung nicht erfolgen, wenn (Allein- oder Mit-) Täterschaft beim Diebstahl möglich ist, weil der Dieb strafrechtlich nicht auch Hehler wegen genommenen Sache sein kann (BGH Beschl v 27.11.2012 –5 StR 377/12). Entsprechendes gilt für Konstellationen, die bei sicherer Vortat und unsicherer Nachtat eine Präpendenzfeststellung gestatten. Nach Richterrecht (RGSt 68, 257, 259 ff), das eine zunächst auf die Alternativen von Diebstahl oder Hehlerei begrenzte, nachträglich auf andere Konstellationen alternativer Tatbestände, wenn und soweit sie angeblich rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind, ausgedehnte (BGHSt 4,

340, 342; 9, 390, 392 ff; 20, 100, 101, 102; 21, 152, 153, 154 mAnm Deubner NJW 1967, 738, 739; 25, 182, 183, 184) Ausnahme vom Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* postuliert, der vorher noch generell beachtet worden war (RGSt 22, 213, 216; Lobe GS 104 [1934], 102 ff), kann eine gesetzesalternative Wahlfeststellung getroffen werden. Sie kann etwa dahin lauten, dass der Angeklagte „wegen Diebstahls oder Hehlerei“ verurteilt wird (BGH Beschl v 24.06.2014 – 1 ARs 14/14; Beschl v 28.01.2014 – 3 ARs 13/14; Beschl v 11.09.2014 – 4 ARs 12/14; Beschl v 16.07.2014 – 5 ARs 39/14 gegen den Anfragebeschl des 2. Strafsenats NStZ 2014, 392 ff; insistierend aber Vorlagebeschl v 11.3.2015 – 2 StR 495/12). Dabei verdeckt jedoch die Frage, welche Alternative eingreift, nur die andere Frage, ob der Angeklagte die Tatbestandsmerkmale eines der Delikte überhaupt rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat (Kotsoglu ZIS 2014, 31, 33). Die Frage, ob an der Figur der gesetzesalternativen Wahlfeststellung festzuhalten ist, wurde noch nicht abschließend entschieden. Wäre sie zu verneinen, so wäre verstärkt nach Auffangtatbeständen zu urteilen, die der Gesetzgeber zunehmend eingeführt hat, um Strafbarkeitslücken zu schließen. Aus dieser gesetzgeberischen Tätigkeit könnte möglicherweise auch entnommen werden, dass er inzwischen gesetzesalternative Wahlfeststellungen durch eindeutig feststellbare Auffangtatbestände ersetzt hat, so dass es der richterrechtlichen Lösung auch nach dem Prinzip vom Vorrang des Gesetzes nicht mehr bedarf.

47a.1 Die echte Wahlfeststellung verstößt nach einer Ansicht gegen Art 103 Abs 2 GG, der keine Ausnahme vom Gesetzesvorbehalt für das Strafrecht zulässt (BGH Anfragebeschl NStZ 2014, 392 ff mAnm Frister StV 2014, 584 ff; Schuhr NStZ 2014, 437 ff; Stuckenberg ZIS 2014 461 ff; Wagner ZJS 2014, 436 ff; Vorlagebeschl v 11.3.2015 – 2 StR 495/12). Der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* ist danach dahin zu ergänzen, dass keine Tat vorliegt und keine Strafe verhängt werden darf, ohne vollen Tat- und Schuldnachweis (Kotsoglu ZIS 2014, 31, 41). Die Gegenansicht meint, der Gesetzesvorbehalt gem Art 103 Abs 2 GG sei schon dadurch erfüllt, dass der Gesetzgeber für die Sachverhaltsalternativen jeweils einen Straftatbestand zur Verfügung stelle (BGH Beschl v 24.06.2014 – 1 ARs 14/14; Beschl v 28.01.2014 – 3 ARs 13/14; Beschl v 11.09.2014 – 4 ARs 12/14; Beschl v 16.07.2014 – 5 ARs 39/14). Das von der Rechtsprechung entwickelte Gebot der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der alternativ in Betracht kommenden Tatbestände dient nach letzterer Auffassung nur zur Beachtung des Übermaßverbots. Dagegen müssen aber jedenfalls in Bezug auf die Fortentwicklung des Instituts dahin, dass überschießende Strafschärfungsgründe bei einer der Sachverhaltsalternativen hinweggedacht werden können, wenn sie keine Entsprechung auf der anderen Seite finden, Bedenken angemeldet werden. So wird bei den Sachverhaltsalternativen des Raubs oder der Hehlerei auf Diebstahl oder Hehlerei erkannt, weil nur insoweit die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit bestehen soll. Damit wird aber der für sich genommen zur sicheren Überzeugung der Tatrichter feststellbare Raubsachverhalt, bei dem nur die Beteiligung des Angeklagten fraglich erscheint, der alternativ jedenfalls Hehler der Raubbeute gewesen ist, entgegen der Überzeugung der Tatrichter von dem Raubsachverhalt zu einem gewaltlosen Wegnahmedelikt als Vortat der alternativ möglichen Hehlerei verändert. Dabei wird auch der auf Tatsachen zu beziehende Zweifelssatz fehlerhaft angewendet, denn an dem Raubsachverhalt als solchem bestehen keine Zweifel, nur an der Beteiligung des Angeklagten hieran. Fragwürdig wird ferner die Strafbemessung, weil an sich für den Raubsachverhalt und den Hehlereisachverhalt jeweils eine hypothetische Strafe gebildet und danach in *dubio pro reo* nur die geringste der beiden verhängt werden müsste (vgl § 2b RStGB und § 267b RStPO, welche durch Kontrollratsgesetz Nr 11 aufgehoben wurden). Eine Veränderung des Raubsachverhalts zu einem fiktiven Diebstahlsachverhalt, von dem die Tatrichter so gar nicht überzeugt sind, wäre entbehrlich. Tatsächlich bewertet die heutige Praxis einen teils fiktiven, teils kombinierten Diebstahls- oder Hehlereisachverhalt nach Wegstreichung überschießender Erschwerungsgründe auf einer Seite, wie ein einheitliches Geschehen. Das birgt die Gefahr der unterschwelligen Mitbewertung des an sich hinweggedachten, aber doch an sich feststehenden Sachverhaltsteils mit überschießendem Erschwerungsgehalt. Der Vorwurf einer unehrlichen Strafbemessung ist dann aber nicht ganz von der Hand zu weisen.

47a.2 Die Rechtsprechung hat mit dem Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit ein unklares Merkmal eingeführt, das im Ergebnis alleine aus materiell-rechtlichen Gründen besteht. Verfahrensrechtlich wäre es nicht erforderlich, wenn es dabei nur um eine prozessuale Regel für die Entscheidung über zwei Sachverhalte ginge, die in exklusiver Alternativität in Frage kommen. Würden diese Alternativsachverhalten jeweils für sich genommen unter die dafür maßgeblichen Strafnormen subsumiert und würde dafür jeweils eine hypothetische Strafe gebildet, um im Ergebnis „in *dubio pro reo*“ die geringere der beiden hypothetischen richtigen

Strafen zu verhängen, so wäre dem Übermaßverbot Genüge getan. Auf eine Beschränkung der Alternativen-Behandlung auf die Fälle der angeblichen rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit käme es daher allein aus prozessualen Gründen nicht an. Tatsächlich handelt es sich aber um ein materiell-rechtliches Beschränkungskriterium, das wiederum den materiell-rechtlichen Charakter der gesetzalternativen Verurteilung verdeutlicht, für die folglich auch Art 103 Abs 2 GG gilt. Hätte der Gesetzgeber seine Aufgabe im Sinne des Art 103 Abs 2 GG erfüllt, würde die Rechtsprechung immer noch ein „Präziserungsgebot“ treffen, dem sie bisher im Bereich der gesetzalternativen Wahlfeststellung nicht Genüge getan hat. Das zeigen unterschiedliche Akzente in den Antworten auf den Anfragebeschluss des 2. Strafsenats auf. Die Rechtsprechung ist jahrzehntelang auch nur stillschweigend davon ausgegangen, es handele sich um eine rein prozessuale Fragestellung. Die spätere Formulierung des Prüfungsmaßstabs gem Art 103 Abs 2 GG durch das BVerfG, nach der eine Entgrenzung und Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen der anwendbaren Strafnormen unzulässig ist (BVerfGE 127, 170, 198), verdeutlicht weiterhin die Kollision der echten Wahlfeststellung mit dieser Verfassungsnorm. Selbst bei der Alternative zwischen Diebstahl und Hehlerei, die in der Praxis oft in Betracht kommt, wenn Beutegut beim Angeklagten gefunden wurde, das er nach richterlicher Überzeugung nur entweder gestohlen oder aber als Hehler an sich gebracht haben kann, ist keiner der Straftatbestände sicher festgestellt, so dass letztlich ein unbenannter dritter Tatbestand aus dem gemeinsamen Unrechtskern zur Aburteilung kommt. Das ist mit Art 103 Abs 2 GG unvereinbar (Freund FS Wolter 2013, 35, 48 ff).

47a.3 Aber auch bei prozessualer Betrachtung des ambivalenten Instituts ergibt sich eine Ungenauigkeit der Rechtsanwendung. Der Zweifelssatz ist eine Entscheidungsregel für das individuelle Votum jedes einzelnen Richters im Kollegialgericht, das in eine Totalabstimmung einfließt. Die alternative Fragestellung verträgt sich dann nicht mit dem Recht der Abstimmung über das Urteil, das ein eindeutiges Resultat verlangt. Das war neben dem nulla-poena-Satz der ursprüngliche Grund dafür, warum unter der Geltung der Schwurgerichtsverfassung zuerst vom Preußischen Obertribunal und später auch von der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts schon eine alternative Fragestellung an die Geschworenen bei der Beratung und Abstimmung über das Urteil als unzulässig bezeichnet wurde. Die moderne Rechtsprechung betrachtet in Schöffengerichts- und Strafkammersachen den Spruchkörper als Einheit und kann nur deshalb die angebliche Anwendung des Zweifelssatzes auf die Konstellation der Sachverhaltsalternativen mit gesetzalternativer Strafbarkeit postulieren. Tatsächlich entspricht das nicht dem nach Wegfall der Schwurgerichtsverfassung bisher unverändert fortgeltenden System der Beratung und Abstimmung.

F. Vorsichtsregeln für die Würdigung besonderer Beweislagen

47 In bestimmten Konstellationen verlangt die Rechtsprechung eine „besonders vorsichtige Beweiswürdigung“ (krit Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1169) und bisweilen ein Mehr an objektiven Befunden. Das betrifft Fallgruppen, bei denen entweder aufgrund allgemeiner Erfahrung generelle Zweifel an der Glaubhaftigkeit einer Aussage anzumelden sind, weil die Beweislage kritisch erscheint und ein Beweismittel notorisch unzuverlässig ist, oder aber Verfahrensdefizite kompensiert werden sollen, die eine potenzielle Fehlerursache eröffnen. Dann ist zwar ein einzelnes Indiz nicht unverwertbar, aber doch beweisrechtlich besonders sorgsam unter Beachtung der konkreten Glaubhaftigkeitsbedenken zu würdigen. Es handelt sich um Vorsichtsregeln, die an die Beweisregeln des Inquisitionsprozesses erinnern und tendenziell eine Abkehr von der absoluten Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung bedeuten, also mit dem Buchstaben des Gesetzes in der vorliegenden Vorschrift nicht vereinbar scheinen. In der Sache selbst sind sie meist angemessen. Die Begriffswahl ist missverständlich, da es eine Steigerung der ohnehin allgemein zu fordernden besonderen Sorgfalt des Strafrichters bei der Beweiswürdigung im Hinblick auf einen Schuld- und Straf- oder Maßregelausspruch begrifflich kaum geben kann. Tatsächlich sind hier Vorsichtsregeln zu beachten, die Erfahrungssätzen ähneln, im Revisionsverfahren rechtssatzähnlich gehandhabt werden und als Rechtsfolge die Befolgung von Methodenvorgaben erzwingen, nämlich der Absicherung eines strukturell defizitären Beweisbildes durch Zusatzindizien außerhalb des Aussagebereichs eines notorisch unzuverlässigen Beweises.

I. Wiedererkennen einer Person durch Zeugen

48 Das optische Wiedererkennen einer Person als mutmaßlicher Täter durch einen Zeugen unterliegt aus gedächtnispsychologischer Sicht einer Vielzahl von Fehlerquellen (Nöldeke NSTZ 1982, 193 ff; Odenthal NSTZ 1985, 433 ff) und ist generell ein unsicherer Beweis. Falsches Wiedererkennen ist ein häufiger Grund für objektiv falsche Aussagen und demgemäß für falsche Urteile (Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 36 ff). Entsprechendes gilt für die Stimmenidentifizierung (BGHSt 40, 66 ff mAnm Eisenberg NSTZ 1994, 598, 599; Odenthal NSTZ 1995, 579, 580; OLG Köln StV 1998, 178 mAnm Meurer). Das Wiedererkennen kann von einer Wahrnehmungs- oder Erinnerungstrübung infolge einer bedrohlichen Tatsituation beeinflusst sein (BGH NSTZ-RR 2008, 148, 149, 150), später von suggestiven Einflüssen durch eine Fahndung, eine Lichtbildvorlage oder Gegenüberstellung geprägt werden und durch die Tatsache, dass gerade die Frage nach der Tätoreigenschaft einer Person, die als Beschuldigter bezeichnet oder für Zeugen als Angeklagter erkennbar wird (OLG Köln StV 1998, 640, 641; StV 1999, 607, 608), zu einer Fehleinschätzung durch unbewusst falsche Verknüpfungen führen. Diese und andere Umstände von psychologischer Bedeutung bei der Wahrnehmung und Erinnerung sowie deren Reproduktion führt dazu, dass das behauptete Wiedererkennen des Täters in der Person des Angeklagten allgemein von höchst zweifelhaftem Beweiswert ist. Dabei sind freilich auch sonst „falsche Erinnerungen“ (Kühnel/Markowitsch Falsche Erinnerungen 2009, 73 ff) viel häufiger, als es allgemein vermutet wird.

49 Die Erfahrung mit Fehlern beim Wiedererkennen führt zu dem – missverständlich formulierten – Postulat einer besonders vorsichtigen Beweiswürdigung in solchen Fällen (BVerfG NJW 2003, 2444, 2446). Das gilt insbesondere, wenn ein methodisch fehlerhaftes Vorgehen, wie die Einzellichtbildvorlage statt der Wahllichtbildvorlage, eine vorschnell abgebrochene sequentielle Wahllichtbildvorlage (BGH Beschl v 9.11.2011 – 1 StR 524/11) oder die Einzelgegenüberstellung statt der Wahlgegenüberstellung (Nr 18 RiStBV; BGH NSTZ 1998, 266, 267; OLG Köln StV 1992, 412 ff; StV 1994, 67 ff), zu einem ersten Wiedererkennen geführt hatte (OLG Koblenz NSTZ-RR 2001, 110, 111), worauf erst recht ein zweites Wiedererkennen in der Hauptverhandlung kaum noch Beweiswert besitzt.

49.1 Prozessual verwertbar sind beide Indizien, nämlich das Wiedererkennen und das wiederholte Wiedererkennen als Belastungsindiz für die Täterschaft des Angeklagten, das Nichtwiedererkennen als Entlastungsindiz. Bewertet das Gericht lediglich das erste Wiedererkennen des Angeklagten durch den Zeugen bei der Polizei, behandelt es aber nicht die Frage, ob der Zeuge den Angeklagten auch in der Hauptverhandlung als Täter erneut wiedererkannt hat, dann liegt darin ein Erörterungsmangel, der die Revision begründen kann (OLG Koblenz NSTZ-RR 2001, 110, 111).

49.2 Erkennt der Zeuge den Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht wieder, nachdem er sich im Vorverfahren noch im Sinne eines Wiedererkennens geäußert hatte, so ist dies ein Umstand, der gegen die Zuverlässigkeit der früheren Identifizierung sprechen soll (BGH StV 1997, 454; StV 2005, 421).

49.3 Andererseits kann dem wiederholten Wiedererkennen nach einer früher erfolgten Wahllichtbildvorlage für eine Verurteilung immer noch ausreichender Beweiswert beigemessen werden, wenn der Zeuge über ein detailreiches Erinnerungsbild an den Angeklagten verfügt (OLG Frankfurt NSTZ-RR 1999, 365, 366).

49.4 Dem Revisionsgericht ist die Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit einer Lichtbildvorlage in zweifelhaften Fällen nur möglich, wenn die Anzahl und Qualität der dem Zeugen vorgelegten Lichtbilder im Urteil mitgeteilt und dargestellt wird, ob und wie sich die Vergleichspersonen in ihrer äußeren Erscheinung von dem Tatverdächtigen unterscheiden haben (KG Beschl v 24.9.1999 – [3] 1 Ss 242/99 [71/99]). Auch sind die Umstände zu erörtern, aus denen sich Hinweise auf die Qualität der Wiedererkennungslleistung des Zeugen ergeben (BGH StV 2008, 622, 263).

50 Das erste Wiedererkennen hat generell größere Beweisbedeutung als ein wiederholtes Wiedererkennen (KG Beschl v 4.4.2001 – [5] 1 Ss 362/99 [85/99]). Dem Ergebnis einer Einzelgegenüberstellung oder Einzellichtbildvorlage kommt dabei allerdings ein geringerer Beweiswert zu als einer ordnungsgemäßen Wahlgegenüberstellung oder Wahllichtbildvorlage (OLG Düsseldorf StV 2007, 347, 348). Eine wiederholte Lichtbildvorlage kann aufgrund des damit verbundenen Suggestiveffekts den Beweiswert einzelner Äußerungen des Zeugen reduzieren (BGH NStZ 1996, 350, 351). Freilich ist der Tatrichter nicht von vornherein daran gehindert, seine Überzeugung auf ein in der Hauptverhandlung reproduziertes Wiedererkennen nach Einzelgegenüberstellung oder Einzellichtbildvorlage zu stützen. Das bedarf dann aber einer nachvollziehbaren Erklärung (OLG Stuttgart Die Justiz 1997, 378, 379, 380), namentlich mit Hilfe anderer Indizien, die in der Gesamtschau das Ergebnis des Wiedererkennens bekräftigen (BGH NStZ 1982, 215, 216; zum anthropologischen Vergleichsgutachten BGH NStZ 2005, 458 ff mAnm Niemitz NZV 2006, 130 ff; OLG Braunschweig NStZ 2008, 652, 653). Auch bedarf es einer Auseinandersetzung im Urteil mit den Umständen, unter denen der Tatzeuge den Täter gesehen hatte.

50.1 Insbesondere wenn ein Zeuge den ihm vorher unbekanntem Täter anlässlich der Tat nur kurze Zeit beobachten konnte, darf sich der Tatrichter nicht ohne weiteres auf die subjektive Gewissheit des Zeugen verlassen (OLG Düsseldorf NStZ-RR 2001, 109, 110; OLG Köln StV 2000, 607, 608; OLG Hamm NZV 2005, 654, 655; OLG Zweibrücken StV 2004, 65, 66, 67). Es sind objektive Beurteilungskriterien für den Grund der Behauptung des Wiedererkennens erforderlich.

50.2 Hatte der Zeuge einen Angeklagten bei der ersten Lichtbildvorlage nur mit hoher Wahrscheinlichkeit als Mittäter bezeichnet und einen anderen Mitangeklagten nicht erkannt, dann kann von einer sicheren Identifizierung keine Rede sein (BGH NStZ 2003, 493, 494, 495).

50.3 Stützt sich die Identifizierung des Angeklagten allein auf eine Wahllichtbildvorlage, bei der nur ein Bild des Angeklagten ein wesentliches Merkmal der Täterbeschreibung aufwies, dann ist gleichwohl der Schluss auf eine Ähnlichkeit des Angeklagten mit dem Täter rechtlich möglich. Selbst wenn weitere, aber weniger aussagekräftige Tatsachen hinzukommen, wie einschlägige Vorstrafen oder eine enge Verbindung des Angeklagten zu einem anderen Täter, dann reicht dies für sich genommen allenfalls dazu aus, um einen Verdacht zu begründen. Solche Umstände bilden nach dem Maßstab der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit der Täterschaft für sich genommen keine tragfähige Grundlage für eine Verurteilung (BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 26); sie können ein eventuelles Beweisdefizit beim Wiedererkennen nicht ausräumen.

50.4 Das Gericht kann die Verurteilung andererseits dann auch auf die Identifizierungsaussage eines Tatzeugen stützen, dem der Angeklagte ohne Vergleichspersonen gegenübergestellt worden war, sofern weitere gewichtige Indizien für dessen Täterschaft sprechen (KG NStZ 1982, 215, 216, 217).

51 Das wiederholte Wiedererkennen ist auch bei wechselnden Situationen der Lichtbildvorlage und der Gegenüberstellung oder Konfrontation im Gerichtssaal nach einem Erfahrungssatz mit Wahrscheinlichkeitsbedeutung generell von geringem Beweiswert (BGHSt 16, 204, 205; BGH StV 1995, 452, 453; NStZ 1997, 355; 1998, 266, 267; Nack StV 2002, 558, 561), weil für die Auskunftsperson selbst und für den Beurteiler der Zeugenaussage kaum abgrenzbar ist, ob sich die Erinnerung des Zeugen an das Tatgeschehen oder an die Situation des ersten Wiedererkennens im Strafverfahren anlehnt (OLG Köln StV 1998, 640, 641). Das tatrichterliche Urteil muss aus der Sicht der Revisionsgerichte erkennen lassen, auf welchen Wiedererkennungsaussage es abstellt (OLG Köln StV 1994, 67, 68; OLG Rostock StV 1996, 419, 420), ferner dass sich der Tatrichter des eingeschränkten Wertes eines wiederholten Wiedererkennens bewusst war (OLG Hamm StV 2004, 588) und schließlich dass anhand objektiver Kriterien ausgeschlossen werden kann, der Zeuge habe sich bei dem Wiedererkennen in der Hauptverhandlung unbewusst nur an den im Ermittlungsverfahren vorgelegten Lichtbildern oder an den Eindrücken der Gegenüberstellung orientiert.

51.1 Dazu müssen im Urteil auch die vom Zeugen genannten Gründe für seine Behauptung des Wiedererkennens erörtert werden (OLG Hamm Beschl v 3.5.2005 – 3 Ss 84/05). Nähere Erläuterungen im Urteilstext sind aus revisionsgerichtlicher Perspektive allerdings nur dann erforderlich, wenn dem erneuten Wiedererkennen im konkreten Fall überhaupt eine erhebliche Beweisbedeutung zukommen soll, namentlich wenn weitere wesentliche Beweismittel nicht zur Verfügung stehen (BGH NStZ 1997, 355; OLG Hamm NStZ-RR 2000, 213, 214). Es stellt sich allerdings die Frage, ob das wiederholte Wiedererkennen dann überhaupt eine tragfähige Verurteilungsgrundlage darstellen kann.

51.2 Das wiederholte Wiedererkennen kann vor allem in der Gesamtschau zahlreicher belastender Indizien einen Beweiswert haben (BGH NStZ 1998, 265, 266). War der erste Wiedererkennungstest im Sinne der Verdachtshypothese negativ verlaufen, weil der Augenzeuge den Beschuldigten dabei nicht als Täter wiedererkannt hatte, so besitzt ein Wiedererkennen des Angeklagten durch den Zeugen bei einer Wiederholung der Gegenüberstellung oder auch in der Hauptverhandlung aber generell keinen besonderen Beweiswert mehr (LG Gera StV 2000, 610, 611, 612).

51.3 Wird ein Beschuldigter von einem Zeugen wiedererkannt, aber von einem anderen, der in vergleichbarer Wahrnehmungssituation den Täter gesehen hatte, eine andere Person „identifiziert“, dann reduziert dies den Beweiswert des späteren Wiedererkennens des Angeklagten nochmals ganz erheblich (BGH Beschl v 21.7.2009 – 5 StR 235/09).

II. Zeugnis vom Hörensagen

52 Der Zeuge vom Hörensagen, der nicht über originäres eigenes Wissen, sondern nur über Äußerungen eines Dritten berichten kann, ist eine Form des mittelbaren Beweises. Dieser ist nach deutschem Strafverfahrensrecht zulässig (BGHSt 33, 178, 181; 36, 159, 160), soweit nicht zusätzliche Beweisverbote nach § 136a StPO, § 252 StPO bezüglich der Angaben des unmittelbaren Zeugen eingreifen (Detter NStZ 2003, 1, 6, 7). Das Unmittelbarkeitsprinzip steht seiner Verwendung nicht entgegen (BGHSt 22, 268, 270, 271). Es muss insoweit nur gesichert bleiben, dass die Äußerungen der unmittelbaren Zeugen zuvörderst durch Vernehmung von mittelbaren Zeugen anstelle von Urkunden in die Hauptverhandlung eingeführt werden müssen.

53 Allerdings stellt die begrenzte Zuverlässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung (BVerfG NStZ 1995, 600; BGH NStZ 1988, 144; StV 1999, 7, 8; wistra 2013, 400, 401), da die dem Zeugenbeweis ohnehin anhaftenden Fehlerrisiken sich im Fall der Vermittlung von Wissen aus zweiter Hand dadurch verstärken, dass die Qualität des Beweisergebnisses zusätzlich von der Zuverlässigkeit des Beweismittlers abhängt. Bei einem Zeugen vom Hörensagen besteht kognitionspsychologisch eine erhöhte Gefahr der Entstellung oder Unvollständigkeit in der Wiedergabe von Tatsachen, die dem mittelbaren Zeugen von demjenigen vermittelt worden sind, auf den sein Wissen zurückgeht. Je größer die Zahl der Zwischenglieder, desto geringer ist der Beweiswert der verbleibenden Aussage (BGHSt 17, 382, 385). Der Beweiswert einer mittelbaren Beweisführung ist auch deshalb gering, weil weder das Gericht noch die anderen Verfahrensbeteiligten zu einer näheren Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben durch Rückfragen beim unmittelbaren Zeugen in der Lage sind und das Fragerecht der Verteidigung (Art 6 Abs 3 lit d EMRK) so beschränkt bleibt (BGHSt 45, 321, 340; 49, 112, 120). Deshalb sind jedenfalls strenge Anforderungen an die Tragfähigkeit einer zur Verurteilung führenden Beweiswürdigung mittels eines Zeugnisses vom Hörensagen zu stellen (BGHSt 49, 112, 119; 50, 11, 15).

54 Das gilt in besonderer Weise, wenn Geheimhaltungsinteressen des Staates dazu führen, dass ein Zeuge, der selbst unmittelbar Wahrnehmung zum behaupteten Tatgeschehen gemacht haben will, in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht und von der Polizei geheim gehalten wird. In dieser Konstellation genügen die Angaben des anonymen Gewährsmannes regelmäßig

nicht für eine Verurteilung, wenn sie nicht durch andere wichtige Gesichtspunkte bestätigt werden (BVerfG NStZ 1995, 00; BGHSt 42, 15, 25; 46, 93, 106; 49, 112, 120; BGH NStZ 1994, 502; 1998, 97). Derartige Vorkehrungen bei der Beweiswürdigung genügen jedoch angeblich den an ein faires Verfahren zu stellenden Anforderungen (BVerfGE 57, 250, 292, 293; BVerfG NJW 1996, 448, 449; 1997, 999, 1000; 2001, 2245, 2246, 2247; 2007, 204, 205 ff; EGMR NStZ 2007, 103, 105, 106 mAnm Esser; Gaede JR 2006, 292 ff). Fehlt eine Möglichkeit zur Befragung eines Belastungszeugen, dann ist gleichwohl kein Verstoß gegen Art 6 Abs 1 und Abs 3 lit d EMRK anzunehmen, wenn das Verfahren insgesamt fair war, indem das Gericht die Aussage des Belastungszeugen detailliert analysiert und sie durch andere Beweismittel Bestätigung findet (BGH JR 2005, 247, 248 mAnm Esser). Auch bedarf nicht jedes Detail der Angaben einer gesperrten Vertrauensperson der Bestätigung durch weitere, außerhalb der Aussage selbst liegende Beweisergebnisse; insbesondere Angaben, die sich nur auf den Schuldumfang beziehen, müssen nicht notwendigerweise jeweils für sich genommen zusätzlich durch externe Indizien abgesichert werden (BGH NStZ 2007, 103).

III. Glaubhaftigkeitsbewertung belastender Zeugenaussagen in der Konstellation von Aussage gegen Aussage

55 Besondere Anforderungen stellt die Rechtsprechung wegen der reduzierten Verteidigungsmöglichkeiten an die Beweiswürdigung in Konstellationen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht (Schmandt StraFo 2010, 446 ff) und das Gericht entscheiden muss, welcher der widerstreitenden Angaben – derjenigen des Beschuldigten oder derjenigen des einzigen Belastungszeugen (BGHSt 44, 153, 158 ff; BGH NStZ-RR 2010, 317) oder eines Mitangeklagten (BGH NStZ-RR 2002, 146, 147) oder Kronzeugen (OLG Koblenz NStZ 2008, 359; OLG Naumburg StV 2014, 594, 595) das Gericht folgt. Im Grunde widerspricht es bereits im Ansatz einer Jahrtausende alten Tradition in Recht und Religion, dass in solchen Fällen überhaupt ein Angeklagter alleine aufgrund der Aussage eines einzigen parteiischen Zeugen verurteilt werden kann (Sancietti FS Frisch 2013, 1233, 1236 ff). Die Freiheit der Beweiswürdigung führt allerdings dazu, dass heute eine Verurteilung auch allein auf die Aussage eines einzigen Belastungszeugen ohne sonstige Belastungsbeweise gestützt werden kann. Da jedoch nicht ganz selten auch falsche Beschuldigungen vorkommen (Gasch in Artkämper/Clages, Kriminalitätsbekämpfung – ein Blick in die Zukunft, 2015, 113, 116), ist bei der Beweiswürdigung besondere Vorsicht geboten. Die in den anderen Fallgruppen notorisch unzuverlässiger Beweismittel erhobene Forderung, dass hierauf eine Verurteilung nur dann gestützt werden darf, wenn eine Absicherung durch ein externes Zusatzindiz möglich ist, wird beim Beweis durch das Zeugnis eines einzigen Belastungszeugen zu Unrecht auch dann nicht aufgestellt, wenn es sich um die Aussage eines parteiischen Zeugen handelt, der eigene Vorteile erstrebt. Damit werden mit dem Rechtsprechungspostulat der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung ohne Konsequenzen bei Fehlen einer externen Absicherung des notorisch unzuverlässigen Zeugenbeweises als alleiniger Verurteilungsgrundlage alte Vorsichtsregeln missachtet (Sancinetti, FS Frisch, 2013, 1233, 1242). Die Anordnung der scheinbar unbegrenzten Freiheit der Beweiswürdigung mit der Schaffung der vorliegenden Vorschrift hat erst eine solche Problematik eröffnet, wobei aber auch unter der Geltung des Grundgesetzes der Umrechnungskurs nicht bestimmt wurde, wie viele Fehlurteile zum Nachteil Unschuldiger der Rechtsstaat hinzunehmen bereit ist, um nicht allzu viele Schuldige unbestraft zu lassen (Sancinetti aaO 1233, 1234). Nach heutigen Rechtsprechungsmaßstäben darf das Tatgericht den Bekundungen auch einer Auskunftsperson, die quasi eine Parteirolle einnimmt (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012,

48 ff), gefolgt werden. Ihr darf nur nicht deshalb, weil sie möglicherweise ein Opfer der angeklagten Tat(en) ist, entscheidend höhere Beweisbedeutung beimessen als den Angaben des Angeklagten (BGH NStZ 2004, 635, 636). Erforderlich sind nach der Rechtsprechung eine sorgfältige Aussageninhaltsanalyse, eine genaue Prüfung der Entstehungsgeschichte der Aussage (BGH NStZ 2010, 228; Deckers, FS Eisenberg, 2009, 473, 484, 485), eine Bewertung der Aussagemotive sowie von Konstanz in verschiedenen Äußerungen (BGH NStZ-RR 2013, 19, 20; Schmandt StraFo 2010, 446, 447), insbesondere hinsichtlich komplexer Sachverhaltsdarstellungen (BGH NStZ-RR 2012, 383, 384), aber vor allem konzentriert auf das strafrechtlich relevante Kerngeschehen, und schließlich der Prüfung von Detailliertheit sowie Plausibilität der Angaben (BGH NStZ 2009, 107, 108). In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht, müssen alle Umstände, welche die Entscheidung zu beeinflussen geeignet sind, im schriftlichen Urteil erkennbar in die Überlegungen einbezogen werden (BGH StraFo 2011, 400). Dies fordert praktisch eine genauere Darlegung des Aussageninhalts als in anderen Fällen, damit das Revisionsgericht die daran anknüpfenden Überlegungen nachvollziehen kann. Insbesondere bei detailarmen Aussagen ist auch zu beachten, dass das Beurteilungskriterium der Aussagekonstanz erheblich an Wert verliert (BGH Beschl v 10.11.2010 – 2 StR 403/10), das im Übrigen in den Erfahrungswissenschaften insgesamt noch kaum systematisch untersucht ist (Volbert/Steller in Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch der Rechtspsychologie, 2014, 391, 396). Der Schuldbeweis ist in dieser Konstellation nur geführt, wenn die belastende Zeugenaussage auch nach Kriterien, die in der wissenschaftlichen Aussagenanalyse entwickelt wurden, als erlebnisfundiert anzusehen ist und hinsichtlich Konstanz, Plausibilität und Detailliertheit ein Mehr an Glaubhaftigkeit für sich in Anspruch nehmen kann, als das Bestreiten des Angeklagten (Deckers, FS Hamm, 2008, 53, 55, 56), wobei in Fällen vager Tatkonkretisierung in Rechnung zu stellen ist, dass dem Angeklagten ein substanziiertes Bestreiten schwer fallen muss.

55.1 In der Praxis wird meist nicht beachtet, dass hier im Strafprozess längst für den Angeklagten weniger prozessuale Waffengleichheit besteht als etwa in einem Haftpflichtprozess vor einem Zivilgericht gleichsam mit umgekehrtem Rubrum um Schadensersatzansprüche des mutmaßlichen Tatopfers. Bei der vorschnellen Einordnung von Zeugen als Opfer der angeklagten Tat wird dagegen ein Beweisresultat antizipiert und die besondere Glaubwürdigkeit suggeriert (Schwenn StV 2010, 705, 706). Die Einordnung von Opferzeugen als Prozesssubjekte mit eigenen Rechten führt praktisch dazu, dass der Opferzeuge eine Partei ist (Hamm in DAV Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit 1992, 20, 27), die subjektive Rechte und Interessen verfolgt, was erhebliche Glaubwürdigkeitsbedenken wecken müsste, und außerdem durch Akteneinsichtsmöglichkeiten die Beweisqualität der gegebenenfalls nach Aktenlage einstudierten Aussage massiv beeinflusst (Pfordte, FS E. Müller, 2008, 551, 563 ff; Schünemann, FS Hamm, 2008, 687, 690 ff; zur gedächtnispsychologischen Bedeutung Bender StV 1984, 127, 131 f).

55.2 Diese bedenkliche Wirkung ist in Gesetzgebung und Rechtsprechung bisher übergangen worden (Hamm StV 1995, 491 ff). Die in Statistiken meist verfälschte, tatsächlich aber relativ hohe Falschaussagenquote gerade in Sexualstrafverfahren (Deckers, FS Eisenberg, 2009, 473, 478) wird nicht ausreichend beachtet, sondern durch einen moralischen Kredit für „Opferzeugen“ konterkariert (Geipel StV 2008, 271 ff).

55.3 Aus der aussagepsychologischen Perspektive muss insbesondere beachtet werden, dass auch die Aktenkenntnis von Nebenklägern dazu führt, dass deren Wissen um das historische Geschehen – jedenfalls hinsichtlich der Aussagekonstanz (Deckers StraFo 2015, 265, 268) – kontaminiert ist (Baumhöfener NStZ 2014, 135, 136) und dadurch zumindest ganz erheblich an Beweiswert verliert, wenn nicht sogar in der Aussage-gegen-Aussage-Konstellation von einem endgültigen Beweisverlust ausgegangen werden muss. Kommt ein Zeugen coaching durch Opferschutzeinrichtungen mit Zeugenrollenstudium und Aussageninhaltsgestaltung hinzu (vgl Eschelbach ZAP Fach 22, 781 ff; Schwenn StV 2010, 705, 708), verliert auch der persönliche Eindruck des Tatrichters vom wirklichen oder angeblichen Opferzeugen als Kriterium einer intuitiven Glaubwürdigkeitsbeurteilung jede Beweisbedeutung. Was gut gemeint ist, erweist sich auch hier nicht immer als wirklich gut im Sinne einer Förderung der gerichtlichen Wahrheitserforschung. Praktisch ist der Zeugenbeweis damit entwertet und eine Verurteilung alleine auf dieser Beweisgrundlage des sowohl parteilichen als auch manipulierten einzigen Belastungszeugen, ohne Absicherung durch externe Indizien, wirkt inakzeptabel (Sancinetti, FS Frisch, 2013, 1233, 1236 f).

56 In Fällen von Aussage gegen Aussage müssen die Urteilsgründe aus revisionsgerichtlicher Sicht besonders genau erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die seine Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (BGH NStZ-RR 2012, 383, 384; 2013, 19, 20; krit zur Praxis bei privilegierten Zeugen Meyer-Mews NJW 2000, 916 ff; sa Heipel StV 2008, 271 ff). Erforderlich ist danach hier ausnahmsweise eine umfassende Darstellung und Erörterung der relevanten Angaben sowie des Aussageverhaltens im Urteil (BGH NStZ-RR 2002, 174, 175, 176; 2008, 338; 2015, 52, 53). Ein Mittel zur abschließend effektiven Kontrolle der tatsächlichen Erfüllung dieser Vorgaben fehlt den Revisionsgerichten freilich auch dann immer noch, da infolge der Unmöglichkeit einer revisionsrichterlichen Rekonstruktion der nicht aufgezeichneten Hauptverhandlung nicht gesichert werden kann, dass tatsächlich alle wesentlichen Umstände erörtert werden und keine „Sachverhaltsverfälschung“ aufgrund kognitiver Dissonanz stattfindet. Zudem ist die besondere Sorgfalt bei der Sachdarstellung und Würdigung von Indizien ein Appell ohne faktische Steigerungsmöglichkeit der Genauigkeit tatrichterlicher Wahrheitserforschung, zumal in anderen Fällen keine mindere Sorgfalt erlaubt sein sollte. Es gibt keine endgültig zuverlässige Methode um festzustellen, welche Auskunftsperson die Wahrheit sagt. Die Überlegung, dass moderne Aussagepsychologie und Verbesserungen der Beweiswürdigungsmethodik heute dazu führen, dass prinzipiell nur mit Recht auch Verurteilungen bestreitender Angeklagten aufgrund der Angaben eines einzelnen Zeugen erfolgen, der jedoch interessengeleitet handelt sowie durch anwaltliche Beratung Aktenkenntnis erlangt und durch Opferhilfeeinrichtungen Unterstützung bis hin zum Einstudieren der Opferzeugenrolle erfährt, erscheint illusorisch (Sancinetti, FS Frisch, 2013, 1233, 1236). Das Risiko eines Fehlurteils ist nirgends größer und die Möglichkeit der wirksamen Verteidigung dagegen nirgends schwächer als in den „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen.

57 Angeblich gesteigerte revisionsgerichtliche Anforderungen an die Sachdarstellung und Erörterung der Beweislage in Fällen von „Aussage gegen Aussage“ bestehen besonders dann, wenn der einzige Belastungszeuge in der Hauptverhandlung seine Vorwürfe ganz oder teilweise nicht mehr aufrechterhält, der anfänglichen Schilderung weiterer Taten nicht gefolgt wird oder sich sogar die Unwahrheit eines Aussageteils herausstellt (BGH NStZ-RR 2008, 254, 255; Beschl v 12.9.2012 – 5 StR 401/12). Dass auch in solchen Fällen überhaupt noch eine Verurteilung von Rechts wegen gestattet wird, wirkt per se bedenklich. Die faktische Zurückdrängung des Zeugeneides hat zur weiteren Reduzierung der Verfolgung des Vorwurfs falscher Zeugenaussagen und falscher Verdächtigungen geführt, so dass das Risiko für Zeugen im Fall einer schuldhaften Falschbezeichnung minimiert ist. Auch das hat umgekehrt das Fehlurteilsrisiko für Angeklagte erhöht. In Fällen aufgrund konkreter Gegenindizien anzuzweifelnder Zeugenaussagen in der Aussage gegen Aussage-Konstellation muss der Tatrichter nach der Rechtsprechung regelmäßig außerhalb der Zeugenaussage liegende Zusatzindizien anführen können, die es ihm ermöglichen, der Zeugenaussage im Übrigen dennoch zu glauben (BGHSt 44, 153, 159). Um dem Revisionsgericht die Nachprüfung zu ermöglichen, ob ein Fall der unwahren oder doch bedenklichen Teilaussage vorliegt, muss auch im Fall der Teileinstellung nach § 154 Abs 2 StPO deren Grund mitgeteilt werden (BGHSt 44, 153, 156; BGH NStZ 2003, 164; 2008, 581, 582; StV 2009, 116, 117). Besteht er in Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der diesbezüglichen Aussageteile, dann ist das auch in den anderen Fällen zu berücksichtigen. Erforderlich ist im Fall der nachweislich falschen Teilaussage zumindest, dass zusätzliche Indizien, die außerhalb des Aussagenbereichs des Zeugen liegen, für die Richtigkeit der restlichen Aussage vorliegen (BGHSt 44, 256, 257; BGH NStZ 2000, 496; 2001, 161, 162; 2008, 581, 582). Die scheinbare Bestätigung derselben Aussage nur durch ein Zeugnis vom Hörensagen ist – je nach

den Umständen des konkreten Falles – allenfalls ein schwaches Zusatzindiz. Eine aussagepsychologische Begutachtung ist kaum verzichtbar. Ob sie alleine zur Absicherung der Restaussage ausreicht, wirkt fragwürdig. Namentlich die Entstehung und die Entwicklung der belastenden Aussage sind in solchen Fällen zumindest in allen Einzelheiten genau zu prüfen. Das gilt beim Vorwurf von Sexualdelikten besonders, wenn ein Zusammenhang mit familiären Auseinandersetzungen nicht von vornherein auszuschließen ist (BGH NSTZ 1999, 45; 2003, 164, 165).

57.1 Liegen bei der mutmaßlichen Opferzeugin psychische Beeinträchtigungen vor, dann ist sorgsam zu prüfen, ob dies eine Ursache einer möglichen Falschbezeichnung oder die Folge einer tatsächlich begangenen Sexualstraftat ist. Beides ist gleichermaßen möglich. Jedoch unterschätzt die Praxis die Option der intentionalen Falschaussage insbesondere infolge einer Persönlichkeitsstörung bei Weitem (Schwenn StV 2010, 705, 707).

57.2 Soweit die Rechtsprechung bisher auch in Selbstverletzungen von Opferzeuginnen eher eine Bestätigung ihrer Missbrauchsberichte gesehen hat (BGH Urt v 15.6.2005 – 1 StR 499/04), erweist sich dies als zweifelhaft, da Selbstverletzungen typische Symptome einer Borderlinestörung sind (zur Aufklärungsrelevanz BGH NSTZ 2010, 100, 101), welche ihrerseits häufig zu intentionalen Falschaussagen führt (→ Rn 6.3). Hier bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung (Rautenstrauch, Selbstpräsentationsstrategien in Falschaussagen von Frauen mit Borderline-Persönlichkeitsstörungen, unveröffentlichte Diplomarbeit, Berlin Charité, 2006). Die „Tatferne“ eines Verletzungsakts führt aber entgegen einer weiteren Annahme in der Rechtsprechung nicht dazu, dass dieser unerheblich sei, denn er kann ein Symptom einer Borderlinestörung sein, die ihrerseits der Grund für eine Falschbelastung sein mag, so dass ein Tatbezug im Ganzen fehlen könnte, weil es die angebliche Tat in Wahrheit überhaupt nicht gab.

IV. Drittbelastende Äußerungen durch Mitbeschuldigte oder Zeugen mit Eigeninteresse am Prozessausgang

58 Der aussagebereite Mitangeklagte ist ein Beweismittel im weiteren Sinn (OLG München Urt v 31.3.2009 – 4St RR 14/09). Stehen der bestreitenden Einlassung des Angeklagten die belastenden Angaben eines Zeugen oder Mitangeklagten gegenüber, der seinerseits wegen desselben Geschehens der Strafverfolgung ausgesetzt ist, dann muss als nahe liegendes Motiv einer möglichen Falschaussage zum Nachteil des Angeklagten die Erwartung einer Milderung der eigenen Strafe in die Überlegungen einbezogen werden (BGH NSTZ-RR 2002, 146, 147; Schmandt StraFo 2010, 446, 451). Die Motive der Selbstbegünstigung und Fremdschädigung werden oft unterschätzt (Hirschberg Das Fehlurteil im Strafprozess 1960, 24 ff). Ähnliches gilt im Fall einer Urteilsabsprache mit der Folge der Ablegung eines Geständnisses zu Lasten eines Dritten. Auch dieser Fall des Eigeninteresses eines Mitangeklagten oder Belastungszeugen an der Belastung des Angeklagten, etwa aufgrund einer Kronzeugenrolle, bewirkt aus revisionsgerichtlicher Sicht besondere Darstellungsanforderungen an die Beweiswürdigung (BGH StraFo 2008, 508). Dies gilt auch noch dann, wenn der im Sinne von § 46b StGB oder § 31 BtMG privilegierte Zeuge bereits rechtskräftig abgeurteilt wurde, er aber noch ein fortwirkendes Interesse daran besitzen kann, nicht wegen falscher Verdächtigung verurteilt zu werden (OLG München Beschl v 17.2.2010 – 5St RR [I] 5/10). In solchen Fällen ist vor allem der Aussageentstehung, dem Aussagemotiv, der Aussagekonstanz und der Inhaltsanalyse besondere Aufmerksamkeit zu widmen, wobei aber die Aussagekonstanz in Fällen des möglichen Austauschs nur der belasteten Person keinen erheblichen Anhaltspunkt für die Glaubhaftigkeit liefert (Wieder, FS Widmaier, 2008, 599, 600 f). Das Urteil muss nach der Rechtsprechung erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände erkannt und berücksichtigt hat, welche die Entscheidung beeinflussen können. Namentlich in solchen Fällen ist bisweilen sogar eine umfassende Wiedergabe der Aussage in den Urteilsgründen erforderlich (BGH StV 2008, 451, 452; StraFo 2008, 508).

G. Revision

59 § 261 StPO richtet sich zuvörderst an den Tatrichter. Die Beweiswürdigung ist aber nicht unüberprüfbar (Rieß GA 1978, 257, 266). Auf eine effektive Kontrolle besteht auch ein Anspruch aus Art 19 Abs 4 GG und Art 14 Abs 3 IPBPR (Schünemann, FS Geppert, 2011, 649, 653). Das Revisionsverfahren ist jedoch auf eine Kontrolle der Wahrheitsfindung anhand der Urteilsgründe beschränkt (Kühne GA 2008, 361, 363; Schmitt in DAV, Die Verteidigung in der Hauptverhandlung im Hinblick auf die Revision, 1986, 42, 51) und sie trägt daher nur begrenzt zur Überprüfung der Vereinbarkeit des Urteils mit der materiellen Wahrheit bei (Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1170). Das Urteil wird erst nachträglich abgefasst und dies eröffnet die Möglichkeit des Nachschiebens von Gründen oder der Akzentverschiebung (Karl Peters. FS Olivecrona. 1964, 532, 534). Revisionsgerichte sind mit der Beweiskontrolle „institutionell überfordert“ (Fezer. FS Frisch. 2013, 1313, 1314). Die Kontrollmöglichkeit der Revisionsgerichte bleibt eingeschränkt (SK-StPO/Velten. StPO Vor § 261 Rn 11 f). Vergessen wurde bei der Entwicklung der „erweiterten Revision“ nebenbei, dass die Urteilsgründe nach der immer noch vorherrschenden Lehre von der Totalabstimmung nicht das Ergebnis einer Abstimmung im Kollegialgericht sind, sondern nur das Produkt der unterzeichnenden Berufsrichter. Für verschiedene Richter können Indizien unterschiedliche Bedeutung gehabt haben; das Kollegium ist keine geistige Einheit als deren Produkt sodann das schriftliche Urteil erscheint (Sachse ZStW 49 [1929], 306, 309). Für Verteidiger folgt aber aus der revisionsrichterlichen Bindung an Urteilsfeststellungen das Postulat, nicht einfach die Unrichtigkeit der Urteilsfeststellungen zu behaupten, sondern zunächst auf deren Grundlage zu argumentieren (Nack StV 2002, 510, 513); denn: „Für das Revisionsgericht kann es jenseits dessen, was die Urteilsurkunde an Aussagen enthält, keine Gründe geben“ (krit Herdegen in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 30, 40). Andererseits sind im Laufe der Entwicklung einer „erweiterten Revision“, die irgendwann in einer Sackgasse enden muss, immer mehr Darstellungspflichten der Tatgerichte, zunehmend auch für eigentlich verfahrensrechtliche Vorgänge, entstanden (Schaper, NJW-Festheft für Tepperwien 2010, 61 ff). Die „erweiterte Revision“, welche die Rechtsprechung als Ersatzgesetzgeber richterrechtlich eingeführt hat (Wohlers in Strafverteidigervereinigungen [Hrsg], Wehe dem, der beschuldigt wird... Ergebnisse des 34. Strafverteidigertages, 2011, 103, 104), muss daher von ihrem Standpunkt aus die gesetzgeberische Konzeption bei § 261 StPO und § 267 Abs 1 StPO umgestalten. Ob dies im Ganzen nach Art 20 Abs 3 GG zulässig und gelungen ist, kann bezweifelt werden. Nachteilig wirkt es sich auch aus, dass Verfahrensrügen mit Blick auf die Erweiterung der – begrenzten – Überprüfungsmöglichkeiten anhand der Sachbeschwerde bis zur praktischen Ineffektivität zurückgedrängt wurden. Auch dabei spielt der Blick auf die Sachdarstellung im schriftlichen Urteil im Rahmen der Beruhensprüfung eine erhebliche Rolle, weil Form und Inhalt gegeneinander ausgespielt werden (Fezer, FS Frisch, 2013, 1313, 1319 f).

59.1 Nach der Konzeption der RStPO war die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz nicht überprüfbar (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd 3, Abt 1, 1885, 249 f; Rieß GA 1978, 257, 268). Dafür lag ein Schwerpunkt auf der Verfahrenskontrolle. Heute wird die Beweiswürdigung hingegen als Rechtsanwendung betrachtet und daher der sachlich-rechtlichen Kontrolle nach § 337 StPO unterworfen (Detter, FS 50 Jahre BGH, 2000, 679, 680 ff), weshalb der Gesetzgeber auch die überfällige große Strafprozessreform zurückgestellt hat (Barton StV 2004, 332, 334). Der Teil der tatrichterlichen Überzeugungsbildung, der von subjektiven Empfindungen und nicht von der objektiven Plausibilität der erläuterten Begründung gespeist wird, entzieht sich jedoch stets der Überprüfung. Zudem wurde parallel zur Entwicklung der „erweiterten Revision“ die Verfahrensrügemöglichkeit im Übrigen weit gehend zurückgedrängt. Es kann also nicht nur von einer Verbesserung des Rechtsschutzes gesprochen werden; in der Gesamtschau liegt vielmehr eine Strukturveränderung vor, bei der sich genau

genommen bereits anhand von Art 20 Abs 3 GG die Frage stellt, ob sie auf der Grundlage von Richterrecht vorgenommen werden durfte.

59.2 Letztlich nur aus den Urteilsgründen ersichtliche Fehler der Beweiswürdigung führen in der – ergebnisorientierten (Wohlers in Strafverteidigervereinigungen, Wehe dem, der beschuldigt wird... Ergebnisse des 34. Strafverteidigertages, 2011, 103, 104) – Revisionsrechtsprechung zur Urteilsaufhebung, wenn dies überhaupt einmal geschieht, was unbeschadet eines erheblichen Prüfungsaufwands selten vorkommt (Fischer, FG Paulus, 2009, 53, 54). Revisionsgerichtliche Entscheidungen, die auch bereits fernliegende, nur denkgesetzlich mögliche Beweisschlüsse als rechtsfehlerfrei akzeptieren und kein erhöhtes Maß der Wahrscheinlichkeit einer richtigen Schuldannahme fordern, sehen allein den Tatrichter in der Verantwortung für das Prozessergebnis. Dies ist aber vor dem Hintergrund von Art 19 Abs 4 GG und Art 14 IPBPR fraglich (Rosenau, FS Widmaier, 2008, 521, 533; Schünemann FS Geppert 2011, 649, 653; sa Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1171).

59.3 Die Kontrollmaßstäbe in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung sind uneinheitlich, wofür eine Reihe von Gründen, auch solchen aus der Verfahrenspsychologie (Fischer, FG Paulus, 2009, 53, 56 ff), zu nennen wären. Die revisionsgerichtliche Entscheidung erscheint jedenfalls von außen gesehen unberechenbar (Detter, FS 50 Jahre BGH, 2000, 679, 683; Geipel Handbuch der Beweiswürdigung 2008, 38 f; Schaper, NJW-Festheft für Tepperwien 2010, 61, 63), weshalb Tatrichter bei der Urteilsabfassung und Revisionsführer bei ihrer Rechtsmittelbegründung mit Verfahrensbeanstandungen jeweils mit umgekehrten Vorzeichen Ausweichmanöver vollziehen.

59.4 Die Bindung des Revisionsgerichts an die Urteilsfeststellungen begründet ein erhebliches Defizit in der Kontrolle (Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 111). Insbesondere die Verteidigung kann nur mittelbar über eine Verfahrensbeanstandung mit dem Ziel der Urteilsaufhebung und Eröffnung einer neuen Tatsacheninstanz eine größere Annäherung an die materielle Wahrheit anstreben. Sie wird dabei vor allem durch revisionsrichterliche Zurückdrängung der Verfahrensrügen beeinträchtigt.

59.5 Die Überbetonung der Sachrüge – bei Akzeptierung auch schon nur denkgesetzlich möglicher Beweisschlüsse - und die weit gehende Eliminierung der Verfahrensrüge (zu Letzterem Nack NStZ 1997, 153; Rosenau, FS Widmaier, 2008, 521, 523) haben die Gewichte im gesetzlichen System der Kontrolle im Laufe der Zeit verschoben. Durch den Glauben an die Richtigkeit und Vollständigkeit der Urteilsgründe wird eine im Sinne von niedrigen Freispruchs- und Aufhebungsquoten heile Welt suggeriert, deren Bild sicher nicht zutrifft. Markante Fälle zufällig nachträglich erkennbar gewordener Fehlurteile markieren die Spitze eines Eisbergs.

59.6 Die Sachrüge hat allerdings den Vorteil, dass eine vollständige Urteilsüberprüfung ohne besondere Revisionsbegründung im Sinne von § 344 Abs 2 S 2 StPO und Begrenzung der Revisionskontrolle auf den Rügepunkt nach § 352 Abs 1 StPO stattfindet (Rieß GA 1978, 257, 274 f). Außerdem ist nur bei einer Beanstandung der Beweiswürdigung als sachlich-rechtlicher Urteilsfehler die Möglichkeit der Revisionserstreckung auf Nichtrevidenten nach § 357 StPO möglich. Diesen positiven Sekundäreffekten steht das Fehlen einer dogmatischen Begründung, die Zurückdrängung der Verfahrensrüge und der Irrglaube an die Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen des Tatgerichts, die zu einer unwiderleglichen Vermutung erwächst, als negative Wirkungen der „erweiterten Revision“ gegenüber. Da auch eine „erweiterte Revision“ nicht zu einer lückenlosen Kontrolle führt, wird die Garantie effektiven Rechtsschutzes gegen ein Fehlurteil nicht eingelöst. Daraus ergibt sich die Frage, ob es gegen eine Fehlverurteilung durch ein Strafgericht ein effektives Rechtsmittel oder einen effektiven Rechtsbehelf geben muss.

59.7 Ein „Rechtsschutz gegen den Richter“ wird bisher aus Art 19 Abs 4 GG und aus Art 20 Abs 3 GG in Verbindung mit den materiellen Grundrechten nicht hergeleitet. Nach diesem Dogma gibt es keinen Anspruch auf einen Instanzenzug. Ob das aber auch für den Strafprozess gelten kann, in dem die Tatgerichte durch Schuld- und Straf- oder Maßregelaussprüche originär und tief greifend in den Schutzbereich von Grundrechten, namentlich des Freiheitsrechts aus Art 2 Abs 2 S 2 GG, eindringen, erscheint ausgesprochen zweifelhaft. Das Dogma, das es keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Richter gebe, ist durch die Plenarentscheidung in BVerfGE 107, 395 ff zur Anhörungsrüge ins Wanken geraten.

59.8 Soweit Strafgerichte durch Nichterörterung wesentlicher Entlastungsbeweise, die in der Hauptverhandlung erhoben worden waren, den Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör in der Form der Berücksichtigung von Verteidigungsvorbringen verletzen, muss nach dem Maßstab der Plenarentscheidung eigentlich ein effektiver Rechtsbehelf existieren. Dieser Garantie wird die Revision in Strafsachen auch nach ihrer richterrechtlichen Erweiterung nicht gerecht. Ob das Wiederaufnahmerecht die Lücke füllen kann, hängt von der praktischen Handhabung ab, die derzeit in erheblichem Maße zu wünschen übrig lässt.

I. Partielle Unmöglichkeit der Rekonstruktion der tatrichterlichen Hauptverhandlung durch die Revisionsinstanz

60 Ein Defizit in der Sachdarstellung ist nur aufgrund einer Rüge *sui generis* zu beanstanden (Schaper, NJW-Festheft für Tepperwien 2010, 61, 63). Eine Verletzung von § 261 StPO kann nach der undogmatischen Rechtsprechung (Dietmeier ZIS 2008, 101; Norouzi in Strafverteidigervereinigungen [Hrsg], Wehe dem, der beschuldigt wird – Ergebnisse des 34. Strafverteidigertages, 2011, 215, 219; Rosenau, FS Widmaier, 2008, 521, 527) mit der Sachrüge oder mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht werden, je nachdem, ob es sich um einen Rechtsfehler handelt, der aus den Gründen des schriftlichen Urteils erkennbar ist oder ob über den Urteilstext hinaus weitere Tatsachen für die Prüfung erforderlich sind, die nach § 344 Abs 2 S 2 StPO vorzutragen sind (Wilhelm ZStW 117 [2005], 143, 153). Es hängt danach nicht vom rechtlichen Gehalt der Beanstandung, sondern von der Verfügbarkeit des Prüfungsgegenstands für das Revisionsgericht und den darauf bezogenen Darlegungserfordernissen für den Beschwerdeführer ab, ob eine Sachrüge oder eine Verfahrensrüge erforderlich ist oder beides nicht hilft. Unabhängig von der Art der erhobenen Rüge kann die Revision wegen angeblicher Unzulässigkeit (BGHSt 43, 212, 213) keinen Erfolg haben, soweit für das Rügevorbbringen Tatsacheninformationen erforderlich sind, die nur aufgrund einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung verifizierbar wären. Insoweit gilt nach der Rechtsprechung ein ungeschriebenes Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (BGHSt 15, 347, 349; 38, 14, 17; 43, 212, 213 f; BGH NSTZ 1983, 278; 1997, 296; 2007, 115; Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, 321 ff), deren Inhalte schließlich nicht aufgezeichnet werden und vom Revisionsgericht deshalb faktisch nicht überprüft werden können (BGHSt 38, 14, 15). Verteidiger versuchen mit wechselndem Erfolg, Zwischenstände des Verfahrens festzuschreiben, was insbesondere mit dem affirmativen Beweisantrag unternommen wird (Kempf in DAV, Die Verteidigung in der Hauptverhandlung im Hinblick auf die Revision, 1986, 63, 68 ff; Schlothauer StV 1992, 134, 141). Das Verbot und die Versuche seiner Umgehung beruhen auf Zumutungen des Gesetzgebers (Schünemann, FS Geppert, 2011, 649, 658), der den Anachronismus der fehlenden Verhandlungsdokumentation zur Aufrechterhaltung der richterlichen Alleinherrschaft über den Sachverhalt (Malek StV 2011, 559, 564) nicht aufgegeben hat. Die Verlesung einer schriftlichen Einlassung oder Verteidigererklärung wird nach der Rechtsprechung mit Blick auf das Mündlichkeitsprinzip solange nicht zum rekonstruierbaren Prozessstoff, als das Tatgericht diese Erklärung nicht durch förmliche Verwertung als Urkundenbeweis zum Sachbeweis umfunktioniert (BGH Beschl v 29.3.2011 – 3 StR 9/11). Warum aber das revisionsgerichtliche Freibeweisverfahren in dem einen Fall zuverlässiger sein soll als in dem anderen, ist nicht plausibel zu erklären.

60.1 Ein an Revisionsrichter gerichtetes Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung ist dem Gesetz allerdings nicht zu entnehmen (Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, 144 ff; Döhmer SVR 2009, 46, 48; Fezer in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 58, 59; Norouzi in Strafverteidigervereinigungen, Wehe dem, der beschuldigt wird, Ergebnisse des 34. Strafverteidigertages, 2011, 215, 219; Pauly, FS Hamm, 2008, 557, 560; Rosenau, FS Widmaier, 2008, 521, 541; Schröder Das Wortlautprotokoll als revisionsrechtlicher Nachweis eines Widerspruches zwischen tatrichterlichem Strafurteil und dem Inbegriff der mündlichen Hauptverhandlung 1996, 86 ff; Wilhelm ZStW 117 [2005], 143, 154 ff; Wohlers aaO 103, 108), zumal sich bei Verfahrensrügen oftmals gerade alles darum dreht, die Hauptverhandlung zumindest hinsichtlich einzelner Prozesshandlungen zu rekonstruieren. Das Rekonstruktionsverbot wird zudem im Bereich des Urkundenbeweises nicht durchgehalten. Seine Annahme erscheint vor allem mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art 19 Abs 4 GG unvereinbar. Eine dogmatisch überzeugende Begründung für die Behauptung, das Gesetz enthalte ein entsprechendes Verbot, findet sich bisher nirgends (Fezer in Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, 1991, 89 ff und ders in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 58, 59; Herdegen StV 1992, 590, 591).

60.2 Auch die Annahme, eine entsprechende Revisionsrüge sei schon unzulässig, geht offensichtlich viel zu weit und sie wird nur geäußert, um ein Legitimationsdefizit des Dogmas zu kaschieren. Es fehlt jedenfalls eine geläufige Kategorie der Zulässigkeitskriterien für die Annahme der Unzulässigkeit der Revisionsrüge. Sie ist daher allenfalls wegen Unbeweisbarkeit des behaupteten Rechtsfehlers unbegründet, aber nicht unzulässig. Von Bedeutung ist dafür vor allem die fehlende Möglichkeit des zuverlässigen Nachweises, dass die Hauptverhandlung bei bestimmten Beweiserhebungen einen anderen Inhalt hatte, als er dem Urteil zugrunde gelegt wurde. Dies beruht auf der fehlenden technischen Möglichkeit einer zuverlässigen (Gesamt-) Rekonstruktion der tatrichterlichen Hauptverhandlung mangels einer lückenlosen Dokumentation. Eigene Beweiserhebungen des Revisionsgerichts über den Inhalt der Hauptverhandlung sind im Gesetz nicht vorgesehen (BGHSt 21, 149, 151; 31, 139, 140; offen gelassen von BGHSt 22, 26, 28). Allerdings ist dort der Freibeweis im Ganzen weder positivrechtlich geregelt noch ausgeschlossen (Pauly, FS Hamm, 2008, 557, 573). Er gilt darüber hinaus in allen Verfahrenslagen, soweit nicht Sonderregeln für den Strengbeweis zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage in der Hauptverhandlung, bei kommissarischen Beweiserhebungen oder im Probationsverfahren bestehen. Es gilt genau genommen ein Grundsatz des Freibeweisverfahrens mit den genannten Ausnahmen. Im Freibeweisverfahren besteht zudem die Aufklärungspflicht (vgl BVerfGE 70, 297, 309). Der Freibeweis ist kein spezifisches „Mittel des Revisionsrechts“. Auf bestimmte Beweismittelarten ist er nicht beschränkt. Er kann schließlich auch zur revisionsgerichtlichen Feststellung von Prozessstatsachen durchgeführt werden, selbst wenn sie sich zugleich auf die Sache beziehen, aber nicht zwingend doppelrelevant sind (BGH JZ 1968, 433 mAnm Eb. Schmidt). Alle Prämissen der These vom Rekonstruktionsverbot sind demnach zweifelhaft. Wird allerdings die Tür zur revisionsgerichtlichen Beweiskontrolle einen Spalt weit geöffnet, dann kann sie auch nicht mehr teilweise verschlossen bleiben; diese Erkenntnis erklärt den anhaltenden hartnäckigen Widerstand gegen eine Renovierung des Gebäudes der Beweiskontrolle. Die Leistungsgrenzen der Revisionsinstanz stellen nur ein praktisches Hindernis dar, solange eine Inhaltsaufzeichnung der Hauptverhandlung fehlt; ein rechtlicher Hinderungsgrund für einen weiter gehenden Freibeweis ist daraus nicht zu entnehmen.

60.3 Andererseits ist das Freibeweisverfahren im Allgemeinen nicht auf Urkunden beschränkt. Im Freibeweisverfahren gilt zudem die Aufklärungspflicht (vgl BVerfGE 70, 297, 309). Revisionsrichter merken zwar an, dass der Freibeweis zur Feststellung der Aussage von Zeugen, die in der Hauptverhandlung vernommen wurden, weniger zuverlässig sei, als der Strengbeweis (Schäfer in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit 1992, 44, 53). Das erscheint aber nicht zwingend (Wilhelm ZStW 117 [2005], 143, 159 f). Zudem werden Zeugenaussagen ihrerseits in der Hauptverhandlung durch Fragen und Vorhalte aus Protokollen früherer Vernehmungen rekonstruiert. Die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung wird zunehmend mediatisiert. Vor diesem Hintergrund ist die Behauptung, ein Freibeweis zur Rekonstruktion von Zeugenaussagen sei unmöglich oder unzulässig, zunehmend zweifelhaft; mit Art 19 Abs 4, 20 Abs 3, 103 Abs 1 GG vereinbar ist das nicht. Eine Rekonstruktion findet schließlich von Rechts wegen auch im Wiederaufnahmeverfahren statt, bei den die Neuheits- und Geeignetheitsprüfung nach § 359 Nr 5 StPO und § 368 Abs 1 StPO eine Rekonstruktion sogar rechtlich gerade voraussetzt, die allerdings praktisch auf Leistungsgrenzen stößt. Zumindest dann, wenn ein Freibeweis – ungeachtet der Art des Beweismittels – zu eindeutigen Resultaten gelangen kann, so etwa beim positiven Nachweis einer „Sachverhaltsverfälschung“ durch das Tatgericht gegenüber einem aktenkundigen Befund, so müsste er nach dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht nur als zulässig, sondern auch als in der Sache erfolgreich anerkannt werden. Soweit die Praxis dies verhindert, handelt sie eindeutig contra legem.

60.4 Weder das tatrichterliche Urteil noch das Protokoll der Hauptverhandlung erfüllen Dokumentationsaufgaben; das Defizit bei der Kontrolle der Beweisergebnisse des Tatgerichts im Rahmen eines wie auch immer definierten Rechtsschutzverfahrens, sei es die Revision oder die Wiederaufnahme des Verfahrens, liegt also zunächst in der gesetzlichen Ausgestaltung der Hauptverhandlung. Der Beweis der Unrichtigkeit der Urteilsfeststellungen mit Aufzeichnungen eines Prozessbeteiligten wird bisher nicht zugelassen (BGHSt 15, 347, 349 = NJW 1961, 789, 790; krit Fezer, FS Hanack, 1991, 89, 94 ff). Auch eine Teilwiederholung einer Beweisaufnahme im Wege des Freibeweises, etwa durch Vergleich eines Fotos mit der Person des Angeklagten, gilt als nicht zulässig (BGHSt 29, 18, 20; 41, 376, 381; krit Döhmer SVR 2009, 46, 51). Schließlich wird bisher die Rüge der Aktenwidrigkeit des Urteils nicht zugelassen (BGH NStZ 1992, 506; NStZ 2006, 55; Schmitt in DAV, Die Verteidigung in der Hauptverhandlung im Hinblick auf die Revision, 1986, 42, 51; krit Kühne GA 2008, 361, 370), weil regelmäßig nur der Gesamtinhalt der Akten eine zuverlässige Rekonstruktion gestatten würde (OLG Brandenburg NStZ-RR 2009, 209, 210), der vom Revisionsgericht aber nicht zu sichten sei (BGH NJW 1992, 2840, 2841). Auch das ist aber nicht zwingend; denn der Freibeweis könnte gerade insoweit gegebenenfalls einen Fehler des Tatgerichts erkennen lassen.

60.5 Die bisweilen gegebene Möglichkeit der Feststellung eines Rechtsfehlers durch Freibeweis lässt sich am Beispiel aufzeigen: B wurde von einer Jugendschutzkammer wegen vielfachen sexuellen Missbrauchs seiner Stieftochter N verurteilt (LG München II Urt v 14.12.2005 – 1 KLS 27 Js 24155/04; Rn 6.3). Eine erste Tatserie war nach dem Urteil dadurch unterbrochen worden, dass die Jugendliche N mit Erfolg einen „Aufdeckungsversuch“ innerhalb der Familie unternommen habe. Dieser „Aufdeckungsversuch“ war zu dem Zeitpunkt erfolgt, als die Mutter und der ungeliebte Stiefvater sich auf ihre Hochzeitsreise begaben hatten, ohne das Kind mitzunehmen. N wurde dann von der Großmutter betreut, die am Tag nach der Abreise der Eheleute ein Tagebuch des Kindes vorfand, in dem vermerkt war, „B hat mich sexuell missbraucht“. Das führte zur Unterbrechung der Hochzeitsreise und dazu, dass N erlaubt wurde, zu ihrem leiblichen Vater umzuziehen, von wo sie nach eineinhalb Jahren freiwillig zurückkehrte, angeblich um danach erneut zum Missbrauchsoffer zu werden. Im Urteil des Strafgerichts wurde angegeben, dass sich aus Zeugenaussagen, auch derjenigen der Großmutter, „keinerlei Hinweise“ darauf ergeben hätten, dass das Tagebuch von N instrumentalisiert worden sei. Die Großmutter hatte aber bei einer polizeilichen Vernehmung angegeben: „N hatte ein Tagebuch... Dieses hat sie immer gut versteckt und darauf geachtet, dass es keiner findet. Dann lag es aber einmal so da, dass man es finden musste. Ich hatte geradezu den Eindruck, dass die N wollte, dass ich es finde.“ Stattdessen wurde im Urteil behauptet, es habe „keinerlei Hinweise“ dafür gegeben, dass eine Instrumentalisierung des Tagebuchs stattgefunden habe. Dabei handelt es sich, gemessen am aktenkundigen Inhalt der Aussage der um eine „Sachverhaltsverfälschung“ in Bezug auf ein Einzelindiz. Selbst wenn die Zeugenaussage in der Hauptverhandlung eine Relativierung ergeben hätte, so wäre es doch unwahr, vom Fehlen jeglicher „Hinweise“ zu sprechen; denn es ist nach der Prozesspraxis in Strafkammersachen auszuschließen, dass eine gänzlich anders lautende Zeugenaussage der Großmutter in der Hauptverhandlung nicht zumindest zu Fragen und Vorhalten aufgrund der Akten geführt hätte. „Hinweise“ lagen also vor, auch wenn ihre Nachprüfung theoretisch zu einem anderen Resultat geführt haben könnte. Die falsche Darstellung des prozessualen Sachverhalts im Urteil wäre daher in einem Freibeweisverfahren mit Hilfe des Akteninhalts feststellbar gewesen. Eine darauf bezogene Rüge gilt aber ohne dogmatisch nachvollziehbare Begründung als unzulässig. Die Rüge wurde im Beispielfall nicht erhoben, weil das bisherige Revisionsrecht sie nicht zulässt (vgl BGH NSTz 1992, 506). Es besteht danach und nach Erkenntnissen aus dem Wiederaufnahmeverfahren und einem nachfolgenden Zivilprozess in casu eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit des Vorliegens eines rechtskräftigen Fehlurteils. Derartiges gilt es in der Revisionsinstanz zu verhindern, wenn auch für sie der wahre prozessuale Sachverhalt eine zentrale Größe ist (vgl in anderem Zusammenhang BGHSt 51, 298, 308).

60.6 Aus allem resultiert eine Rechtsschutzlücke an zentraler Stelle des Strafprozesses (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 132 ff; Wilhelm ZStW 117 [2005], 143 ff). Die ubiquitäre anwaltliche Rüge der „Verfälschung des Sachverhalts“ durch Urteilsfeststellungen (König StV 1998, 113, 114) verhält bisher ungehört. Sie wird aber nicht verstummen, weil immer wieder objektiv erkennbare Fehler vorkommen und zu Fehlurteilen führen, die Friedlosigkeit statt Rechtsfrieden bewirken. Aus der Verfassungswidrigkeit des Zustandes folgt ein Dokumentationsgebot (Norouzi in Strafverteidigervereinigungen, Wehe dem, der beschuldigt wird, Ergebnisse des 34. Strafverteidigertages, 2011, 215, 220 ff), das sich zunächst an den Gesetzgeber richtet, welches aber von Verteidigern mit der mittelbaren Rechtssatzbeanstandung im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.

II. Verfehlung des Inbegriffs der Hauptverhandlung

61 Das Urteil darf nur auf Beweisgrundlagen beruhen, die aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft wurden. Ein Rechtsfehler im Verfahren, auch als Verletzung des Anspruches auf Gehör vor Gericht (BGH JZ 1968, 434; OLG Stuttgart NJW 1968, 2022), ist es also, wenn das Gericht sich auf Aspekte stützt, die nur außerhalb der Hauptverhandlung zu finden sind. Ein Verstoß gegen das Gebot, das Urteil ausschließlich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft zu haben, kann mit der Revision gerügt werden, wenn das Urteil auf Beweismittel verweist, die nach dem Protokoll der Hauptverhandlung dort nicht erhoben worden waren und deren Aussagegehalt auch nicht durch Sekundärbeweismittel oder formlose Vorhalte eingeführt worden sein kann. Diese Rüge setzt voraus, dass die Prozesstatsachen vollständig vorgetragen werden. Wird eine Zeugenaussage im Urteil verwendet, obwohl der Zeuge nicht vernommen worden war, dann verstößt dies nur gegen die vorliegende Vorschrift, wenn auszuschließen ist, dass der Aussageinhalt auf anderem Wege eingeführt worden ist. Die Negativtatsache des Nichtvorliegens von Einföhrungsalternativen hat der Beschwerdeföhrer zu behaupten

(OLG Köln NStZ-RR 1997, 367, 368). Der Beweis der Behauptung ist infolge der Leistungsgrenzen der Revisionsinstanz (Rieß GA 1978, 257, 270), aber in der Regel nur möglich, wenn das Urteil ausdrücklich auf Details der Aussage eines Zeugen, der nicht vernommen wurde, Bezug nimmt und der Aussageinhalt auch in diesem Detaillierungsgrad nicht aus den Angaben anderer Auskunftspersonen geschöpft worden sein kann (BGH NStZ 2010, 409). Ist die Rüge überhaupt zulässig, dann kann meist nur anhand des Urteilstextes rekonstruiert werden, dass das Tatgericht tatsächlich Beweisstoff verwendet hat, der nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen war (BGHSt 21, 149, 150). Von Verfassungs wegen müsste der Nachweis aber deshalb in einem weiteren Umfang geführt werden können, weil es um eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör geht (BGHSt 22, 26, 28; Schröder, Das Wortlautprotokoll als revisionsrechtlicher Nachweis eines Widerspruches zwischen tatrichterlichem Strafurteil und dem Inbegriff der mündlichen Hauptverhandlung, 1996, 112 ff), wofür in jeder Instanz ein effektives Rechtsschutzmittel zur Verfügung stehen müsste (BVerfGE 107, 395 ff). Jedenfalls erscheint ein Vorgehen, einen nicht dem erkennenden Spruchkörper angehörender Richter „zur Entlastung“ des Berichterstatters in der Hauptverhandlung „ebenfalls mitschreiben“ zu lassen, um den Prozessstoff ausreichend zu erfassen und für Beratungszwecke festzuhalten, unter dem Blickwinkel eines Verstoßes gegen § 261 StPO bedenklich (BGH wistra 2012, 158).

III. Darstellungs- und Würdigungsfehler

1. Verfahrensrechtliche Darstellungsrüge

62 Die über den Urteilstext hinausgreifende Darstellungsrüge, kann nur dann mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden, wenn es um den Abgleich solcher Sachbeweise mit dem Urteil geht, deren Aussagegehalt das Revisionsgericht ohne Rekonstruktion der Gesamtheit der Beweisgrundlagen des Urteils zugänglich ist (Schäfer StV 1995, 147, 156). Das gilt im Grunde nur, soweit das Tatgericht verlesene oder im Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführte Urkundentexte gewürdigt oder dies unterlassen hat (BGH NStZ 2008, 705, 706). In diesem Fall kann durch Vergleich des in der Revisionsbegründung mitzuteilenden (BGH NStZ 2000, 215, 216) Urkundeninhalts mit dem Urteil „ohne weiteres“ (krit Döhmer SVR 2009, 46, 53) festgestellt werden, dass das Tatgericht einen falschen Urkundeninhalt zu Grunde gelegt hat (BGHSt 43, 212, 214; BGH NStZ-RR 2003, 52). Auch die Nichtausschöpfung oder Nichtverwertung eines erhobenen Beweises kann so bewiesen werden (BGH StV 1988, 138 mAnm Schlothauer; Schäfer StV 1995, 147, 155). Entsprechendes gilt, wenn eine Aussage gemäß § 273 Abs 3 S 1 StPO wörtlich niedergeschrieben, verlesen und genehmigt worden ist (BGHSt 38, 14, 16; Kempf in DAV Die Verteidigung in der Hauptverhandlung im Hinblick auf die Revision 1986, 63, 65 f). Weshalb es sich dabei nicht um eine – sonst verbotene – Rekonstruktion der Hauptverhandlung handeln soll, erschließt sich allerdings nicht dogmatisch (Fezer in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 58, 61). Hat sich das Tatgericht mit der wörtlich beurkundeten Aussage nicht auseinandergesetzt, obwohl ihre Würdigung geboten war, kann gleichwohl mit Aussicht auf Erfolg ein Erörterungsmangel gerügt werden. Gleiches gilt in Fällen der gebotenen, aber unterbliebenen Befassung mit einer Niederschrift über eine richterliche Beschuldigtenvernehmung (BGHSt 38, 14, 16, 17). Keinen Erfolg kann die Darstellungsrüge nach der Rechtsprechung mit der Behauptung haben, ein vernommener Zeuge habe anders ausgesagt (BGHSt 43, 212, 213, 214; BGH NStZ-RR 2009, 180) oder die mündliche Aussage sei anders zu verstehen gewesen (BGHSt 29, 18, 21). Ferner kann nicht erfolgreich gerügt werden, einem vernommenen Zeugen seien bestimmte Fragen nicht gestellt, das Beweismittel also nicht ausgeschöpft worden (BGHSt 48, 268, 273; BGH NStZ 1997, 296;

1997, 450, 451; 2000, 156; Schäfer StV 1995, 147, 157). Auch die Alternativrüge, es sei entweder § 244 Abs 2 StPO oder § 261 StPO verletzt (BGHSt 43, 212, 215, 216; Hebenstreit, FS Widmaier, 2008, 267 ff; Pauly, FS Hamm, 2008, 557, 563 f; krit Fezer, 58, 62; abl inzwischen BGH NStZ 2007, 115; dagegen Döhmer SVR 2009, 46, 53), hilft nicht weiter, weil auch sie an die Leistungsgrenzen der Revisionsinstanz stößt. Eine Beweiserhebung des Revisionsgerichts ist ausgeschlossen (BGH NStZ 1983, 278 mAnm Fezer). Die Rechtsprechung macht schließlich einen Unterschied zwischen Urkundenbeweis und Augenscheinobjekt. Ein Urkundeninhalt kann danach revisionsrichterlich „rekonstruiert“ und mit dem Urteil abgeglichen, das Augenscheinobjekt dagegen angeblich nicht an einem Vergleichsobjekt gemessen werden (BGHSt 29, 18, 21 f; aA Herdegen StV 1992, 590, 594). Der Freibeweis ist sonst jedoch nicht auf Urkundeninhalte begrenzt. Warum dies im Revisionsverfahren anders sein soll, wird nicht dogmatisch begründet (Fezer in Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, 1991, 89 ff), sondern nur pragmatisch damit erklärt, dass alleine insoweit eindeutige revisionsgerichtliche Feststellungen zu erzielen seien. Das wirkt allerdings nicht zwingend.

2. Sachbeschwerde gegen die Beweisgründe

63 Aufgrund der Sachrüge prüft das Revisionsgericht von Amts wegen, ob die tatrichterliche Beweiswürdigung – freilich nur so, wie sie sich aus dem Urteilstext ersehen lässt (zur richterlichen Darlegungskompetenz Herdegen, FS Eisenberg, 2009, 527, 529 ff; aA zum verbotenen Blick in die Akten Kuckein/Müller, NJW-Festheft für Tepperwien 2010, 31 ff) – den Beweistoff lückenlos ausgeschöpft hat, keine Widersprüche oder Verstöße gegen die Denkgesetze oder Erfahrungssätze aufweist (Eisenberg, Beweisrecht der stRp, Rn 885). Darüber hinaus werden nach der zwischenzeitlichen Rechtsprechung in Grenzen auch die Tragfähigkeit der objektiven Beweisgrundlagen und die Nachvollziehbarkeit ihrer tatrichterlichen Würdigung überprüft. Damit wird allerdings nur an eine allenfalls begrenzte Dokumentation der Beweisergebnisse in den Urteilsgründen (OLG Koblenz Beschl v 14.10.2010 – 1 Ss 139/10) angeknüpft, weshalb die Revision als Kontrollmittel nicht endgültig leisten kann, was sie für eine Möglichkeit der effektiven Kontrolle leisten müsste (Schlothauer StV 1992, 134, 135). Die revisionsgerichtliche Kontrolle bemüht sich letztlich um eine „juristische Wahrheit“ (Kühne GA 2008, 361, 363). Sie bleibt damit jedoch bei der Rechtsschutzgewährung auf halbem Wege stehen und liefert im Ergebnis die Simulation einer effektiven Rechtsschutzmöglichkeit (Geipel Die Notwendigkeit der Objektivierung der Beweiswürdigung und Vorschläge zu ihrer Durchführung 2008, 40 ff), die sodann den falschen Eindruck erweckt, revisionsgerichtlich überprüfte Urteile seien regelmäßig sachlich zutreffend. Dies wird in Wiederaufnahmeverfahren den Antragstellern dann wieder – zu Unrecht – entgegen gehalten. Erst recht fehlt ein effektiver Rechtsschutz mittels der revisionsrichterlichen Beweiskontrolle aufgrund der Sachrüge gegen eine unsachliche Beeinflussung des Urteils durch Ankereffekte (Englich in Volbert/Steller [Hrsg], Handbuch der Rechtspsychologie 2008, 477, 489 ff; zur Ankerheuristik auch Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1166). Die erweiterte Revision wird effektiver, wenn neben den klassischen Beanstandungsgründen hinsichtlich der Denkgesetze und Erfahrungssätze sowie der Lückenlosigkeit und Widerspruchsfreiheit der Beweiswürdigung auch die Rügen der Verletzung von Vorsichtsregeln (Rn 47), der Nichtbeachtung sich aufdrängender Zweifelsgründe, der fehlenden Objektivierbarkeit des Beweiswürdigungsvorgangs und der mangelnden positiven Taterfassung in Ausschlussverfahren zugelassen werden (Karl Peters in Wasserburg [Hrsg], Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, 391, 394).

63.1 Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen, wie sie im zivilprozessualen Berufungsverfahren nach § 529 Abs 1 Nr 1 ZPO auch unter Abgleichung des Urteils mit dem Akteninhalt mit besserer

Kontrolldichte geprüft werden (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 141 ff), sind selbst mit der „erweiterten Revision“ in Strafsachen nach der gegenwärtigen Rechtsprechung nicht aufzugreifen, obwohl sie hier nicht seltener vorkommen. Der Entwurf eines entsprechenden Rechtsmittels im Strafverfahren ist nicht realisiert worden (Barton StV 2004, 332, 334). Die Erkenntnis der wirklichen Wahrheit wirkt unerwünscht. Im Rechtsstaat erscheint jedoch eine genaue Fehlerurteilsforschung angezeigt (Kleinknecht GA 1961, 45, 48), denn aus Fehlern kann man ab besten lernen. Das Ignorieren des Phänomens von Fehlerurteilen ist ein Irrweg. Ein Fehlerurteil kann auch heute leicht entstehen, es ist gegebenenfalls noch kaum zu beseitigen.

63.2 Die Annahme, dass die Zahl der Fehlerurteile, die einen in tatsächlicher Hinsicht falschen Schuldspruch enthalten, höher ist, als Richter es ahnen, liegt sehr nahe (Hirschberg Das Fehlerurteil im Strafprozess 1960, 12). Allerdings stehen sich zwei unterschiedliche Auffassungen gegenüber. Insbesondere Richter gehen davon aus, dass von Fehlerurteilen nur gesprochen werden dürfe, wenn im Wiederaufnahmeverfahren tatsächlich einmal zuverlässig die sachliche Unrichtigkeit eines Urteils festgestellt wird (Mosbacher FPPK 2015, 82, 86; Tolksdorf <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.interview-zu-fehlerurteilen-kein-mensch-wuerde-richter.16065407-e8a5-4097-bc7a-17c455f1f010.html>). Ein Dunkelfeld könne, so eine nicht mit Tatsachen unterlegte Zusatzbehauptung, allenfalls in demselben Umfang bestehen. Statistisch wäre die Zahl der Fälle sicher nachgewiesener Fehlerurteile und auch deren Verdoppelung zur Abdeckung eines Dunkelfelds – bei aller Tragik des Einzelfalls – dann statistisch gesehen vernachlässigenswert.

63.3 Die Zahl rechtskräftiger Fehlerurteile ist unbekannt (Velten GA 2015, 387, 391). Die gern geglaubte These einer minimalen Fehlerurteilsquote stützt sich auf die Annahme, dass die Kontrollmechanismen des Strafverfahrens wirksam einer höheren Fehlerquote entgegenwirken. Nach allen Falldarstellungen und Untersuchungen über Fehlerquellen im Strafverfahren (Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913; Hirschberg, Das Fehlerurteil im Strafprozess, 1960; Neuhaus StV 2015, 185 ff; K. Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, 3 Bände, 1970 – 1974) ist dagegen anzunehmen, dass die nachgewiesenen Fälle von Fehlerurteilen nur die Spitze eines Eisbergs bilden. Denn die dort wirksam gewordenen Fehlerquellen weisen auf strukturelle Mängel hin. Außerdem sind die Mittel der Kontrolle unzureichend (Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 2. Aufl 2013, Kap 3 Rn 28 ff). Die Filterfunktion des Zwischenverfahrens läuft leer, wenn angesichts einer Quote von Fällen, in denen die Eröffnung des Verfahrens abgelehnt wurde, im Promillebereich liegt. Die intuitive trichterliche Beweiswürdigung verfehlt ihren Zweck, wenn sie mit einer Dissonanzreduktion einhergeht und die Methodenanforderungen nicht berücksichtigt, die an eine aussagepsychologische Begutachtung gestellt werden. Die revisionsgerichtliche Kontrolle versagt, wenn die Erfolgsquoten von Verfahrensrügen unter einem Prozent liegen und auch die sachlich rechtliche Beanstandung der trichterlichen Beweiswürdigung keine höhere Erfolgsquote von Revisionen ergibt. Die Wiederaufnahmepaxis behandelt Wiederaufnahmeanträge derart restriktiv, dass das Rechtsschutzmittel mit Erfolgsquoten im Promillebereich praktisch leerläuft. Insgesamt erweisen sich die Mittel der Kontrolle als weitgehend ineffektiv.

63.4 Die empirisch nachgewiesenen Perseveranz-, Inertia- und Schulterchlusseffekte (Schünemann StV 2000, 159 ff) ergeben sodann ein hohes Fehlerpotenzial. Sie treffen mit einer fehlerhaften Voreinstellung (Interviewer Bias) zusammen, die zum konfirmatorischen Hypothesentesten führen (Sickor StV 2015, 516, 519 f), welches in einer sich im Urteil selbst erfüllenden Prognose aus dem Eröffnungsbeschluss mündet. Die allzu enge Orientierung an der Aktenlage ist trügerisch. Bei Beweiserhebung im Vorverfahren liegt auch schon eine Überbewertung der Verdachtshypothese und anhaltende Dissonanzreduktion (Raske, Die Dissonanzreduktion als Fehlerquelle in forensischen Glaubwürdigkeitsbeurteilungen, 2012) vor. Sie zieht sich durch das gesamte anschließende Verfahren. Belastungsbeweise werden überschätzt, Entlastungsbeweise ignoriert oder unterbewertet. Das zeigt sich auch an der Fehleinschätzung der Beweis Bedeutung von Geständnissen. Falsche Geständnisse kommen – im Bereich von mehreren Prozent – öfter vor, als dies gemeinhin angenommen wird (vgl Drews, Die Königin unter den Beweismitteln? 2013, 117 ff; Volbert FPPK 2013, 230 ff). Schon aus den Untersuchungen von K. Peters geht hervor, dass sie eine erhebliche Fehlerquelle darstellen. Seither ist insbesondere durch die Praxis der Urteilsabsprachen eine wesentliche Verstärkung dieses Effekts festzustellen. Ganz oder teilweise falsche Zeugenaussagen kommen in nicht ganz geringer Zahl hinzu, die oftmals unerkannt bleiben, weil die Möglichkeiten der internationalen Falschaussage unterschätzt und die Möglichkeiten von „falschen Erinnerungen“ weithin unbekannt sind. Aktuelle Verlockungen für informelle Kronzeugen durch die Urteilsabsprachepaxis oder die geläufige Kronzeugenbegünstigung nach materiellem Recht (§ 46b, § 46 Abs 2 StGB) und die Belohnung polizeilicher Vertrauensleute kommen als Falschaussage Motive hinzu. Gestörte Persönlichkeiten benötigen kein rationales Falschaussagemotiv; das bleibt oft unbeachtet. Methodisch, sachlich oder fachlich fehlerhafte Gutachten werden oft unkritisch übernommen. Insgesamt sind die Fehlerquellen zahlreicher als die bekannt gewordenen Fehlerkorrekturen es erahnen lassen. Vorurteile, Pensendruck, übertriebenes Vertrauen in frühere Beurteiler und Ausbildungsdefizite führen dazu, dass Fehlbewertungen nicht korrigiert werden.

63.5 Liegt die Freispruchsquote im deutschen Strafverfahren deutlich unter drei Prozent, ist die Quote der grundsätzlichen Urteilsbeanstandungen durch die Revision ebenfalls gering und fällt das Wiederaufnahmeverfahren als Rechtsschutzmittel statistisch gesehen so gut wie vollständig aus, dann ist anzunehmen, dass die Fehlerquellen zu einer sehr deutlich über der Zahl der sicher nachgewiesenen Fehlerurteil liegende Quote sachlich falscher, aber rechtskräftiger Urteile führen. Schon eine Schätzung fällt allerdings schwer. Annäherungsweise kann man auf Folgendes verweisen: Liegt die Quote der Urteilsabänderungen in Zivilsachen nach dem Maßstab des § 529 Abs 1 Nr 1 ZPO, vornehmlich aus Beweisgründen, bei 30 – 40%, so ist sie in der strafprozessualen Revisionsinstanz, die nach Strafkammerurteilen die einzige Kontrollinstanz ist, nur bei etwa einem Zehntel jener Quote angesiedelt (Barton StV 2004, 332, 336), soweit man nicht ganz marginale Änderungen hinzurechnet. Daraus und aus der Freispruchsquote, die in den jury-Verfahren des US-Rechts durch nicht aktenkundige Beurteiler bei einem Drittel liegt, in Deutschland mit der Dominanz der durch den Akteninhalt beeinflussten Berufsrichter aber unter drei Prozent, folgt, dass die Fehlerurteilsquote schon in streitigen Strafsachen in Deutschland auch unter Berücksichtigung der Perseveranz-, Inertia- und Schultersequenzeffekte aufgrund des einseitigen Systems der Sachverhaltsmittlung unter Abzug eines Sicherheitsabschlags grob geschätzt doch schon im zweififfrigen Prozentbereich liegt. Dem korrespondiert eine zu den falschen Geständnissen hinzukommende Quote von Falschaussagen bei Zeugen, die auf 30 bis 40% geschätzt wird (Köhnken Böse, Eloquenz Die Zeit 3.4.2008 Nr 15 - www.zeit.de/2008/15/Interview-Koehnken) und sich namentlich in Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, verheerend auswirkt. Das Dogma der minimalen Fehlerurteilsquote wird nach allem nicht ganz ohne Grund aus anwaltlicher Sicht als „Lebenslüge der Justiz“ bezeichnet (Wasserburg in Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle, Strafverteidigung in der Praxis, § 15 Rn 23).

IV. Rüge der Verletzung des Zweifelssatzes

64 Die Entscheidungsregel in dubio pro reo gilt bei einer Verurteilung nur dann als verletzt, wenn sich aus den schriftlichen Urteilsgründen ergibt, dass der Tatrichter konkrete Zweifel an der Schuld des Angeklagten hatte und dennoch verurteilt hat. Zweifel müssen nach der Rechtsprechung im Beratungszimmer geklärt sein. Das fertige Urteil muss im Verurteilungsfall von ihnen frei sei (RGSt 66, 163, 165). Ein Fall, dass im Urteilstext des verurteilenden Erkenntnisses dennoch restliche Zweifel erkennbar werden, kommt bei gehöriger Erfahrung der Urteilsverfasser kaum vor (Bossi Halbgötter in schwarz 2005, 94 ff); stattdessen wird routinemäßig die zweifelsfreie Überzeugung hervorgehoben. Der Text des schriftlichen Urteils verbürgt dann aber weder die sachliche Richtigkeit der Entscheidung noch die wirkliche Beachtung des Zweifelssatzes, zumal nach dem Grundsatz der Totalabstimmung über die schriftlichen Urteilsgründe von Rechts wegen nicht einmal im vollen Quorum förmlich abgestimmt wird (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 128). Bei einem Freispruch wird der Zweifelssatz dagegen nach der Rechtsprechung rechtsfehlerhaft angewendet, wenn er auf ein einzelnes Entlastungsindiz ohne dessen Einbeziehung in eine Gesamtwürdigung angewendet wird (BGH NStZ 2006, 650, 651, 652) oder wenn „überspannte Anforderungen“ an die tatrichterliche Überzeugung aufgestellt werden. Andernfalls müsste auch bei einer Verurteilung die Vernachlässigung der Nullhypothesen, die ins Rechtliche übersetzt eine Anwendung des Zweifelssatzes auf Einzelindizien wären, als Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo gelten. Die gegenläufige formale Handhabung des Zweifelssatzes führt dazu, dass dieser in der Praxis leer läuft. Der Zweifelssatz ist demnach dogmatisch ein rechtsstaatlicher Fundamentalsatz, praktisch aber nur eine Leerformel (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 47 f). Die zwischenzeitliche Rechtsprechung zum Beweismaßstab einer objektiv hohen Wahrscheinlichkeit sollte das Defizit kompensieren; sie ist ihrerseits inzwischen wieder weit gehend obsolet. Eine Klarstellung in der Rechtsprechung fehlt jedenfalls.

H. Wiederaufnahmeantrag

65 Das Wiederaufnahmeverfahren besitzt – angesichts der Ineffektivität der Revision als Schutz gegen Fehlerurteile – theoretisch und rechtlich eine wichtige Funktion (Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1213; Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 144 ff),

dem die Praxis aber nicht genügend Rechnung trägt (Schwenn StV 2010, 705, 707 ff). Im Wiederaufnahmeverfahren, das kein Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung kennt, sondern eine Rekonstruktion zur Feststellung der Neuheit und Geeignetheit von Tatsachen oder Beweismitteln gerade voraussetzt, stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Dokumentation des Beweisgangs anders als im Revisionsrechtszug. Nicht selten wird im Urteil die Einlassung des Angeklagten sinnentstellend wiedergegeben (Kempf in DAV, Die Verteidigung in der Hauptverhandlung im Hinblick auf die Revision, 1986, 63, 67). Hat sich der Angeklagte mehrfach geäußert, kommt es vor, dass Widersprüche konstruiert werden, wo allenfalls Formulierungsunterschiede oder Ergänzungen vorliegen. Ähnlich kann es Entlastungszeugen ergehen, deren Aussagen im Urteilstext unverständlich oder widersprüchlich erscheinen, ohne dass dies für einen Prozessbeobachter angezeigt erschienen wäre. Umgekehrt wird Aussagen von Belastungszeugen Konstanz und Glaubhaftigkeit attestiert, wo eigentlich kein Anlass dazu bestünde (Schlothauer StV 1992, 134). Einwände, die sich gegen die Glaubwürdigkeit solcher Zeugen ergeben, werden von Urteilsverfassern relativiert oder übergangen. Auch wenn eine nach Aktenlage belastend erscheinende Aussage von dem Zeugen in der Hauptverhandlung abgeschwächt oder modifiziert wurde, wird dies oft nicht erfasst. Entlastungsbeweise werden verschwiegen (Wilhelm ZStW 117 [2005], 132). Nach Urteilslektüre wird von Verteidigern oft geäußert, man habe den falschen Film gesehen (Geipel ZAP 2011 Nr 22, 1161, 1167; Nack FS Rieß 2002, 361, 368; Wahl, NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer 2002, 73, 74) oder an einer anderen Hauptverhandlung teilgenommen (Döhmer SVR 2009, 46, 47). Insbesondere in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium sinkt die richterliche Bereitschaft zum Abrücken von der Verdachtshypothese ab, so dass auch an sich liquide Entlastungsbeweise beiseitegeschoben werden. Mit kognitiver Dissonanz alleine ist das nicht immer zu erklären. Zu erwägen ist dann die Möglichkeit einer Wiederaufnahme nach § 359 Nr 5 StPO insbesondere in dem Fall, dass wesentliche entlastende Beweisergebnisse im Urteil keinen Niederschlag gefunden haben. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass Gegenstand der Beweiswürdigung für das Urteil nicht die wahrnehmbaren (Herdegen, FS Eisenberg, 2009, 527), sondern die wahrgenommenen und in der Urteilsberatung präsenten Informationen sind. Was nicht Gegenstand der Urteilsberatung wurde, ist neu, auch wenn es Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen war, dort aber überhört oder bis zur Urteilsberatung vergessen wurde. Der Wiederaufnahmeantrag ist nämlich ein Angriff auf das Urteil, nicht auf das Prozessergebnis, wie es nach der Aktenlage hätte begründet werden können.

66 Die Wiederaufnahme ist als funktionaler Berufungersatz in Strafkammersachen erforderlich (Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 144 ff); denn die Revision bietet dagegen, dass eine Wahrheitsverdrehung (Sabine Rückert, Unrecht im Namen des Volkes, 2007, 152) oder eine Verfälschung des Sachverhalts (Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 88 f; König StV 1998, 113, 114) erfolgt, dass das Urteil frisiert (Alsberg Justizirrtum und Wiederaufnahme 1913, 39) oder dicht geschrieben wurde (Bossi, Halbgötter in schwarz, 2005, 94; Döhmer SVR 2009, 46, 47), wegen der Unzulässigkeit der Revisionsrüge der Aktenwidrigkeit des Urteils und wegen des für die Ermittlung der materiellen Wahrheit hinderlichen Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung für das Revisionsgericht (Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, 321 ff) wegen des Fehlens einer Dokumentation der Hauptverhandlung keinen effektiven Schutz. Revisionsrichter gehen von der Vermutung der Vollständigkeit der Urteilsgründe aus (Schäfer StV 1995, 147, 156 und in DAV, Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit, 1992, 44, 55; Wahl, NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer 2002, 72, 75), die bisweilen nicht zutrifft. Revisionsgerichte lassen jedoch eine Widerlegung dieser Vermutung nicht zu. Damit fehlt effektiver

Rechtsschutz (Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, 111 ff). Tatrichter wissen, wie sie ihr Urteil reversionssicher abfassen können (Wilhelm ZStW 117 [2005], 143, 144) und sie nutzen dieses Wissen zunehmend als Abwehrmittel gegen die erweiterte Revision. Dagegen muss es eine Rechtsschutzmöglichkeit geben (Eschelbach HRRS 2008, 190, 199; Wahl, NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer 2002, 73, 74 f), zumal das Verschweigen wichtiger Entlastungsbeweise, auf die sich auch Äußerungen nach § 257, 258 StPO bezogen hatten, gegen Art 103 Abs 1 GG (Art 6 Abs 1 EMRK) und das Leerlaufenlassen der Revision gegen Art 19 Abs 4 GG (Art 13 EMRK) verstößt. Die bestehende Rechtsschutzlücke ist inakzeptabel (Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, 408; Wille, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren, 2012, 145 ff).

67 Die Vermutung der Vollständigkeit der Urteilsfeststellungen ist im Revisionsrechtszug bezüglich des erhobenen Personalbeweises nahezu unwiderleglich, aber manchmal unberechtigt und zwar schon seit langer Zeit: „In der Praxis der Strafkammern ist ungemein eingebürgert der Brauch, im Urteil nur das eingehend zu erörtern, was zur Rechtfertigung der Verurteilung dient. Dass ein Urteil ein vollkommen abgeschlossenes objektives Verhandlungsbild bietet, in dem auch nicht eines der in der Verhandlung zur Sprache gebrachten Momente fehlt, gehört zu den größten Seltenheiten“ (Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, 37). Die Urteilsgründe alleine sind als Angriffsgegenstand eines Rechtsschutzmittels namens Revision nicht ausreichend. Das tatrichterliche Bestreben, der „erweiterten Revision“ entgegenzuwirken, hat den schon früh und andauernd kritisierten Befund einer Unvollständigkeit oder extremen Einseitigkeit der Urteilstexte verstärkt. Deshalb ist die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urteilsgründe nur eine Fiktion. Ihre Umkehrung kann aber einen Wiederaufnahmegrund nach § 359 Nr 5 StPO ergeben, wenn ein objektiv wichtiges Entlastungsindiz im Urteilstext verschwiegen wurde. Dann ist dieses Indiz bei Umkehrung der Vermutung neu (Eschelbach, FS Widmaier, 2008, 127, 139; Wasserburg in Brüssow/Gatzweiler/Krekel/Mehle, Strafverteidigung in der Praxis, § 15 Rn 39), zumindest wenn nicht angenommen werden soll, dass es bewusst weggelassen wurde, wofür der Hinweis in BGHSt 43, 212, 216 auf Rechtsbeugung gelten würde (zum Risiko des Vorwurfs der falschen Verdächtigung durch Personen, die auf die Möglichkeit der Rechtsbeugung verweisen, vgl RGSt 74, 257 ff). Ist in den Fällen des § 55 Abs 2 JGG ausnahmsweise das Berufungsgericht die letzte Instanz, dann ist auch eine Anhörungsrüge nach § 55 Abs 4 JGG gegen das Verschweigen wesentlicher Entlastungsindizien im Urteilstext möglich (Eschelbach/Geipel/Weiler StV 2010, 325, 329); die Konkurrenz zwischen Wiederaufnahmeantrag und Anhörungsrüge in diesem Bereich ist aber noch völlig ungeklärt.