

„ÜBER ZEUGEN“ im Strafverfahren

1. „ÜBER ZEUGEN“ und „überZeugen“ aus strafprozessualer Sicht

Während das am 30. und 31. Mai 2013 veranstaltete Symposium im Zentrum für Literatur- und Kulturforschung (ZfL) in Berlin unter der Überschrift „überZeugen“ stand, trägt der vorliegende Sammelband den Titel „ÜBER ZEUGEN“. Die unterschiedlichen Schreibweisen stellen kein reines Wort- bzw. Buchstabenspiel dar, sondern sind geeignet, den Fokus auf eine spezifisch juristische Problematik zu richten. Denn mehr noch als die Majuskeln „ÜBER ZEUGEN“ führt der typographische Neologismus „überZEUGEN“ zwei im heutigen Sprachgebrauch getrennte Wortbedeutungen wieder zusammen und hebt dabei zugleich deren gemeinsame etymologische Wurzeln hervor. Das Verb „überzeugen“ leitet sich nämlich vom mittelhochdeutschen *überziugen* ab, was so viel bedeutet, wie jemanden vor Gericht durch Zeugen überführen.¹ Das heißt: Es geht in meinem Beitrag erstens um den Zeugen und zweitens um das Überzeugen. Und damit sind wir bereits im Thema.

Ich möchte zunächst aus strafprozessualer Sicht „über Zeugen“ referieren, also den Gerichtszeugen im Strafverfahren sowohl normativ als auch faktisch betrachten (in 2).² Anschließend wird darüber zu sprechen sein, was strafprozessual unter „überzeugen“ zu verstehen ist. Es geht dabei um § 261 Strafprozessordnung (StPO), eine Norm, die seit 1877 unverändert ist und die lautet: „Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“ (in 3). Zum Schluss werde ich kurz der Frage der Produktion von Gewissheit und ihrer Akteure im Strafverfahren nachgehen. Dabei kommen neben den zuvor behandelten Zeugen und Richtern weitere Prozessbeteiligte ins Spiel, namentlich Beschuldigte und ihre Verteidiger (in 4). Ich sehe meine Aufgabe dabei primär darin, einem interdisziplinär zusammengesetzten Adressatenkreis die juristische Perspektive zu erläutern, um so einen fruchtbaren fachübergreifenden Diskurs zu ermöglichen.

1 DWB Bd. 23, Sp. 674–680.

2 Diese Fragestellung bildete den Hauptinhalt meines Vortrags am 30.5.2013 im ZfL.

2. Über Zeugen

Der Gerichtszeuge verkörpert den ursprünglichen Zeugenbegriff; er ist der Urtyp aller Formen von Zeugenschaft. Die neuerdings in der Philosophie, Philologie, Medienwissenschaft und Theologie behandelten Zeugenschaften³ in Form des Märtyrers, des Boten, des Zeit- und des Überlebenszeugen wären ohne den Gerichtszeugen nicht denkbar.

2.1 Der Zeugenbeweis

Klammert man antike Vorläufer aus, so findet sich der Gerichtszeuge im engeren Sinn in Kontinentaleuropa ab dem Hochmittelalter. Er verdankt seine Existenz – historisch gesehen – der Entstehung des Inquisitionsprozesses, also der richterlichen Suche nach materieller Wahrheit im Gerichtsverfahren. Bei diesem Prozesstyp gilt die Instruktionsmaxime, die den Richter dazu anhält, von sich aus den Vorwurf aufzuklären und ein abschließendes Urteil zu fällen. Im früheren Akkusationsprozess oblag die Durchführung des Verfahrens dagegen dem Verletzten bzw. seiner Sippe. Es wurde nicht nach materieller Wahrheit gesucht und dementsprechend fand auch keine justizförmige Beweisaufnahme statt. Vielmehr endete das Verfahren rein formal durch Gottesurteil oder Reinigungseid.⁴

Im Zivilverfahren gilt zwar nicht die Instruktionsmaxime, sondern der Beibringungsgrundsatz;⁵ aber auch hier gibt es Zeugen, die dem Richter bei der Wahrheitsfindung dienen sollen. In beiden Prozesstypen ist der Zeuge dabei ein Beweismittel, also ein nach der jeweiligen Verfahrensordnung als zulässig angesehenes Mittel, um über eine entscheidungserhebliche Sachverhaltsfrage Beweis zu erheben. Diese für Juristen selbstverständliche, für Nicht-Juristen aber möglicherweise seltsam anmutende Feststellung bedarf der Vertiefung. Dabei werde ich mich nachfolgend überwiegend auf den Zeugen im Strafverfahren konzentrieren.

3 Als besonders wichtige Publikationen fachübergreifender Art seien hier nur genannt: Sibylle Krämer: *Medium, Bote, Übertragung. Kleine Metaphysik der Medialität*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2008; Sibylle Schmidt: *Zeugenschaft. Ethische und politische Dimensionen*, Frankfurt a. M. u. a.: Lang 2009; Sibylle Schmidt/Sibylle Krämer/Ramon Voges (Hg.): *Politik der Zeugenschaft. Zur Kritik einer Wissenspraxis*, Bielefeld: transcript Verlag 2011; Thomas Weitin: *Zeugenschaft. Das Recht der Literatur*, München: Fink 2009; Wolfram Drews/Heike Schlie (Hg.): *Zeugnis und Zeugenschaft. Perspektiven aus der Vormoderne*, München: Fink 2011.

4 Vgl. Wolfgang Schild: *Folter, Pranger, Scheiterhaufen*, München: Bassermann 2010, S. 78 f.; Heinrich Rüping/Günter Jerouschek: *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München: Beck 2011, Rn. 19 ff.; Reinhard von Hippel: „Zeugeneid – Beweismittel – Beweisrecht“, in: Carl Joseph Hering (Hg.): *Staat – Recht – Kultur. Festgabe für Ernst von Hippel zu seinem 70. Geburtstag*, Bonn: Röhrscheid 1965, S. 117–125, hier S. 119 ff.; vgl. ferner Andreas Deutsch: Art. „Beweis“, sowie Dietlinde Munzel-Everling: Art. „Eid“; beide in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller (Hg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, Berlin: Erich Schmidt 2012, Bd. 1, Sp. 560 f.; Sp. 1255.

5 Vgl. dazu Deutsch: „Beweis“ (Anm. 4), Sp. 562 f.

2.1.1. Der Zeuge als Beweismittel im Strafverfahren

Zur Klärung des Sachverhalts ist im Gerichtsverfahren Beweis über das Vorliegen von Tatsachen zu erheben. In der Hauptverhandlung geht es namentlich darum, ob der von der Staatsanwaltschaft erhobene Vorwurf sich als richtig erweist.⁶ Die deutsche Strafprozessordnung – wie alle anderen rechtsstaatlichen Prozessordnungen – lässt dabei nicht irgendeine Form des Beweises zu, sondern sieht für die Beantwortung der Frage, ob der Angeklagte die Tat begangen hat und wie er gegebenenfalls zu bestrafen ist, eine streng formalisierte Beweisaufnahme vor (sogenannter Strengbeweis). Das bedeutet zunächst, dass es einen geschlossenen Kreis der Beweismittel gibt. Der Beweis kann nur als Urkunden-, Augenscheins-, Sachverständigen- oder eben Zeugenbeweis durchgeführt werden. Für jedes Beweismittel hat die StPO jeweils spezielle Vorschriften vorgesehen; der Zeugenbeweis ist zum Beispiel in den §§ 48–71 StPO geregelt.

Der Zeuge ist also in erster Linie ein Beweismittel. Er soll – wie die anderen Beweismittel auch – dazu beitragen zu klären, ob der Angeklagte die ihm vorgeworfene Tat begangen hat. Mögliche Gegenstände des Zeugenbeweises können dabei nur Tatsachen sein. Der Zeuge darf sich also nicht zu Rechtsfragen äußern; auch Schlussfolgerungen, Mutmaßungen, Werturteile und bloße Meinungen sind von ihm nicht gefordert. Er soll einzig und allein Bekundungen über Begebenheiten und Zustände machen, die einer Wahrnehmung durch die Sinne zugänglich sind.⁷ Metaphysische Dinge gehören nicht zu diesem Programm.

Da der Zeuge Mittel zur Wahrheitsfindung sein soll, ist er kein Subjekt des Strafverfahrens.⁸ Anders als Beschuldigte, Staatsanwälte oder Verteidiger, die als Prozesssubjekte den Prozess stufenförmig zur Entwicklung bringen,⁹ sind seine im prozessualen Raum vorgenommenen Handlungen nicht auf die Herbeiführung eines bestimmten Prozessziels ausgerichtet, sondern Ausdruck staatsbürgerlicher Pflicht.¹⁰

Zeugen sind namentlich verpflichtet, vor Gericht (§ 48 Abs. 1 StPO) und vor dem Staatsanwalt (§ 161a Abs. 1 StPO) zu erscheinen, wahrheitsgemäß auszusagen (§ 48 Abs. 1 S. 2 StPO; § 153 StGB) und die Aussage gegebenenfalls zu beedigen (§ 59 StPO). Sofern Zeugen gegen die grundsätzlich bestehende Aussagepflicht

⁶ Vgl. §§ 155, 264 StPO.

⁷ Jens Dallmeyer, in: Max Alsberg: *Der Beweisanspruch im Strafprozess*, Köln: Heymanns ⁶2013, Rn. 336.

⁸ Die Problematik von Opferzeugen wird hier nicht vertieft. Hinzuweisen ist nur darauf, dass Opferzeugen als Nebenkläger (§§ 395 ff. StPO) zum eigenständigen Subjekt des Strafverfahrens werden können; vgl. dazu Stephan Barton/Christian Flotho: *Opferanwälte im Strafverfahren*, Baden-Baden: Nomos 2010, S. 23 ff.

⁹ Karl Peters: *Strafprozeß*, Heidelberg/Karlsruhe: Müller ⁴1985, S. 102.

¹⁰ Klaus Rogall, in: Jürgen Wolter (Hg.): *Systematischer Kommentar, StPO*, Köln: Heymanns ⁴2014, Bd. 1, vor § 48 Rn. 9; Alexander Ignor/Camilla Bertheau, „Strafprozessordnung“, in: Volker Erb/Robert Esser/Ulrich Franke u. a. (Hg.): *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin: de Gruyter ²⁶2008, Bd. 2, vor § 48 Rn. 16.

verstoßen, können sie mit Ordnungsmitteln belegt oder zwanghaft vorgeführt werden (§§ 51 Abs. 1, 70 StPO).

Der Zeuge hat aber natürlich auch Rechte. Zu nennen sind hier an erster Stelle Zeugnisverweigerungsrechte als Angehöriger des Beschuldigten (§§ 52, 252 StPO), ferner als Berufsheimlichkeitsträger (§ 53 StPO); auch hat der Zeuge ein Auskunftsverweigerungsrecht für den Fall, dass er sich durch eine Aussage selbst belasten könnte (§ 55 StPO). Die Inanspruchnahme dieser Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte setzen der Beweisaufnahme Grenzen. Für jeden Zeugen gilt zudem der Grundsatz des fairen Verfahrens, der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Belehrung über Zeugnis-, Auskunfts- und Eidesverweigerungsrechte.¹¹ Zeugen dürfen sich zudem eines anwaltlichen Beistands bedienen (§ 68b Abs. 1 StPO); ein solcher kann ihnen auch beigeordnet werden (§ 68b Abs. 2 StPO). Schließlich haben Zeugen auch das Recht auf Entschädigung (§ 71 StPO).

2.1.2 Begriffliche Klarstellungen

Nach einer schönen Definition des Reichsgerichts aus dem Jahr 1918 ist Zeuge gemäß §§ 48 ff. StPO, „wer in einer Strafsache, ohne Partei zu sein, vor dem Richter seine Wahrnehmungen über Tatsachen durch Aussage kundgeben soll“.¹² Es sind damit drei Komponenten, die den Gerichtszeugen ausmachen: Erstens muss es ein Strafverfahren geben, zweitens muss die Person dort eine Aussage machen, ohne drittens – wie der Beschuldigte – Partei zu sein.

Damit wird zunächst klar, dass – anders als im angloamerikanischen Recht – der Angeklagte im deutschen Strafprozess nicht in der Prozessrolle des Zeugen auftreten kann;¹³ auch ein Richter kann nicht während des Prozesses als Zeuge fungieren.¹⁴ Aus der Definition des Reichsgerichts ergeben sich allerdings auch Unvereinbarkeiten mit den in den anderen Wissenschaften thematisierten Formen von Zeugenschaft. Während im nicht-juristischen Diskurs das Spannende darin liegt, die Gemeinsamkeiten zwischen den verschiedenen Zeugenschaften zu betonen, sollen hier die Divergenzen herausgestellt werden.

Ein Märtyrer, der Zeugnis von seinem Glauben abgelegt hat und dafür gestorben ist, kann niemals Zeuge in einem Strafverfahren sein. Verstorbene können natürlich nicht Gerichtszeugen sein. Möglich wäre, dass Dritte (z. B. als Augenzeuge einer Steinigung) über das Schicksal des Märtyrers Angaben machen oder dass Zeugen vom Hörensagen vernommen werden, die – ohne selbst das Tatge-

11 Ignor/Bertheau: „Strafprozeßordnung“ (Anm. 10), vor § 48 Rn. 18 f.

12 *RGS* 52, 289; vgl. dazu Dallmeyer (Anm. 7), Rn. 336 ff.

13 Das ist im deutschen Recht unstrittig; vgl. Eberhard Schmidt: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil 2, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1953–1957, vor § 48 Rn. 3; Rogall (Anm. 10), vor § 48 Rn. 9. Namentlich ist der Beschuldigte im Gegensatz zum Zeugen nicht verpflichtet auszusagen.

14 Vgl. § 22 Nr. 5 StPO.

schehen verfolgt zu haben – davon berichten, was ihnen Dritte über das Geschehen mitgeteilt haben.

Auch Prediger oder Diakone, die durch ihr theologisches Wirken Zeugnis ihres Glaubens ablegen, werden damit nicht zu Gerichtszeugen – es fehlt am Gerichtsverfahren. Ebenso sind Boten oder Zeitzeugen keine Gerichtszeugen; sie werden es allenfalls dann, wenn sie als Zeugen vom Gericht geladen werden.

Eine besondere Aufmerksamkeit hat der Überlebenszeuge in den wissenschaftlichen Diskursen erfahren, namentlich als Person, die als ehemaliger KZ-Häftling über ihr Leiden und damit über die Shoah berichtet.¹⁵ Auch hier gilt, dass von einem Gerichtszeugen erst dann die Rede sein kann, wenn die betreffende Person in einem Gerichtsverfahren aufgefordert wird, eine Aussage über ihre Wahrnehmungen von Tatsachen zu machen. In einem solchen Fall prallen dann die subjektive Wahrheit des Überlebenszeugen mit der juristischen Wahrheit des Gerichtszeugen aufeinander.¹⁶ Der Wille, später Zeuge (in einem Strafverfahren) werden zu wollen, kann einem Häftling, wie Agamben zeigt, die Kraft zum Überleben geben.¹⁷ Aber als Gerichtszeugen sind die Überlebenden – was Agamben eindringlich schildert – nicht die „wirklichen Zeugen“. Die wirklichen Zeugen sind vielmehr die Untergegangenen, die Muselmanen – diejenigen, „die kein Zeugnis abgelegt haben und kein Zeugnis hätten ablegen können.“¹⁸ Die Überlebenden, die im Gericht als Zeugen auftreten, sind bezogen auf diese Dimension des existenzialen Zeugnisses für Agamben „Pseudo-Zeugen“. Und weiter: „Wer es übernimmt, für sie Zeugnis abzulegen, weiß, daß er Zeugnis ablegen muß von der Unmöglichkeit, Zeugnis abzulegen. Das aber verändert entscheidend den Wert des Zeugnisses“.¹⁹

Der Wert des Zeugnisses leidet dabei in einer doppelten Weise: Zum einen kann im Strafverfahren die existenziale Wahrheit nicht angemessen abgebildet werden; sie muss angesichts der Aufgaben des Strafrechts notwendigerweise zu kurz kommen. Zum anderen leidet aber auch die juristische Wahrheit des Zeugenbeweises. Die Aussagen der Überlebenszeugen waren häufig für das rechtliche Entscheidungsprogramm nicht präzise genug und deshalb auch vielfach nicht ausreichend für die Überführung von Angeklagten. Die Beweisführung über die Todesmaschinerie von Auschwitz stützte sich dementsprechend auch keinesfalls nur auf Zeu-

15 Vgl. Sibylle Schmidt: „Wissensquelle oder ethisch-politische Figur? Zur Synthese zweier Forschungsdiskurse über Zeugenschaft“, in: Schmidt/Krämer/Voges: *Politik der Zeugenschaft* (Anm. 3), S. 47–66, hier S. 60 ff.; Sybille Krämer: „Vertrauen schenken. Über Ambivalenzen der Zeugenschaft“, in: Schmidt/Krämer/Voges: *Politik der Zeugenschaft* (Anm. 3), S. 117–140, S. 135 ff.

16 Die Zeugen im Auschwitz-Prozess durften zwar ihre subjektiven Erfahrungen ansprechen, „doch wurden diese Erinnerungen sogleich im Namen der Genauigkeit und um dem Recht Genüge zu tun, verdrängt“; David O. Pendas: *Der Auschwitz-Prozess* (2006), München: Siedler 2013, S. 310.

17 Giorgio Agamben: *Was von Auschwitz bleibt. Das Archiv und der Zeuge*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2003, S. 13.

18 Agamben: *Was von Auschwitz bleibt* (Anm. 17), S. 30.

19 Ebd.

genaussagen von Überlebenden, sondern erfolgte im Wege des Urkundenbeweises, durch Sachverständige und auch durch Aussagen von Beschuldigten.²⁰

2.1.3 Der Gerichtszeuge: ubiquitär, profan, säkular

Anders als die zuvor angesprochenen besonderen Formen der Zeugenschaft, namentlich die des Überlebenszeugen, sind Aussagen von Gerichtszeugen in der Gerichtspraxis in den allermeisten Fällen ausgesprochen unspektakulär. Der Zeuge im Strafverfahren ist etwas sehr Alltägliches; er kommt in der Justizpraxis massenhaft vor. Der Zeuge im Strafverfahren ist normalerweise durch und durch profan. Er ist jemand wie Sie und ich – oder unser Nachbar. Er kann im Idealfall der Staatsanwaltschaft und dem Gericht helfen, einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt aufzuklären. Er hat vielleicht etwas beobachtet; vielleicht kann er eine verdächtige Person wiedererkennen; vielleicht kann er auch nur eine Randbedingung zu der Tat oder zu der Person beitragen; vielleicht kann er das alles nicht.

Der gewöhnliche Gerichtszeuge ist aber nicht nur ubiquitär und profan; die Zeugenaussage ist auch weitgehend säkularer Art. Frühere sakrale Momente, die namentlich im Beschwören der Wahrheit der Aussage in Form der Eidesleistung unter Anrufung Gottes zum Ausdruck kamen, sind weitgehend aus dem Strafverfahren gedrängt worden. Anders als in der öffentlichen Wahrnehmung erfolgen Vereidigungen in Deutschland äußerst selten. Dahinter steht ein langjähriger Prozess fort-dauernder Säkularisierung und Entmythifizierung der Vereidigung.²¹ War die Vereidigung 1877 nahezu für alle Zeugen zwingend – und dabei als Voreid (vor der Vernehmung) und unter Verwendung einer religiösen Beteuerung zu leisten, erfolgt heutzutage die Vereidigung nur in wenigen Ausnahmefällen – und dann als Nacheid und mit der Möglichkeit einer weltlichen Formel oder einer eidesgleichen Bekräftigung (§§ 59, 64 f. StPO). Dahinter steht die empirische Erkenntnis, dass Vereidigungen – wie die jahrzehntelange Gerichtspraxis leidvoll demonstriert hat – Zeugen nicht zur Wahrheit animieren konnten, sondern nur in den Meineid getrieben haben. Niemand erwartet heutzutage, ein Zeuge werde im Hinblick auf seine bevorstehende Vereidigung aus religiösen Gründen zur Wahrheit geführt werden.

20 Vgl. dazu Gerhard Werle/Thomas Wandres: *Auschwitz vor Gericht*, München: Beck 1995, S. 216: „Deshalb ist es auch vordergründig zu sagen, die Feststellungen des Gerichts beruhen vorwiegend auf Zeugenaussagen, deren Beweiswert nach den Erkenntnissen der Kriminologie nicht der beste sei. Denn dies trifft lediglich in Beziehung auf die konkreten Tatbeiträge der einzelnen Angeklagten zu. Was in Auschwitz allgemein geschah, ist jedoch auf breitester Beweisgrundlage festgestellt worden.“ Auch Pendas: *Auschwitz-Prozess* (Anm. 16), S. 249 geht davon aus, dass die historische Darstellung des Systems der Konzentrationslager im Auschwitz-Urteil im Wesentlichen nicht auf Zeugenaussagen, sondern auf Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte, historischen Dokumenten und den Erinnerungen des Lagerkommandanten Höß beruhten.

21 Rogall (Anm. 10), vor § 48 Rn. 136 f.; zur Geschichte von Hippel vgl. Hering: *Staat – Recht – Kultur* (Anm. 4), S. 117 ff.; Thomas Vormbaum: *Eid, Meineid und Falschaussage*, Berlin: Duncker & Humblot 1990, S. 173 ff.

2.2 Der Zeugenbeweis aus kriminalistischer Sicht

Der Zeuge ist das meist gebrauchte Beweismittel; er ist in der Praxis geradezu der „Star des Beweisrechts“.²² Dennoch sind sich Juristen und Kriminalisten darin einig, dass Zeugen ganz gewiss nicht die besten Beweismittel darstellen, sondern dass ihnen mit größter Skepsis zu begegnen ist. Falsche Aussagen können dabei durch Lügen bedingt sein; noch größere Bedeutung dürfte jedoch den irrtümlichen Falschaussagen zukommen. Oder wie es der ehemalige Richter am Oberlandesgericht Bender auf den Punkt gebracht hat: „Der Irrtum ist der größte Feind der Wahrheitsfindung vor Gericht“.²³

2.2.1 Irrtümliche Falschaussagen

Fehlerquellen ergeben sich auf allen Stufen des Zeugenbeweises, angefangen bei der ursprünglichen Wahrnehmung über die Erinnerung bis hin zur Wiedergabe in der Vernehmung.²⁴

2.2.1.1 Wahrnehmungsfehler

Menschen betreiben aus anthropologisch vorgegebenen Bedingungen der Wahrnehmungsbegrenzung eine ungeheure Reduktion von Komplexität. Wir beschränken unsere Wirklichkeit auf einen kleinen Ausschnitt der großen Welt. Auch sonst stoßen unsere Wahrnehmungsfähigkeiten vielfach auf Grenzen. Unsere Sinnesorgane lassen uns mehr oder weniger im Stich, wenn die Wahrnehmungsbedingungen nicht stimmen; zudem sind wir für vielfältige Sinnestäuschungen anfällig. Die Beschränkungen der Wahrnehmungsfähigkeit betreffen uns alle, also auch den aufmerksa-

22 Vom „Star des Personalbeweises“ spricht Franz Salditt: „Grundlagen des Zeugenbeweises im Strafrecht“, in: *StraFo* (1990), S. 52–62, hier S. 54; vgl. dazu auch Stephan Barton: „Fragwürdigkeiten des Zeugenbeweises“, in: ders. (Hg.): *Redlich aber falsch*, Baden-Baden: Nomos 1995, S. 23–63, hier S. 23 f. Die nachfolgende Darstellung basiert auf einer aktualisierten Fassung dieser Publikation.

23 Rolf Bender: „Der Irrtum ist der größte Feind der Wahrheitsfindung vor Gericht“, in: *StV* (1982), S. 484–486, hier S. 484.

24 Gleichermaßen gute wie knappe Einführungen in das komplexe Thema liefern Hans-Heiner Kühne: „Der Beweiswert von Zeugenaussagen“, in: *NS&Z* (1985), S. 252–255, hier S. 252; Elizabeth F. Loftus: „Falsche Erinnerungen“, in: *Spektrum der Wissenschaft* (2004) 4, S. 6–67, hier S. 65 f.; Elizabeth F. Loftus/Katherine Ketcham: *Die therapierte Erinnerung*, Hamburg: Klein 1994, S. 15 ff.; Elliot Aronson/Timothy Wilson/Robin Akert: *Sozialpsychologie*, München: Pearson 2008 (Nachdruck 2010), S. 523 ff. Umfassend wird das Thema behandelt u. a. von Ulrich Eisenberg: *Beweisrecht der StPO*, München: Beck 2015, Rn. 1356 ff.; Rolf Bender/Armin Nack/Wolf-Dieter Treuer: *Tatsachenfeststellungen vor Gericht*, München: Beck 2014, Rn. 1 ff. Speziell zur Personenidentifizierung im Strafverfahren vgl. Siegfried Ludwig Sporer „Verarbeitung von Gesichtsarten“, in: Hans-Werner Bierhoff/Dieter Frey (Hg.): *Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie*, Göttingen u. a.: Hogrefe 2006, S. 350 f.

men, gesunden, im Vollbesitz seiner Kräfte stehenden Menschen; bei Menschen mit physiologischen Beeinträchtigungen können diese noch ausgeprägter sein.

Obwohl Menschen nur einen geringen Teil der Realität wahrnehmen, werden die Bruchstücke der wahrgenommenen Realität geistig zu einem für den Wahrnehmenden sinnvollen Ganzen weiterverarbeitet. Diese Sinngebungsprozesse (Apperzeption)²⁵ sind stark persönlichkeitsgebunden und nicht zuletzt von den Erwartungen des Wahrnehmenden an die spezielle Situation abhängig. Ulrich Eisenberg stellt dazu fest, dass Wahrnehmungen, bevor sie abrufbar gemacht werden können, „verarbeitet und in das bereits bestehende kognitive System eingegliedert werden“ müssen.²⁶ Diesen Prozessen liegen Strukturen zugrunde, die Eisenberg treffend als Schemata bezeichnet.²⁷ Besonders deutlich werden diese bei Rollenerwartungen²⁸ und Skripten. Letztere bezeichnen Erwartungen, die in ihren Grundzügen durch Schemata festgelegt sind, und die Leerstellen (für Personen, Objekte und Handlungen) haben. Schemata und Skripte ordnen die Welt des Zeugen zu einem sinnvollen Ganzen; sie können aber auch zu einem verzerrten und falsch interpretierten Bild des Geschehens führen. Dies ergibt sich aus der menschlichen Neigung zur Ausfüllung von Leerstellen sowie zur Schlussfolgerung und Kausalattribution.²⁹

Aber auch sonst ist es so, dass Details, die im Moment der Wahrnehmung für das ‚Skript‘ des Zeugen irrelevant sind, nur flüchtig wahrgenommen und nicht gespeichert werden. Dabei lassen sich tatsächlich Wahrgenommenes und nachträgliche Hinzufügungen später nicht mehr voneinander trennen. Wenn eine Wahrnehmung durch ein Schema verfälscht wurde, ist es dem Zeugen regelmäßig nicht mehr möglich, nachträglich die unverfälschte Wirklichkeit zu erinnern. Diese ist unwiederbringlich verloren.³⁰

2.2.1.2 Erinnerungsfehler

Wie wir alle wissen und oft schmerzhaft am eigenen Leibe erfahren, vergessen Menschen im Laufe der Zeit sehr vieles. Die sogenannte Vergessenskurve belegt, dass mehr als die Hälfte eingepprägter Ereignisse nach kürzester Zeit vergessen sind; nach einigen Tagen steht weniger als ein Drittel davon zur Verfügung; nach sechs Jahren sind es weniger als zehn Prozent.³¹ Natürlich bringt dies für den Zeugenbeweis erhebliche Fehlerquellen mit sich.

25 Barton: „Fragwürdigkeiten des Zeugenbeweises“ (Anm. 22), S. 33 ff.

26 Eisenberg: *Beweisrecht* (Anm. 24), Rn. 1370.

27 „Einheiten, in denen das Wissen um typische, immer wieder vorkommende Gegenstände und Vorgänge im weitesten Sinne gespeichert ist und die auf konkrete Wahrnehmungen und Wahrnehmungssituationen angewandt werden“; ebd.

28 Beispiele ebd., Rn. 1371.

29 Bender/Nack/Treuer: *Tatsachefeststellungen* (Anm. 24), Rn. 68 f.

30 Barton: „Fragwürdigkeiten des Zeugenbeweises“ (Anm. 22), S. 35 f.

31 Vgl. dazu Luise Greuel/Susanne Offe/Agnes Fabian u. a.: *Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage, Theorie und Praxis der forensisch-psychologischen Begutachtung*, Weinheim u. a.: Beltz 1998, S. 30.

Gefährlicher für Wiedergabefehler sind solche Gedächtnisfehler, die sich – genau umgekehrt – als Anreicherungstendenzen³² auswirken. Bestehende Erinnerungslücken werden unbemerkt ausgefüllt. Eine große Rolle spielen dabei die schon im Rahmen der Wahrnehmung erwähnten Schemata und Skripte.

Die Erinnerung stellt sich also häufig nicht als bloßes Abrufen „abgespeicherter“ Informationen dar, sondern als konstruktiver Prozess. Die experimentell bewiesenen Fehlleistungen in Abhängigkeit von suggestiv gestellten Fragen können auch für den Zeugenbeweis von Bedeutung sein, was die frappierenden Experimente zu alltäglichen Gegebenheiten von Elisabeth Loftus beweisen.³³ Sie hat wiederholt nachgewiesen, dass von Fehlinformationen, die in Fragen eingestreut werden, suggestive Kraft ausgeht und unter Umständen auch ein sogenanntes „*False Memory Syndrom*“ erzeugt wird.³⁴

Erinnerungsfehler treten nicht zuletzt auch bei Gegenüberstellungen im Strafverfahren auf. Hierzu gibt es eine Vielzahl von erschreckenden Befunden, die allesamt dazu tendieren, dem Beweiswert des angeblichen Wiedererkennens mit Skepsis zu begegnen.³⁵

2.2.1.3 Wiedergabefehler

Eine Zeugenaussage stellt einen Interaktionsprozess zwischen Zeugen und Vernehmenden dar, in den befragungsleitende Hypothesen eingehen.³⁶ Wie schon bei den Erinnerungsverfälschungen dargestellt wurde, können Suggestionen die Aussage erheblich verfälschen.

Von Fragen geht ein Konformitätsdruck aus: Es können dadurch unbewusst Wahrnehmungsergänzungen erfolgen; an sich bestehende Zweifel können entfallen und Unterstellungen werden trotz Widerspruchs zur eigenen Erinnerung akzeptiert.

Zur Ungenauigkeit von Aussagen tragen aber sicherlich auch eine Reihe technischer und psychologischer Fehler in der Vernehmung bei. Unnötiges Wartenlassen von Zeugen auf dem zugigen Gerichtsflur, Zeitmangel, Ungeduld, Unfreundlichkeit und fehlende Vorbereitung auf die Vernehmung führen zu Beeinträchtigungen der Aussagequalität. Auch Verständigungsprobleme zwischen Vernehmenden und

32 Bender/Nack/Treuer: *Tatsachenfeststellungen* (Anm. 24), Rn. 125 ff.; vgl. dazu auch Eisenberg: *Beweisrecht* (Anm. 24), Rn. 1378 f.

33 Loftus: „Falsche Erinnerungen“ (Anm. 24), S. 62; ausführlich im Zusammenhang mit „therapieren“ (fälschen) Erinnerungen: Loftus/Ketcham: *Die therapierte Erinnerung* (Anm. 24).

34 Zu diesem Syndrom bzw. Falschinformationseffekt vgl. Gabriele Jansen: *Zeuge und Aussagepsychologie*, Heidelberg: Müller 2012, Rn. 511 ff.; Greuel u. a.: *Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage* (Anm. 31), S. 43; Aronson u. a.: *Sozialpsychologie* (Anm. 24), S. 535 ff.

35 Siegfried Ludwig Sporer: „Bibliographie zur Beeinflussbarkeit von Zeugenaussagen“, in: Barton: *Redlich aber falsch* (Anm. 22), S. 151–170.; vgl. ferner Hans-Jörg Odenthal: *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*, Stuttgart u. a.: Boorberg 31999.

36 Bernd Schünemann: „Der deutsche Strafprozess im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit“, in: *StV* (1998), S. 391–401, hier S. 394.

Befragten – nicht zuletzt auch Sprachbarrieren – können den „Nährboden für eine verzerrte und selektive Informationsverarbeitung“ bilden,³⁷ ebenso wie Vorurteile und Alltagstheorien von Vernehmenden über Zeugen zu einer verfehlten Voreingenommenheit und Kommunikationsverzerrungen führen können.³⁸

2.2.2 Bewusste Falschaussagen

Man muss davon ausgehen, dass die Zahl der bewusst falschen Aussagen außerordentlich hoch ist,³⁹ auch wenn nur ein geringer Teil der Lügen später als Meineid oder uneidliche Falschaussage verfolgt wird.⁴⁰ Das Erkennen und Aufdecken von Lügen stellt also ein ungeheuer schwieriges Unterfangen dar.

Lügen kommen – wie empirische Untersuchungen zeigen –⁴¹ bei der großen wie bei der kleinen Kriminalität vor; sie sind auf keine bestimmten Deliktswürfe und natürlich auch nicht auf bestimmte Personengruppen beschränkt. Sie müssen sich nicht auf unmittelbar relevante Beweise, sondern können sich auch auf begleitende Umstände und bloße Indizien beziehen.⁴²

Es gibt unzählige Motive für Falschaussagen. Vielfach kommt es dem Belastungszeugen darauf an, sich selbst zu entlasten. Zuweilen geht es auch darum, durch die Lüge den (berechtigten) Verdacht von sich selbst auf einen anderen abzuwälzen.⁴³ Daneben können aber auch Beweggründe wie „Scham, Sichselbsterausstellung, Prestigegewinn, Gewinnsucht, Freude an der Verwirrung, Zuneigung, Kameradschaftlichkeit, Mitleid, Verärgerung, Rache, Haß“⁴⁴ zur Lüge führen.

Ein ganz besonders heikles Kapitel bilden Falschaussagen, bei denen sich Lüge und Irrtum vermengen.⁴⁵ Motivationale Prozesse (z. B. die Wahrung des Selbstbildes eines Zeugen) können in subtiler Weise Einfluss auf die kognitive Wahrnehmung und Erinnerung ausüben.⁴⁶

37 Bernd Schünemann: „Kognition, Einstellung, und Vorurteil bei der Rechtsfindung“, in: Joachim Lampe (Hg.): *Beiträge zur Rechtsanthropologie*, Beiheft Nr. 22 zur ARSP (1985), S. 68–84, hier S. 73.

38 Barton: „Fragwürdigkeiten des Zeugenbeweises“ (Anm. 22), S. 40. Schon vor 75 Jahren nahm Karl Peters an, dass jährlich etwa 60.000 Meineide in Deutschland geleistet wurden; vgl. Karl Peters: *Zeugenlüge und Prozeßausgang*, Bonn: Röhrscheid 1939, S. 3.

39 Peters: *Strafprozeß* (Anm. 9), S. 383.

40 Im Jahr 2015 wurden 4868 falsche uneidliche Aussagen und 166 Meineide erfasst; vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2015, Grundtabelle – Fallentwicklung (www.bka.de).

41 Vgl. Karl Peters: *Fehlerquellen im Strafprozeß*, Bd. 2, Karlsruhe: Müller 1972 (Wiederaufnahmeverfahren).

42 Ebd., S. 74.

43 Beispielsfälle ebd., S. 75.

44 Peters: *Strafprozeß* (Anm. 9), S. 384.

45 Vgl. dazu auch Bender/Nack/Treuer: *Tatsachenfeststellungen* (Anm. 24), Rn. 466 ff.

46 In BGH *StV* (2004), 521 f. wird ein solcher nachdenklich stimmender Fall einer unbewussten Verschiebung von Geschehenem geschildert.

2.2.3 Sicheres zum unsicheren Zeugen

Fehler, Irrtümer und Lügen sind beim Zeugenbeweis aus kriminalistischer Sicht nicht seltene Ausnahmen, sondern bilden eher die Regel. „Als Zeuge ist der Mensch eine ‚Fehlkonstruktion‘.“⁴⁷ Besondere Skepsis verdienen dabei Bekundungen, die unter schwierigen Wahrnehmungssituationen entstanden sind (z. B. Dunkelheit, schnell erfolgende Ereignisse) oder wenn zwischen Geschehnis und Aussage ein längerer Zeitraum verstrichen ist. Auch bestimmte Zeugen (z. B. alte oder sehr junge, kranke, übermüdete und betrunkene Menschen, aber auch Opferzeugen und Polizeibeamte) können ein besonders hohes Verfälschungspotenzial in sich tragen. Aber selbst bei denkbar optimalen Bedingungen sind individuelle Fehler und strukturelle Verzerrungen möglich.

Für den Strafruristen bedeutet das: Es gibt praktisch nichts, worauf er sich bei einer Zeugenbekundung sicher verlassen darf, außer: ‚Lüge ist nicht ausgeschlossen‘ und ‚Irren ist menschlich‘. Sicher am Zeugenbeweis ist insofern, dass man vor bösen Überraschungen nicht sicher sein kann. Max Alsberg hat das bezogen auf den Richter treffend auf den Punkt gebracht: „Es ist fürwahr eine schwankende Brücke, die der Richter betritt, wenn er auf einen Zeugenbeweis hin zu einer Verurteilung gelangt.“⁴⁸

Und deshalb versuchen kriminalistische Praktiker – jedenfalls bei gewichtigen Vorwürfen wie beispielsweise Tötungsdelikten – die Beweisführung möglichst nicht allein auf Zeugenaussagen zu stützen.⁴⁹ Es gibt deshalb seit etwa 50 Jahren starke Tendenzen, den Zeugenbeweis durch Sachbeweise (wie z. B. Daktyloskopie oder DNA-Analyse) zu ersetzen.⁵⁰

3. Überzeugung

In § 261 StPO ist, wie eingangs erwähnt, geregelt, dass das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung entscheidet. Diese für das deutsche Beweisrecht zentrale Norm besagt zum einen, dass der Richter ausschließlich das seinem Urteil zugrunde legen darf, was zuvor den Regeln des Strengbeweises entsprechend tatsächlich auch als Beweis in der Hauptverhandlung erhoben wurde. Zudem muss der Richter, worauf in neuerer Zeit abgestellt wird, auch alle in der Hauptverhandlung

47 Bender/Nack/Treuer: *Tatsachenfeststellungen* (Anm. 24), Rn. 17.

48 Max Alsberg: „Justizirrtum und Wiederaufnahme“ (1913), in: Jürgen Taschke (Hg.): *Max Alsberg – Ausgewählte Schriften*, Baden-Baden: Nomos²2014, S. 283–397, hier S. 310.

49 Zum kriminalistischen Sachbeweis vgl. Stephan Barton: „Kriminaltechnik und Strafverteidigung“, in: Vereinigung Berliner Strafverteidiger e. V. u. a. (Hg.): *10. Strafverteidigertag*, Berlin 1987, S. 58–92; aus neuerer Zeit Ralf Neuhaus: „Kriminaltechnik“, in: Rainer Brüssow/Norbert Gatzweiler/Wilhelm Krekeler/Volkmar Mehle (Hg.): *Strafverteidigung in der Praxis*, Bonn: Dt. Anwaltverlag⁴2007, § 29.

50 Neuhaus: „Kriminaltechnik“ (Anm. 49), § 29 Rn. 3.

erhobenen Beweise würdigen, hat diese also „auszuschöpfen“.⁵¹ Zum anderen – und darauf kommt es für unser Thema an – ist in § 261 StPO der Grundsatz der freien Beweiswürdigung festgeschrieben.

3.1 Freie Beweiswürdigung

Die Freiheit der Beweiswürdigung besteht darin, dass der Richter nicht an starre Beweisregeln gebunden ist, wie das in Deutschland zum Teil noch bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts der Fall war.⁵² Gerade im Bereich des Zeugenbeweises galt im früheren Gemeinrechtlichen Prozess beispielsweise die Zwei-Zeugen-Regel, wonach ein Beweis nur dann geführt war, wenn mindestens zwei einwandfreie Zeugen das fragliche Geschehen bekundeten.⁵³ Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung enthebt das Gericht von diesen starr formalisierten Regelungen. Entscheidend ist nunmehr die Überzeugung des Richters, worunter die persönliche, subjektive Gewissheit des Richters von der objektiven Wahrheit zu verstehen ist.⁵⁴ Der Richter muss also einen bestimmten Sachverhalt ohne Zweifel für wahr halten.⁵⁵ Dieses Abstellen auf die „intime conviction“ stellt eine Errungenschaft der französischen Revolution dar, die sich mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung auch in Deutschland durchgesetzt hat. Das bedeutet für den Zeugenbeweis: Jetzt kann auch ein einziger Zeuge völlig ausreichen, um dem Richter die Gewissheit zu vermitteln, dass ein Geschehen sich so und nicht anders zugetragen hat – auch dann, wenn andere Zeugen das Gegenteil bekundet haben. Selbst der Umstand, dass eine Zeu- genaussage beeidigt wurde, ändert daran nichts; hier ist das Gericht in seiner Bewertung ebenfalls frei.⁵⁶ Mehr noch: Es bedarf unter Umständen weder eines Zeugenbeweises noch eines Geständnisses – auch ein bloßer Indizienbeweis kann für die richterliche Überzeugung ausreichen.

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des frühen Bundesgerichtshofes (BGH) wurden dem Tatrichter große Freiheiten bei der Beweiswürdigung eingeräumt; maßgeblich war primär dessen Gewissheit. Weniger ausschlaggebend war die objektive Sachlage und ob man die Sache auch anders sehen könne:

Freie Beweiswürdigung bedeutet, daß es für die Beantwortung der Schuldfrage allein darauf ankommt, ob der Tatrichter die Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt erlangt hat oder nicht; diese *persönliche* Gewißheit ist für die Verurteilung notwendig, aber auch genügend. Der Begriff der Überzeugung schließt die Möglichkeit eines anderen, auch gegenteiligen Sachverhaltes nicht aus; vielmehr gehört es gerade

51 Yvonne Ott, in: Rolf Hannich (Hg.): *Karlsruher Kommentar*, München: Beck 72013, § 261 Rn. 1.

52 Claus Roxin/Bernd Schünemann: *Strafverfahrensrecht*, München: Beck 282014, § 45 Rn. 42.

53 Vgl. von Hippel: „Zeugeneid – Beweismittel – Beweisrecht“ (Anm. 4), S. 121; Deutsch: „Beweis“ (Anm. 4), Sp. 564.

54 Ott (Anm. 51), § 261 Rn. 2.

55 Roxin/Schünemann: *Strafverfahrensrecht* (Anm. 52), § 45 Rn. 43.

56 Rogall (Anm. 10), vor § 48 Rn. 137; Roxin/Schünemann: *Strafverfahrensrecht* (Anm. 52), § 45 Rn. 46.

zu ihrem Wesen, daß sie sehr häufig dem objektiv möglichen Zweifel ausgesetzt bleibt.⁵⁷

Das hat in frühen Entscheidungen des Reichsgerichts zu zweifelhaften Entscheidungen geführt. So wurde beispielsweise ein „Liebestrank“ als ein geeignetes Mittel angesehen, um Zuneigung hervorzurufen oder eine Tat als „typisches Männerwerk“ gewürdigt.⁵⁸ Später wurden der Freiheit der Beweiswürdigung durch die Revisionsrechtsprechung zunehmend Grenzen gesetzt, um zu verhindern, dass die persönliche Gewissheit zum Freibrief für Willkür wird. Die Gewissheit des Richters, ein Geschehen habe sich so und nicht anders zugetragen, darf also nicht im Gegensatz zu Denkgesetzen⁵⁹ oder zu gesicherten Erfahrungssätzen⁶⁰ stehen.

Auch ein bloßer Verdacht reicht nicht für eine Verurteilung aus – egal wie überzeugt der Richter von der Täterschaft ist. Und erst recht kann die „Schweinehundtheorie“⁶¹ nicht für eine Verurteilung ausreichen. Ein Urteil muss nach Auffassung der modernen Revisionsrechtsprechung vielmehr eine objektive Grundlage aufweisen; es darf kein Verdacht im Gewand der Überzeugung sein. Es muss schlüssig und für andere nachvollziehbar sein.⁶² Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat diese Entwicklung der Revisionsrechtsprechung des BGH aus verfassungsrechtlicher Sicht zustimmend zur Kenntnis genommen:

Die Anforderungen des Bundesgerichtshofs an die Beweiswürdigung haben sich – mit der Folge einer wirksameren Sicherung der Grundrechte des Beschuldigten, auch der Unschuldsvermutung [...] – stark verändert [...]. Während die frühere Rechtsprechung Schlussfolgerungen des Tatgerichts, die nach der Lebenserfahrung möglich sind, genügen ließ [...], wird nunmehr vorausgesetzt, daß der Schuldspruch auf einer tragfähigen Beweisgrundlage aufbaut, die die objektiv hohe Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des Beweisergebnisses ergibt.⁶³

Erforderlich ist neben der subjektiven Überzeugung des Tatgerichts also zusätzlich noch eine hohe Wahrscheinlichkeit des im Urteil festgestellten Sachverhalts.⁶⁴

57 BGHS 10, 208 (209).

58 Beispiele von Ernst-Walter Hanack, in: Volker Erb/Robert Esser/Ulrich Franke u. a. (Hg.): *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin: de Gruyter 252003 (Vorauslage), § 337 Rn. 122.

59 Denkgesetze betreffen die Regeln der Logik (man kann nicht zugleich an zwei Orten sein), Rechenfehler und Zirkelschlüsse; vgl. Ott (Anm. 51), § 261 Rn. 46.

60 Ein Verstoß gegen einen gesicherten Erfahrungssatz kann etwa dann vorliegen, wenn das Gericht meint, ein Zeuge – der behauptet, ein Autofahrer sei mit einer bestimmten Geschwindigkeit gefahren – sei ein besseres Beweismittel als ein elektronisches Messgerät, welches das Gegenteil ausweist; weitere Beispiele finden sich ebd., § 261 Rn. 47.

61 Im Sinne, dass Richter ihre ‚Pappenheimer‘ kennen; zum Pappenheimer-Syndrom im Hinblick auf Opfer vgl. Stefan König: „Das Pappenheimer-Syndrom“, in: Stephan Barton (Hg.): *Beziehungsgewalt und Verfahren: Strafprozess, Mediation, Gewaltschutzgesetz und Schuldfähigkeitsbeurteilung im interdisziplinären Diskurs*, Baden-Baden: Nomos 2004, S. 49–59.

62 BGH StV (1982), 256; BGH NSz 1986, 373.

63 BVerfG JR (2004), 37 (39).

64 Roxin/Schünemann: *Strafverfahrensrecht* (Anm. 52), § 45 Rn. 44.

3.2 Problembereich Glaubhaftigkeitsbeurteilung

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung macht es erforderlich, Zeugenaussagen inhaltlich zu überprüfen. Es reicht jetzt nicht mehr die Feststellung, dass eine Mindestzahl von vollwertigen Zeugen etwas bekundet hat, sondern es muss eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob der Zeuge die Wahrheit gesagt oder gelogen hat und inwieweit Irrtümer auszuschließen sind. Nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft darf dabei nicht die *Glaubwürdigkeit* des jeweiligen Zeugen im Vordergrund stehen – verstanden als eine feststehende personale Eigenschaft –, sondern es muss um eine Beurteilung der *Glaubhaftigkeit* der Angaben des Zeugen gehen, also um eine Analyse seiner Aussage.⁶⁵

Damit stellt sich eine Reihe von für die Rechtspraxis wichtigen und kontrovers behandelten Fragen, die hier nur in aller Kürze und konzentriert auf drei Aspekte angesprochen werden können, nämlich: Wer soll diese Überprüfung machen? Wie weit reicht hier die Freiheit der Beweiswürdigung? Und wie wird die Glaubhaftigkeitsbeurteilung auf etwaige Fehler überprüft?

Die Antwort auf die erste Frage (wer überprüft die Glaubhaftigkeit von Aussagen) ist vom BGH in frühen Entscheidungen geradezu selbstverständlich-naiv damit beantwortet worden, dass dies das Kerngeschäft des Juristen sei:

Die Beurteilung des Wertes von Zeugenaussagen gehört aber von jeher zum Wesen richterlicher Rechtsfindung. Sie ist daher auch im geltenden deutschen Strafverfahrensrecht grundsätzlich dem Tatrichter anvertraut [...] Wie der Bundesgerichtshof schon wiederholt hervorgehoben hat, gilt das selbst bei Aussagen jugendlicher Zeugen.⁶⁶

Und noch 1970 formulierte der BGH: „Das Ergebnis der Aussage eines Zeugen [...] festzustellen und zu würdigen, ist allein Sache des Tatrichters“.⁶⁷

Trotz dieser apodiktischen Formulierungen treten in den letzten Jahren zunehmend psychologische Sachverständige im Strafverfahren auf, die Glaubhaftigkeitsgutachten erstellen. Gerade bei Sexualdelikten und bei kindlichen Zeugen ist dies besonders häufig der Fall. Einerseits wird angenommen, dass Psychologen aufgrund ihrer fachlichen Möglichkeiten besser als Juristen über die Glaubhaftigkeit von Aussagen urteilen können.⁶⁸ Andererseits wird dem mit Recht entgegengehalten, dass die Rechtsprechung gemäß Art. 92 Grundgesetz (GG) den Richtern an-

⁶⁵ Vgl. zu Glaubwürdigkeit bzw. Glaubhaftigkeit aus der Sicht der forensischen Psychologie Max Steller: „Glaubhaftigkeitsbeurteilung“, sowie Susanna Niehaus: „Glaubwürdigkeitsattribution“, beide in Max Steller/Renate Volbert (Hg.): *Handbuch der Rechtspsychologie*, Göttingen: Hogrefe 2008, S. 300–309, S. 497–506; vgl. ferner *BGHSt* 45, 164 (167).

⁶⁶ *BGHSt* 8, 130 (131).

⁶⁷ *BGHSt* 21, 149 (151).

⁶⁸ Gegen weniger Psychologen im Strafverfahren wendet sich z. B. auch der ehemalige Bundesrichter Peter Brause: „Glaubhaftigkeitsprüfung und -bewertung einer Aussage im Spiegel der höchstrichterlichen Rechtsprechung“, in: *NSzZ* (2013), S. 129–136.

vertraut ist – und nicht psychologischen Sachverständigen.⁶⁹ Es geht also kein Weg daran vorbei, dass sich Richter im Strafverfahren ihre eigene Meinung bilden. Ob alle Richter – wie offenbar der BGH in der amtlichen Sammlung (BGHSt 8, 130/132) meint – mit ihrer Ernennung über die erforderliche „Lebenserfahrung und Menschenkenntnis“ für „die selbständige Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage“ verfügen, steht angesichts des Umstands, dass weder im Studium noch im Referendariat Glaubhaftigkeitsbeurteilungen vertieft werden, in Frage. Richtig erscheint es deshalb, dass Richter sich nicht vor ihrer Verantwortung, sich ein eigenes Urteil über die Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen bilden zu müssen, drücken dürfen,⁷⁰ dass aber zu dieser Verantwortung auch gehört, sich bei besonders schwierigen Fragen der Hilfe von Sachverständigen zu bedienen.

Die zweite Frage betrifft die Freiheit der Beweiswürdigung im Bereich der Glaubhaftigkeitsbeurteilung. 1999 hat der BGH dazu Mindeststandards der Glaubhaftigkeitsbegutachtung festgeschrieben.⁷¹ Er hat dazu u. a. ein methodisches Grundprinzip aufgestellt, das darin bestehe, von der sogenannten „Nullhypothese“ auszugehen und die Glaubhaftigkeit der spezifischen Aussage so lange zu negieren, bis diese Negation mit den gesammelten Informationen nicht mehr vereinbar sei. Dabei sei die Bildung relevanter Hypothesen von ausschlaggebender Bedeutung.⁷² Der BGH hat ferner für die im Zentrum der Glaubhaftigkeitsbeurteilung stehende Prüfung der Aussagequalität den Stellenwert der sogenannten Realkennzeichen hervorgehoben.⁷³ Allerdings gibt es relevante Gegenstimmen, die die Verbindlichkeit der Mindeststandards in Frage stellen. So weist Fischer auf den Unterschied zwischen psychologischer Glaubhaftigkeitsbeurteilung, die wissenschaftsimmanenten Regeln zu folgen habe, und Rechtsanwendung hin, die keine Naturwissenschaft sei: „Die Legitimität von Gerichtsurteilen speist sich nicht allein oder auch nur überwiegend aus wissenschaftlicher Präzision“. Aussagepsychologische Gutachten seien deshalb vom Tatrichter „nach allgemeinen Regeln kritisch zu prüfen“.⁷⁴

Damit stellt sich drittens die Frage, ob und wie die Revisionsrechtsprechung eine Kontrolle der tatrichterlichen Glaubhaftigkeitsbeurteilung vornehmen kann bzw. vornimmt. Wie auch bei anderen Fragen der Beweiswürdigung hat der BGH früher die Freiheit des Tatrichters betont⁷⁵ und zugleich hervorgehoben, dass eine Überprüfung der tatgerichtlichen Feststellungen mit den Mitteln des Revisionsgerichts grundsätzlich nicht möglich sei. Letzteres gilt nach wie vor für Revisionsrü-

69 Thomas Fischer: „Aussagewahrheit und Glaubhaftigkeitsbeurteilung“, in: Heinz Schöch/Helmut Satzger/Gerhard Schäfer u. a. (Hg.): *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Köln: Heymanns 2008, S. 191–222, hier S. 201, 221.

70 „Die Wahrheit ist von Richtern festzustellen, nicht von Statistikern, Journalisten oder Fachleuten für Blutalkohol, Bremsspuren oder Realkennzeichen“; ebd., S. 221.

71 *BGHSt* 45, 164.

72 *BGHSt* 45, 164 (167 ff.).

73 *BGHSt* 45, 164 (170 ff.).

74 Fischer: „Aussagewahrheit und Glaubhaftigkeitsbeurteilung“ (Anm. 69), S. 220, 222.

75 Vgl. *BGHSt* 10, 208.

gen, Zeugenaussagen seien vom Tatgericht nicht richtig gewürdigt worden; damit kann ein Beschwerdeführer keinen Erfolg haben.⁷⁶

Der BGH hebt aber – seit rund 50 Jahren – Urteile auf, wenn in jenen nach Auffassung der Revisionsrichter gegen Denk- und Erfahrungsgesetze verstoßen wird, wenn die Urteilsausführungen im Hinblick auf die tatsächlichen Feststellungen Lücken oder Widersprüche aufweisen oder wenn die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft ist. Den dadurch geöffneten revidiblen Bereich beschreibt der BGH mit folgender Standardformel:

Es ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, die Beweise zu würdigen. Das Revisionsgericht kann die tatrichterliche Beweiswürdigung auf die Sachbeschwerde nur unter dem Gesichtspunkt würdigen, ob sie Rechtsfehler enthält. Das ist dann der Fall, wenn die im Urteil mitgeteilten Überlegungen des Tatrichters in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar sind oder sie gegen Denkgesetze oder anerkannte Erfahrungssätze verstoßen.⁷⁷

Damit haben sich die Revisionsenate den Zugriff auf den Bereich dessen eröffnet, was für den historischen Gesetzgeber irrevisibel sein sollte. Der moderne Revisionsrichter hat nunmehr auch die Verantwortung für die intersubjektive Nachvollziehbarkeit der tatsächlichen Feststellungen im Urteil übernommen.⁷⁸ Das BVerfG beschreibt in zustimmender Weise diese Vorgehensweise der Strafsenate des BGH wie folgt:

Wenngleich die Beweiswürdigung von Gesetzes wegen ‚frei‘, d.h. keinen Beweisregeln unterworfen ist [...], hat die obergerichtliche Rechtsprechung aus den wissenschaftlichen, insbesondere den kriminalistischen, forensischen und aussagepsychologischen Untersuchungen gewonnene Erfahrungsregeln, Grundsätze für die Beweiswürdigung und ihre Darlegung in den Urteilsgründen entwickelt, die bei Nichteinhaltung die Aufhebung in der Revision zur Konsequenz haben.⁷⁹

Die Revisionsrechtsprechung hat in diesem Zusammenhang Fallgruppen herausgearbeitet, in denen erhöhte Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung gestellt werden. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen Aussage gegen Aussage steht. Ein solche Konstellation liegt vor, „wenn der Schilderung eines vorgeworfenen Sachverhalts durch eine einzige Aussageperson eine im Kern bestreitende Darstellung oder das Schweigen des Angeklagten gegenübersteht, ohne dass ergänzend auf andere, unmittelbar tatbezogene Beweismittel zurückgegriffen werden kann.“⁸⁰ Aber auch bei der Beurteilung der Aussagen von Zeugen vom Hörensagen und in

76 „Hier sind wir nun erst recht in der Domäne des Tatrichters“; Lutz Meyer-Goßner: „Der Zeugenbeweis aus revisionsrechtlicher Sicht“, in: *StraFo* (1990), S. 92–98, hier S. 94. Derartige Rügen sind zum Scheitern verurteilt.

77 BGH *NJW* (2005), 1203 f.

78 Stephan Barton: „Die Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge bei der klassischen und der erweiterten Revision in Strafsachen“, in: *JuS* (2007), S. 977–983, hier S. 979.

79 BVerfG *JR* (2004), 37 (39).

80 Gudrun Doering-Striening: „Opferentschädigung“, in: dies. (Hg.): *Opferrechte*, Baden-Baden: Nomos 2013, § 3 Rn. 218.

Fällen des Wiedererkennens müssen Tatrichter die Beweiswürdigung besonders gründlich vornehmen,⁸¹ wozu sie auch von Verfassungen wegen verpflichtet sind.⁸² Unter dem Strich führt diese Kontrollmöglichkeit der tatrichterlichen Beweiswürdigung von Zeugenaussagen zwar nicht zu einer Wiederkehr von formalen Beweisregeln; aber wenn der Tatrichter nach Auffassung des Revisionsgerichts nicht den hohen Anforderungen an die Beweiswürdigung genügt, läuft das tatrichterliche Urteil Gefahr, vom Revisionsgericht mit der Begründung aufgehoben zu werden, die im Urteil mitgeteilten Überlegungen seien in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar.⁸³

4. Die Produktion von Gewissheit und ihre Akteure

Wir haben vorangehend zwei Akteure des Strafverfahrens näher betrachtet. Dies war zum einen der Zeuge als unersetzliches, profanes, aber auch als zutiefst problematisches Beweismittel. Zum anderen kam der Richter ins Spiel. Dieser hat im Rahmen seiner Beweiswürdigung nicht zuletzt über die Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen zu befinden. Eine Verurteilung setzt dabei voraus, dass der Richter die Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt erlangt hat. Diese persönliche Gewissheit reicht für eine Verurteilung, sofern der Schuldspruch eine objektiv tragfähige Grundlage aufweist.

Es wäre nun aber zu kurz gegriffen, die ,Produktion von Gewissheit und ihre Akteure' im Strafverfahren allein auf diese beiden Aspekte bzw. Akteure zu begrenzen. Deshalb seien zwei weitere Bemerkungen gestattet: Die eine bezieht sich darauf, welchen Stellenwert die Produktion von Gewissheit im Strafverfahren hat, die andere auf weitere Akteure im Strafprozess.

Soziologisch betrachtet wäre gegen eine Beschreibung des Strafverfahrens als Unterfangen, in dem Gewissheit produziert wird, grundsätzlich nichts einzuwenden. Man könnte sogar sagen: Der Verlauf des Strafverfahrens zeichnet sich durch eine zunehmende Ungewissheits-Absorption aus.⁸⁴ Das Verfahren beginnt normalerweise mit einem vagen Verdacht, der sich im Laufe der Ermittlungen erhärtet, später zu einem Urteil (subjektive Gewissheit) führt und mit der Rechtskraft des Urteils tritt dann auch rechtlich verbindliche Gewissheit ein. Aus normativer Perspektive kann eine solche Betrachtung allerdings nicht überzeugen. Denn die Aufgabe des Strafverfahrens besteht nicht darin Gewissheit herzustellen, sondern – wie

81 Vgl. zu diesen Fallgruppen aus dem neueren Schrifttum Brause: „Glaubhaftigkeitsprüfung“ (Anm. 68), S. 131 ff.; Stefan Schmandt: „Höchstrichterliche Anforderungen an besondere Beweiskonstellationen – Aussage gegen Aussage, Aussagen von Mitbeschuldigten oder des ‚Kronzeugen‘“, in: *StuFo* (2010), S. 446–451.

82 BVerfG *JR* (2004), 37 (39).

83 Vgl. dazu kritisch Barton: „Die Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge“ (Anm. 78), S. 979 f.

84 Vgl. dazu Jörg C. Rathert: „Sachverständigentätigkeit und richterliche Entscheidungsgewissheit“, in: Barton: *Beziehungsgewalt und Verfahren* (Anm. 61), S. 293–300, hier S. 295.

es jüngst das BVerfG wieder einmal eindrücklich beschrieben hat – darin, „den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten.“⁸⁵ Dabei stellt „die Ermittlung des wahren Sachverhalts“ zwar das „zentrale Anliegen des Strafprozesses“ dar, aber nicht um jeden Preis, sondern in den Bahnen des Rechts und der Justizförmigkeit. Im Rechtsstaat darf der Beschuldigte deshalb „nicht bloßes Objekt des Strafverfahrens sein; ihm muss die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen“. Der Beschuldigte darf prozessuale Rechte und Möglichkeiten wahrnehmen, um sich im Rahmen des Rechts gegen den staatlichen Angriff zu wehren.⁸⁶ Er darf also versuchen, der Produktion von Gewissheit mit den Mitteln des Rechts zu begegnen. Dazu darf er sich auch des kompetenten Beistands eines Verteidigers bedienen (Art. 6 Abs. 3 lit. c Europäische Menschenrechtskonvention, § 137 Abs. 1 StPO).

Damit haben wir zwei weitere wichtige Akteure im Strafverfahren kennengelernt und sehen: Es ist das gute Recht des einen Akteurs (des Beschuldigten), sich gegen die Schuldzuweisungen zu wehren. Und es ist die Berufsaufgabe des anderen Akteurs (des Verteidigers), der Gewissheitsproduktion entgegenzutreten. Die „Philosophie der Verteidigung“ besteht, wie Max Alsberg das vor mehr als 80 Jahren auf den Punkt gebracht hat, darin, das Entstehen von falscher Gewissheit zu verhindern: „Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Verteidigers!“⁸⁷ Man kann deshalb den Verteidiger mit Fug und Recht als „*advocatus dubii*“ betrachten,⁸⁸ der Zweifel beim Gericht an der Schuld des Angeklagten säen will. Diese Aufgabe der Verteidigung stellt sich dabei in der Praxis häufig als ein Kampf ums Recht dar. Das Bild des Kampfes um das Recht⁸⁹ bringt meines Erachtens Faktizität und Normativität des Strafprozesses besser zur Geltung als dasjenige der Produktion von Gewissheit.

Die Produktion von Gewissheit vollzieht sich also im Strafverfahren als Kampf ums Recht. Gerade wegen der Gebrechen des Zeugenbeweises bedarf es dazu eines kompetenten Verteidigers, um trügerischer Gewissheit zu begegnen und auf diese Weise Fehlurteile zu verhindern.

85 BVerfG *NJW* (2013), 1058 (1060).

86 „Als ein unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren dem Beschuldigten, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können“; BVerfG *NJW* (2013), 1058 (1060).

87 Max Alsberg: „Die Philosophie der Verteidigung“ (1930), in: Taschke: *Max Alsberg* (Anm. 48), S. 550–565, hier S. 554.

88 So Paul Ronge: *Im Namen der Gerechtigkeit*, München: Kindler 1963, S. 94 f.; vgl. dazu auch Stephan Barton: *Einführung in die Strafverteidigung*, München: C.H Beck ²2013, § 3 Rn. 29.

89 Ausführungen zum Kampf ums Recht finden sich bei Barton: *Einführung* (Anm. 88), § 3 Rn. 39 ff.