

utb.

Andreas Geipel

Beweisführung und Lügenerkennung vor Gericht



utb 5400



Eine Arbeitsgemeinschaft der Verlage

Böhlau Verlag · Wien · Köln · Weimar
Verlag Barbara Budrich · Opladen · Toronto
facultas · Wien
Wilhelm Fink · Paderborn
Narr Francke Attempto Verlag / expert verlag · Tübingen
Haupt Verlag · Bern
Verlag Julius Klinkhardt · Bad Heilbrunn
Mohr Siebeck · Tübingen
Ernst Reinhardt Verlag · München
Ferdinand Schöningh · Paderborn
transcript Verlag · Bielefeld
Eugen Ulmer Verlag · Stuttgart
UVK Verlag · München
Vandenhoeck & Ruprecht · Göttingen
Waxmann · Münster · New York
wbv Publikation · Bielefeld

Andreas Geipel

Beweisführung und Lügenerkennung vor Gericht

Ferdinand Schöningh

Der Autor:

Dr. Andreas Geipel hat Jura an der LMU München studiert und wurde später in Passau promoviert. Nach dem Referendariat unter anderem in Los Angeles ist er seit 1995 in München als Rechtsanwalt tätig. Seit 2009 ist er zudem Dozent am ZfS. Dr. Geipel ist Verfasser und Co-Autor zahlreicher Publikationen, sein Hauptwerk ist das 2016 in dritter Auflage erschienene "Handbuch der Beweiswürdigung".

Umschlagabbildung: © Bits and Splits/Adobe Stock 111306588

Online-Angebote oder elektronische Ausgaben sind erhältlich unter www.utb-shop.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2021 Verlag Ferdinand Schöningh, ein Imprint der Brill-Gruppe
(Koninklijke Brill NV, Leiden, Niederlande; Brill USA Inc., Boston MA, USA;
Brill Asia Pte Ltd, Singapore; Brill Deutschland GmbH, Paderborn, Deutschland)

Internet: www.schoeningh.de

Das Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Herstellung: Brill Deutschland GmbH, Paderborn
Einbandgestaltung: Atelier Reichert, Stuttgart

UTB-Band-Nr: 5400
E-Book ISBN 978-3-8385-5400-6
ISBN der Printausgabe 978-3-8252-5400-1

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
§ 1 Der Beweis	9
I. Aufklärung über Mythen	9
1. Bestätigung durch den BGH im Zivilprozess	9
2. Bestätigung durch den BGH im Strafprozess	11
3. Beweismaß im Zivilprozess	15
4. Wert und Unwert eines Geständnisses	16
5. Prozesstaktische Konsequenzen	17
II. Allgemeines	18
III. Strengbeweis versus Freibeweis	19
IV. Beweismittel des Strengbeweisverfahrens	20
V. Beweismitteltausch (Urkunden statt Zeugen und Sachverständige)	22
1. Unmittelbarkeitsgrundsatz im Strafverfahren	22
2. Vorhalte und ergänzende Verlesung	23
3. Rechtslage im Zivilverfahren	23
§ 2 Freie Beweiswürdigung	27
I. Allgemeines	27
II. Vorangegangenes Gerichtsverfahren	28
1. Untersuchungsgrundsatz versus Parteienaufklärung	28
2. Die bedeutungslose Tatsache gem. § 244 Abs. 3 StPO	31
§ 3 Die konkrete Beweiswürdigung	37
I. Der Indizienbeweis	37
1. Die abstrakte Beweiskraft eines Indizes	38
2. Die umfassende Gesamtwürdigung (der Beweisring)	44
3. Die Unabhängigkeit von Indizien	47
4. Gleich- oder nachgeordnete Indizien (die Beweiskette)	48
II. Der erfolgreiche Beweis	51
§ 4 Die Aussagebewertung und Lügnerkennung	53
I. Allgemeines	53
II. Lügendetektor (Polygraph)	56
III. Paraverbale und nonverbale Merkmale	59
IV. Aussageanalyse	61
1. Undeutsch-Hypothese	61
2. Realkennzeichen	64
3. Fragwürdigkeit der Realkennzeichen für die tägliche Praxis	84

4. Einschränkungen der Trefferquote und Wert der Erfahrung	101
5. Reduktion des Quantums zum rechtsgenügenden Beweis	105
6. Tatsächliche verwendete, aber nicht existente allgemeine Beurteilungskriterien.	108
7. Fehler hinsichtlich der unrichtigen Handhabung der Aussagekriterien	114
8. Die Anwendung von tatsächlich nicht bestehenden Aussagekriterien	127
9. Fantasiesignale	134
Literaturverzeichnis.	159

Vorwort

Die meisten Zivil- und Strafprozesse werden, soweit sie zu Gericht kommen, in den Tatsacheninstanzen erledigt. Entscheidungsgrundlage sind dort Sachverhaltsfeststellungen, die nach einer Würdigung aller erhobenen und verwertbaren Beweise getroffen werden. Darauf baut die rechtliche Würdigung auf. Die tatrichterliche Hauptarbeit besteht aber in der Beweiswürdigung. Diese ist nicht Gegenstand des Jurastudiums und sie wird erstmals von Rechtsreferendaren geübt und diesen nur cursorisch vermittelt. Das Buch wendet sich deshalb mit besonderem Blick auf die Methode der Sachverhaltsfeststellung an Studierende und Referendare ebenso wie an Praktiker. Der Bundesgerichtshof vertritt den Standpunkt, dass insbesondere die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen die „ureigene Aufgabe“ des Richters sei und dieser hierfür regelmäßig die erforderliche Sachkunde besitze (BGHSt 3, 52 f.); dabei sind junge Juristen kaum auf diese zentrale Aufgabe vorbereitet. Wenn die Behauptung zutrifft, dass eine Beweiswürdigung fast immer „so oder anders“ ausgehen kann (Greger, NJW 2003, 2882 f.) und wenn selbst ein „Glaubhaftigkeitgutachten“ durch einen Aussagepsychologen „einen alles andere als günstigen Validitätsbefund“ vorweist (Fischer, NStZ 1994, 1, 4), ohne dass in einer Rechtskontrollinstanz mit nennenswerter Aussicht auf Erfolg ein Fehler gerügt werden kann, so bestehen Mängel im System (BeckOK-StPO/Eschelbach, § 261 Rdnr. 70 ff.).

Aus dieser Lage erklären sich Aufbau und Inhalt des Buches, in dem der Mythos entzaubert wird, die revisionsgerichtliche Bestätigung eines Urteils bedeute praktisch, dass das Urteil auch in der Sache richtig sei. Eine Richtigkeitsgewähr kann die Revisionsinstanz nicht leisten, da in Zivilsachen Mängel der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO als Verfahrensfehler gelten, dort aber kaum gerügt werden, während in Strafsachen durch das von der Rechtsprechung wegen fehlenden Inhaltsprotokolls der Hauptverhandlung erfundene „Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“ (BGHSt 43, 212, 213) nur eine stark eingeschränkte Prüfung der Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO auf angeblich sachlich-rechtlich einzuordnende Fehler anhand der schriftlichen Urteilsbegründung möglich sein soll. Hinzu kommt das Fehlen eines einheitlichen Prüfungsmaßstabs, so dass Vorsitzende Richter am BGH davon sprechen, der BGH arbeite mit drei nicht zu vereinbarenden Beweiswürdigungstheorien (Herdegen, NJW 2003, 3513 f.) und statistisch relevante Unterschiede der Rechtsprechungspraxis bestünden auch innerhalb der Senate des BGH (Fischer, NStZ 2013, 425 ff.).

Deshalb werden in dem vorliegenden Werk die Grundzüge der Beweislehre dargestellt. In der Praxis dominiert der Zeugenbeweis, so dass die Möglichkeiten der Aussagebeurteilung den Hauptteil des Buches ausmachen. Die Zeugenlüge gilt seit jeher als Problem, das durch eine geringe Quote der Strafverfolgung wegen Aussagedelikten akzentuiert wird; hinzu kommt eine noch wesentlich größere

re Zahl von Irrtumsfällen durch „falsche Erinnerungen“. Diese bleiben meist unerkannt, zumal Erinnerungsverfälschungen durch suggestiv wirkende Umstände davon betroffenen Zeugenaussagen dieselben „Realkennzeichen“ belassen, wie sie in sachlich richtigen Aussagen zu verzeichnen sind. Auch die Aussagepsychologie trägt deshalb nur begrenzt zur Feststellung der Wahrheit bei. Die Zahl der Lügen oder Irrtümer durch Zeugen vor Gericht kann nicht einmal geschätzt werden, aber die Möglichkeiten der Befunde sind kriminologisch und psychologisch gut belegt.

Wie schwankend die Brücke ist, die ein Richter besonders dann betritt, wenn er einen die Tatbegehung bestreitenden Angeklagten allein auf Basis einer einzigen Zeugenaussage verurteilt, wird im Buch hervorgehoben. Es gibt keine Wissenschaft, welche die Feststellung der Wahrheit endgültig garantieren kann. Möglich und geschuldet ist aber eine größtmögliche Annäherung an die Wahrheit, die ein genügendes Problembewusstsein voraussetzt. Das Buch liefert dazu ein besonders wichtiges Hilfsmittel.

Karlsruhe, im August 2020
Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Ralf Eschelbach

§ 1 Der Beweis

I. Aufklärung über Mythen

Die Prinzipien der Beweiswürdigung und -führung können nicht verstanden werden, wenn nicht – weit verbreitete – Missverständnisse über die Art und Weise der richterlichen Beweiswürdigung und dem Maßstab der obergerichtlichen Kontrolle beseitigt sind.

Laien, aber auch professionell tätige Akteure¹, halten die Nichtbeanstandung eines Urteils durch den BGH (oder sogar durch das BVerfG) für einen Beleg für die inhaltliche Richtigkeit des Urteils. Das ist schlicht falsch und lediglich ein Mythos.

Merke:

Die Nichtbeanstandung eines Urteils durch den BGH/BVerfG bedeutet nicht, dass das zugrundeliegende Urteil richtig ist. Das ist ggf. schwer zu verstehen, erklärt sich aber aus der beschränkten Prüfungsmöglichkeit eines Revisionsgerichts und der noch beschränkteren Prüfungsmöglichkeit des Bundesverfassungsgerichts.

1. Bestätigung durch den BGH im Zivilprozess

Im Zivilprozess sind sogar (schwere) Fehler – unabhängig von der Beschwerdesumme – nicht (mehr) revisibel.² Durch die Umgestaltung des Revisionsrechts – durch die ZPO-Reform 2002 – führt nicht mehr jeder Rechtsfehler zur Aufhebung durch die Revisionsinstanz, weil zuvor die Revision zugelassen werden muss. Es ist also nicht möglich, dass der BGH selbst entscheidet, ob er die Revisionssache „annehmen“ will,³ sondern sie muss „zugelassen“ werden (= **Zulassungsrevision**). Das ist stets so, unabhängig vom Streitwert, also auch in Fällen, in denen über Millionen- oder Milliardenbeträge gestritten wird.

Das bedeutet: Der BGH kann in Zivilsachen nur die Urteile prüfen, bei denen die Berufungsgerichte selbst gestattet haben, dass ihr Urteil überprüft wird, weil

1 In diesem Buch wird in der Regel entweder die männliche oder die weibliche Form verwendet. Sie bezieht sich aber jeweils auf Personen beiderlei Geschlechts.

2 Vgl. Waclawik, Aufruhr im Auenland: Was wird aus der Nichtzulassungsbeschwerde NJW 2016, S. 1639, 1642 f.

3 Nach früherem Recht war es möglich, dass der BGH eine Revision, bei der eine Beschwer von mehr als DM 60.000,- vorlag, angenommen hat, gem. § 554b a.F.

sie die Revision selbst zugelassen haben. Die Berufungsgerichte dürfen und müssen die Revision nur zulassen, wenn ein sog. **Zulassungsgrund** vorliegt, d.h., wenn

- die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder
- die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, gem. § 543 Abs. 2 ZPO.

Dass ein solcher Zulassungsgrund vorliegt, ist bereits statistisch selten. Da es zudem der menschlichen Tendenz entspricht, das eigene Urteil als „richtig“ zu empfinden und so keine Notwendigkeit der Kontrolle des eigenen Handelns zu sehen,⁴ ist nicht ausgeschlossen, sondern richterpsychologisch naheliegend, dass die Berufungsgerichte die Revision selbst dann nicht zulassen, obwohl ein Zulassungsgrund im o.g. Sinne vorliegt.

Um einen **Missbrauch der Nichtzulassung** durch die Berufungsgerichte zu verhindern, kann die unterlegene Partei mit der sog. **Nichtzulassungsbeschwerde** vor dem BGH geltend machen, dass einer der o.g. Zulassungsgründe vorgelegen hat und deswegen die Revision zuzulassen gewesen wäre, was nun im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemacht wird, gem. §§ 543 Abs. 1 Nr. 2, 544 Abs. 1 ZPO. Diese Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde besteht aber nur, wenn der Wert der geltend zu machenden Beschwerde über € 20.000,- liegt bzw. die Berufung als unzulässig verworfen wurde, gem. § 544 Abs. 2 ZPO.

Das bedeutet:

Nur wenn der zahlenmäßig seltene Ausnahmefall vorliegt, dass die Revision zugelassen wurde, kann der BGH in Zivilsachen in die Prüfung des Urteils einsteigen. Selbst dann kann das Urteil aber nicht umfassend auf Richtigkeit überprüft werden, sondern nur im Rahmen des (sehr begrenzten) revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabes. Das wiederum bedeutet, dass die tatsächlichen Feststellungen, also der Kernbereich der Beweisführung, grundsätzlich nicht überprüfbar sind, gem. § 559 Abs. 2 ZPO. Die übergroße Mehrzahl der Fälle, die vor den BGH gelangen, sind Nichtzulassungsbeschwerden, die sich nur mit einem noch geringeren Prüfungsumfang begnügen, nämlich als erste Hürde, **ob überhaupt** ein Revisionszulassungsgrund vorliegt.

Ergebnis der ZPO-Reform: „Damit ist das gesamte Beweisrecht, zu dem wegen unzulänglicher oder fehlerhafter Beweiserhebungen durch die Oberlandesgerichte so viele aufhebende und zurückverweisende Urteile des Bundesgerichtshofs ergangen sind, seiner Kontrolle so gut wie völlig entzogen worden.“⁵

Besonders deutlich: „Die offensichtliche Unrichtigkeit eines Urteils ist allein kein hinreichender Grund, die Revision zuzulassen.“⁶ Eine Fehlentscheidung im Einzelfall reicht für die Revisionszulassung selbst dann nicht aus, wenn sie offen-

⁴ Vgl. Reinelt, Richterliche Selbst-Präjudikation, ZAP Kolumne 2009, S. 211.

⁵ Schneider, Praxis der neuen ZPO, 2. Aufl. Rn. 1032.

⁶ BGH, NJW 2003, S. 831.

sichtlich oder von Gewicht ist.⁷ Auch Fehler, die im Revisionsverfahren von Amts wegen die Aufhebung des Urteils begründen würden (z.B. beim Fehlen tatbestandlicher Darstellungen im Berufungsurteil und Verwerfung der Berufung als unzulässig), stellen keinen Zulassungsgrund dar.⁸ Sogar „schwere und offensichtliche Rechtsfehler“ begründen die Zulassung der Revision nicht.⁹

2. Bestätigung durch den BGH im Strafprozess

Auch in Strafprozessen täuscht eine Nichtbeanstandung durch den BGH eine vermeintliche Richtigkeitsprüfung vor, die tatsächlich nicht existiert. Zur Erinnerung:

Der BGH entscheidet als Revisionsgericht in Fällen, in denen erstinstanzlich das LG zuständig war, also in Fällen mittlerer oder schwerer Kriminalität, gem. §§ 74 ff. GVG (vor allem, wenn eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu erwarten ist, gem. § 74 Abs. 2 S. 2 GVG). Eine – wie im Zivilprozess übliche – dazwischenliegende Berufungsinstanz gibt es in diesen Fällen nicht.

Eine Revision kann damit ohne Weiteres in diesen Fällen beim BGH eingelegt werden. Einer vorherigen Zulassung – wie im Zivilverfahren – bedarf es nicht. Die Frage, ob ein genügend „starker“ Beweis (= Endergebnis aus der Beweisführung und -würdigung) für eine Verurteilung vorliegt (= rechtsgenügender Beweis), ist eine Rechtsfrage, d.h., ob das erforderliche **Beweismaß** erreicht wurde, die vom BGH kontrolliert werden könnte.

Dieses Beweismaß ist in § 261 StPO geregelt. Angesichts der Kürze der Norm,

„über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“

verwundert es nicht, dass hierzu verschiedene Theorien vorliegen, welches Beweismaß für eine Verurteilung erreicht sein muss.

2.1 Subjektive Theorie

Nach der sog. subjektiven Theorie muss lediglich erreicht sein,

„daß der Richter objektiv mögliche Zweifel subjektiv überwunden haben müsse, um zu einer Überzeugung und damit zu einer Verurteilung zu kommen. Dessen persönliche Gewissheit sei für eine Verurteilung notwendig, aber auch genügend“.¹⁰

⁷ Vgl. BGH, NJW 2003, S. 754 f.

⁸ Vgl. BGH, NJW 2014, S. 3583; das ist freilich im Hinblick auf die aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende Berücksichtigungspflicht, für deren Überprüfung gerade der Tatbestand dienen soll, nicht unbedenklich.

⁹ Vgl. BGH, NJW 2003, S. 65.

¹⁰ BGHSt 10, S. 208, 211.

Wenn der Inhalt von § 261 StPO ist, dass es notwendig, aber auch genügend ist, dass der Richter selbst von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist, liegt solange kein Fehler in dieser Rechtsfrage vor, solange der Richter in den Urteilsgründen dokumentiert, dass er selbst überzeugt ist.

Das bedeutet dann aber: „die bloße Unwahrscheinlichkeit eines vom Tatrichter festgestellten Geschehens führt für sich allein ebenso wenig zur Rechtsfehlerhaftigkeit, wie der Umstand, dass abweichende Feststellungen möglich gewesen wären.“¹¹ Es lassen sich Fälle nachweisen, in denen Verurteilungen vom BGH nicht beanstandet werden, in denen eine andere, dem Angeklagten günstigere Version sogar naheliegender gewesen wäre.¹² Der BGH hat den Satz, dass die tatrichterlichen Schlussfolgerungen nicht einmal überwiegend wahrscheinlich sein müssen, nie ausdrücklich aufgegeben.¹³

Das führt zu folgenden Einwänden:

Kommt es wirklich nur auf die persönliche Gewissheit des Tatrichters an? Darf der Richter auch dann verurteilen, wenn ein gegenteiliges Ergebnis (Freispruch) näher liegt? Kollidiert dies nicht jedenfalls faktisch¹⁴ mit der Unschuldsvermutung? Ist es nicht willkürlich, wenn A. von Richter Y. verurteilt wird, aber B. bei identischem Fall von Richter X. freigesprochen wird und auch A. von Richtern C-F. freigesprochen wäre?¹⁵ *Neuhaus* hat diese Frage als „keineswegs unberechtigt“ aufgefasst.¹⁶

Ein früherer Richter des BVerfG meint: „Die Gefahr eines richterlichen Irrtums, auf Grund dessen Unschuldige langjährige Gefängnisstrafen absitzen müssen, ist nicht zu bestreiten. Spektakuläre Fehlurteile werfen aber immer wieder die Frage auf, ob der subjektive und deshalb auch fehleranfällige Prozess der Wahrheitsfindung nicht objektiviert und optimiert werden kann.“¹⁷

Aufgrund dieser Schwächen der subjektiven Theorie bemüht man sich um eine Verobjektivierung. Auch bei Geltung der subjektiven Theorie durfte die Überzeugung des Tatrichters nie gegen **Denkgesetze** oder gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse verstoßen, die wie Rechtsnormen behandelt werden.

11 BGH, NStZ 2001, S. 491 f.

12 Vgl. BeckOK/StPO-Wiedner, § 337 StPO, Rdnrn. 86, 89 m.w.N.; vgl. auch BGH, NStZ 1998, S. 369; BGH, NJW 2005, S. 2322, 2326; BGH, MDR 1951, S. 117 f.

13 Vgl. Herdegen, Strafrichterliche Aufklärungspflicht und Beweiswürdigung, NJW 2003, S. 3513, 3515.

14 Rechtlich lässt sich die Kollision mit dem Zweifelssatz immer vermeiden, in dem der in dubio pro reo Grundsatz nur als Entscheidungsregel aufgefasst wird, die nur dann gilt, wenn der Tatrichter selbst zweifelt.

15 Vgl. Geipel, Ist freie Beweiswürdigung willkürliche Beweiswürdigung, StraFO 2005, S. 135 ff.

16 Vgl. Neuhaus, Kriminaltechnik, in Strafverteidigung in der Praxis (Hrsg. Brüßow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle), 4. Aufl., § 29, Rdnr. 45.

17 Landau, Der Lügendetektor im Strafprozess, in Festschrift für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18.10.2002, S. 42.

Um zu überprüfen, ob die Denkgesetze eingehalten waren, musste die Beweiswürdigung daher tatsächlich **umfassend** im Urteil dargelegt werden.¹⁸ Wurde insofern ein die freie Beweiswürdigung beschränkender Normcharakter festgelegt, **war es über den Umweg der Darstellungsrüge möglich, auszusprechen, dass die Darstellung [im Urteil] nicht erkennen lasse, ob die entsprechenden Normen tatsächlich beachtet worden seien.**¹⁹

2.2 Theorie der Lebenserfahrung

Von der Forderung nach einer umfassenden Dokumentation der tatsächlichen Grundlagen des Beweisergebnisses in den Urteilsgründen, war es nur noch ein kleiner Schritt, festzustellen, dass das so dokumentierte Ergebnis mit der Lebenserfahrung nicht übereinstimmt. Dann aber vertritt der BGH faktisch die Beweiswürdigungstheorie der Lebenserfahrung,²⁰ auch wenn rhetorisch an der Geltung der subjektiven Theorie festgehalten werden kann.

Das zeigt folgendes Zitat: „Der Senat bemerkt, dass er mit seinen Darlegungen nicht in die freie Beweiswürdigung eingreift. Er bekräftigt lediglich den sich von selbst verstehenden Grundsatz, daß, wenn mehrere Möglichkeiten gleichermaßen in Betracht kommen, Gründe für die vom Tatgericht angenommene Möglichkeit aufgezeigt werden müssen, die es gestatten, ihr den Vorzug zu geben.“²¹

Gegen die Theorie, die auf eine „Lebenserfahrung“ abstellt, lässt sich einwenden, dass diese nicht definiert ist.²² Ungeklärt ist auch, auf wessen Lebenserfahrung es ankommt. Auf die eines Durchschnittsrichter oder eines Idealrichters. Dem Gebot der erschöpfenden Würdigung kann entgegengehalten werden, dass man immer etwas vermissen kann. Ob eine Dokumentation in den Urteilsgründen fehlt, stellt der Revisionsrichter ex post aus seiner subjektiven Sicht fest.²³ „Und es kann nicht wundernehmen, wenn, wie dies aus revisionsrichterlichen Kreisen kolportiert wird, erfahrene Revisionsrichter sich berümen, jedes tatrichterliche Urteil wegen Feststellungsmängeln kassieren zu können,²⁴ zumal die

18 Ohne Dokumentation wäre der Urteilsspruch gänzlich unüberprüfbar. Wenn § 267 Abs. 1 S. 2 StPO für Beweise aufgrund von Indizien nur davon spricht, dass die Urteilsgründe dies dokumentieren „sollen“, ist das nicht richtig. Die h. Rspr. verlangt weitgehende Dokumentationspflichten.

19 Vgl. Fezer, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, S. 170 f.

20 Vgl. Herdegen, Die Beweiswürdigungstheorien des Bundesgerichtshofes, in Festschrift für Hanack, 1999, S. 311, 320, vgl. hierzu auch Sommer, Lebenserfahrung, Gedanken über ein Kriterium richterlicher Lebenserfahrung, in Festschrift für Peter Ries, S. 585 ff.

21 Vgl. z.B. BGH, StV 1982, S. 59; BGHSt 12, S. 311, 316; BGH, MDR 1980, S. 631.

22 Vgl. Neuhaus, Revision, in Brüßow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle, Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl. § 13 Rdnrn. 44, 50.

23 Vgl. Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., § 4 Rn. 8 m.w.N.

24 Im Original folgende Fußnote: vgl. die Auflistung bei Rieß, GA 1978, S. 257, 259.

Definitionsmacht darüber, wann die Kautelen für eine reversionssichere Überzeugungsbildung eingehalten sind, ausschließlich beim Revisionsgericht²⁵ liegt.²⁶

2.3 Theorie der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit/intersubjektiven Diskutierbarkeit

Den größten Schritt in Richtung Verobjektivierung gehen Entscheidungen, die *expressis verbis* das Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit des festgestellten mit dem wahren Sachverhalt fordern, bzw. eine ausreichende Tatsachengrundlage, die mehr als einen Verdacht darstellt, bzw. eine intersubjektive Diskutierbarkeit fordern.

Für eine Verurteilung muss damit einerseits eine subjektive Überzeugung des Tatrichters von den von ihm festgestellten Sachverhalt bestehen und andererseits muss der festgestellte Sachverhalt objektiv hochwahrscheinlich sein (sog. Theorie der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit bzw. intersubjektiven Diskutierbarkeit).

Das bedeutet:

„Die zur richterlichen Überzeugung erforderliche persönliche Gewissheit des Richters setzt objektive Grundlagen voraus. Diese müssen aus rationalen Gründen den Schluß erlauben, daß das festgestellte Geschehen mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Wirklichkeit übereinstimmt.“²⁷

Rechtliche Kritik hieran:

Allerdings ist nicht definiert, was unter einer objektiv „hohen“ Wahrscheinlichkeit, die zur Verurteilung ausreicht, verstanden wird, oder wie diese festgestellt wird, so dass das Bemühen um Objektivität auf halbem Weg stehenbleibt. Gleiches gilt, wenn nicht definiert wird, wann nur ein ggf. schwerwiegender Verdacht vorliegt, der nicht zur Verurteilung ausreicht,²⁸ und wann eine ausreichende Tatsachengrundlage.²⁹ Eine Begründung dafür, dass und warum die erforderliche Wahrscheinlichkeit im Einzelfall erreicht sein soll oder eben auch nicht, findet sich in den einzelnen Entscheidungen regelmäßig nicht, sondern nur die Behauptung des Vorliegens oder Nichtvorliegens. Eine intersubjektive Diskutierbarkeit könnte theoretisch durch Anwendung der Grundsätze der Berechnung bedingter

25 Im Original folgende Fußnote: Niemöller; StV 1984, S. 431 ff. (436).

26 Jerouschek, Wie frei ist die Freie Beweiswürdigung, GA 1992, S. 493, 511.

27 Vgl. BGH, NStZ 1997, S. 377; BGHR StPO § 261 Identifizierung 6, Vermutung 11, Überzeugungsbildung 7; BGH, StV 1992, S. 6; BGH, StV 1990, S. 534; BGH, StV 1990, S. 99; BGH, StV 1988, S. 190; BGH, NJW 1980, S. 2423 f.; BGH, NStZ 1982, S. 478 f = 1 StR 371/82

28 BGH, NStZ 1982, S. 478; BGH, NStZ 1981, S. 33, BGH, StV 2000, S. 67, BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 26 und Vermutung 11 und Identifizierung 6; BGH, NStZ 1997, S. 377; BGH, NStZ 1990, S. 501; BGH, NStZ 1986, S. 373; BGH, NStZ 1982, S. 478; BGH, NStZ 1981, S. 33; BGH, StV 2001, S. 440; BGH, StV 1999, S. 7; BGH, StV 1994, S. 580; BGH, NStZ 1984, S. 180; BGH, NStZ 1983, S. 277.

29 Vgl. Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 16 f. m.w.N.

Wahrscheinlichkeiten (sog. *Bayes-Theorem*)³⁰ erreicht werden, wird von der Rechtsprechung aber auch nicht verlangt.³¹

Das führt zu folgendem Befund: „Sie [revisionsrechtliche Kontrolle] bleibt damit jedoch bei der Rechtsschutzgewährung auf halbem Wege stehen und liefert im Ergebnis die Simulation einer effektiven Rechtsschutzmöglichkeit, die sodann den falschen Eindruck erweckt, revisionsgerichtlich überprüfte Urteile seien regelmäßig sachlich zutreffend.“³²

Hinweis:

Die Kommentarliteratur stellt die Theorie der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit als herrschend dar,³³ obwohl eine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit im Prozess (fast nie³⁴) festgestellt werden kann. Das aber, „ist ein zu wohlwollendes Urteil über den Stand der Judikatur. Nach wie vor werden in Entscheidungen des *BGH* drei nicht miteinander zu vereinbarende Beweismaße praktiziert, die an die Beweiswürdigung unterschiedliche argumentative Anforderungen stellen, dem Zweifelssatz in unterschiedlicher Weise Rechnung tragen und für die Beanstandung der tatrichterlichen Beweiswürdigung unterschiedliche Anfechtungsmöglichkeiten eröffnen.“³⁵

3. Beweismaß im Zivilprozess

Im Zivilprozess legt § 286 ZPO fest, welches Beweismaß für einen erfolgreichen Beweis gilt. § 261 StPO und § 286 ZPO sind inhaltlich freilich identisch („freie Beweiswürdigung“). In der Judikatur hierzu lassen sich diverse und nicht einheitliche Rechtssätze nachweisen,³⁶ die einmal mehr den Grad der erforderlichen Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung betonen, einmal weniger und statt dessen die subjektive Theorie zugrunde legen.³⁷

Eine zivilrechtliche Grundentscheidung ist die sog. *Anastasia*-Entscheidung, aus der wir erfahren:

„Denn nach § 286 ZPO muß der Richter auf Grund der Beweisaufnahme entscheiden, ob er eine Behauptung für wahr oder unwahr hält, er darf sich also gerade nicht mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit beruhigen. Im übrigen stellt § 286 ZPO nur darauf ab, ob der Richter selbst die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung gewonnen hat. Diese persönliche Gewiß-

30 Vgl. hierzu Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., § 9 Rdnr. 51 ff. m.w.N.

31 Vgl. *BGH*, NJW 1989, S. 3161 f.

32 BeckOK/StPO, § 261 Rdnr. 67.

33 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Komm. Zur StPO, 63. Aufl., § 26 Rdnr. 2 m.w.N., vgl. KK-StPO/Ott, 8. Aufl., § 261 StPO Rdnr. 5 m.w.N.

34 Ausnahme: z.B. Abstammungsgutachten, DNA-Analysen

35 Herdegen, Strafrichterliche Aufklärungspflicht und Beweiswürdigung, NJW 2003, S. 3513 f.

36 Vgl. Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 129 ff.

37 Vgl. hierzu Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 101 ff. m.w.N.