

Erik Kraatz
Der Einfluss der Erfahrung auf die
tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung

Erik Kraatz

Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung

Zum „strafprozessualen“ Anscheinsbeweis

De Gruyter

Privatdozent Dr. iur. *Erik Kraatz*, Privatdozent für Straf-, Strafverfahrens- und
Wirtschaftsstrafrecht an der Freien Universität Berlin und derzeit Gastprofessor für
Sanktionsrecht und die rechtswissenschaftlichen Grundlagenfächer an der Hochschule für
Wirtschaft und Recht Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

ISBN 978-3-11-026003-8
e-ISBN 978-3-11-026004-5

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.

© 2011 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/Boston

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

„Wer die Praxis der Gerichte kennt, weiß, dass 80 Prozent der Kraft des Richters in dem Kampf mit den Tatsachen verbraucht wird“ (*Drost*, Das Ermessen des Strafrichters, 1930, S. 33). Umso erstaunlicher ist, dass sich kaum etwas getan hat, seit *Döhring* (JZ 1968, 641) vor über vierzig Jahren beklagt hat, dass der Umgang des Richters mit „fachkundlichem Erfahrungswissen“ im Gegensatz zu den Bibliotheken an reinen Rechtsproblemen noch wenig erforscht sei. Die vorliegende Arbeit bemüht sich, hier anzusetzen, den in der richterlichen Ausbildung und Praxis nur selten ans Licht kommenden Ablauf der Tatsachenfeststellung (insbesondere in Abhängigkeit von der richterlichen Erfahrung als Grundlage) aufzuzeigen und so die seit langem von einer wachsenden Zahl kritischer Stimmen bemängelte „Omnipotenz des Gerichts in der Beweiswürdigung“ (*Arndt*, NJW 1962, 1194) zu beschränken, indem diese für den Bürger im Dienste von „Wahrheit, Gerechtigkeit und der rechtsstaatlichen Absicherung des Verfahrens“ (*Peters*, JR 1980, 169) transparenter gestaltet werden soll.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2010 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden zur Veröffentlichung auf den Stand vom Februar 2011 gebracht.

An dieser Stelle habe ich so manchen Dank abzuleisten: Er gilt insbesondere meinem „akademischen Lehrer“, ja „akademischen Vater“, Herrn Univ.-Prof. em. Dr. Klaus Geppert, der mir mit einer „Assistentenstelle“ an seinem Lehrstuhl und deren zeitlich begrenzter Weiterfinanzierung auch über seine Emeritierung hinaus erst den Rahmen für dieses Habilitationsprojekt geschaffen hat. Zu danken habe ich auch Herrn Univ.-Prof. Dr. Gereon Wolters, der das Wagnis eingegangen ist, mir bei noch laufendem Habilitationsverfahren die Vertretung des ehrwürdigen Herzberg-Lehrstuhls an der Ruhr-Universität Bochum anzuvertrauen und mich so finanziell über die letzten Monate gebracht hat. Natürlich bin ich auch Herrn Univ.-Prof. a.D. Dr. Axel Montenbruck zu besonderem Dank verpflichtet, nicht nur für die zeitnahe Erstattung des Zweitgutachtens, sondern auch für seine konstruktive Kritik bereits während des Schreibvorgangs, die erst dazu beigetragen hat, dass die Arbeit den „roten Faden“ bekommen hat, den sie nun auch im zweiten Hauptteil aufweist. Schließlich danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die die Veröffentlichung dieser Arbeit großzügig gefördert hat.

Ganz herzlich möchte ich mich auch bei meiner Familie für die Unterstützung bedanken, ohne die die Verwirklichung eines Habilitationsverfahrens zeitlich wie nervlich nicht erfolgen kann. Insbesondere gilt der Dank meiner Lebensgefährtin

Yvonne Drohmann und unserem gemeinsamen Sohn Maurice für ihre Liebe, meiner Mutter für ihr stets offenes Ohr und ihre konstruktiven Anregungen sowie meiner Großmutter und meinem Vater für ihren Zuspruch.

Berlin, August 2011

Erik Kraatz

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einführung	1
<i>Erster Hauptteil:</i>	
Der derzeitige Umgang mit Erfahrungssätzen in Rechtsprechung und Lehre	
	15
Erstes Kapitel: Ausgangslage: Die historische Entwicklung der Erfahrung als Mittel der (deutschen) strafprozessualen Beweiswürdigung und die Bildung der Anscheinsbeweissätze im Zivilprozess	15
Zweites Kapitel: Die Übertragbarkeit der Anscheinsbeweis-Grundsätze auf den Strafprozess	115
<i>Zweiter Hauptteil:</i>	
Das eigene beweisrechtliche System	
	225
Drittes Kapitel: Das strafprozessuale Beweismaß	227
Viertes Kapitel: Ein eigenes Modell der trichterlichen Sachverhaltsfeststellung: Ein strafprozessuales Ausgangshypothese-Ausnahme-Modell	327
Gesamtergebnis	477
Literaturverzeichnis	487
Sachverzeichnis	545

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einführung	1

Erster Hauptteil:

Der derzeitige Umgang mit Erfahrungssätzen in Rechtsprechung und Lehre	15
---	----

Erstes Kapitel:

Ausgangslage: Die historische Entwicklung der Erfahrung als Mittel der (deutschen) strafprozessualen Beweiswürdigung und die Bildung der Anscheinsbeweissgrundsätze im Zivilprozess	15
--	----

A. Die Bedeutung der Erfahrung im historischen (deutschen) strafprozessualen Beweisverfahren	16
I. Der römische Strafprozess	17
II. Der altgermanische Strafprozess	24
III. Der kanonisch-italienische Strafprozess	29
IV. Der deutsche Strafprozess im Mittelalter	32
V. Der Strafprozess der Constitutio Criminalis Carolina	35
VI. Der reformierte deutsche Strafprozess	40
VII. Zwischenergebnis	46
B. Die historische Entwicklung des Anscheinsbeweises im Zivilprozess	48
I. Die Entwicklung des zivilprozessualen Beweisrechts bis zur Märzrevolution	49
II. Die Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck vom 30. 12. 1856	54
III. Das Schiffskollisionsrecht unter der formellen Beweistheorie ...	56
IV. Die freie Beweiswürdigung und der Anscheinsbeweis im Seerecht	59
V. Parallele Entwicklungen im englischen Recht	66
VI. Die Übertragung des Anscheinsbeweises in das allgemeine Zivilrecht	71
C. Die Grundsätze des zivilprozessualen Anscheinsbeweises	76
I. Wesen	77
1. Ausgangspunkt: Das subjektive Beweismaß	78

2. Der Anscheinsbeweis als Beweislastumkehr	82
3. Der Anscheinsbeweis als Teil des materiellen Rechts	84
4. Der Anscheinsbeweis als Beweismaßreduzierung	86
5. Der Anscheinsbeweis als Beweiswürdigungsregel	88
II. Voraussetzungen	91
1. Der typische Geschehensablauf	91
a) Der Nachweis des Kausalzusammenhangs	93
b) Der Schuldnachweis	94
c) Sonstige Fälle des Anscheinsbeweises	97
d) Anscheinsbeweis und individuelle Umstände	98
aa) „Individualanscheinsbeweis“	98
bb) Kein Anscheinsbeweis für individuelles Geschehen	101
2. Keine Entkräftung des Anscheines	102
III. Richterliche Überzeugung ohne Anscheinsbeweis	105
D. Die Übertragung des Anscheinsbeweises auf sonstige Rechtsgebiete	105
I. Der Anscheinsbeweis im Arbeitsgerichtsprozess	105
II. Der Anscheinsbeweis im Verwaltungsprozess	106
III. Der verfassungsprozessuale Anscheinsbeweis	110
IV. Der Anscheinsbeweis im Sozialverfahren	110
V. Der Anscheinsbeweis im finanzgerichtlichen Verfahren	111
VI. Der Anscheinsbeweis im Patentverfahren	113

Zweites Kapitel:

**Die Übertragbarkeit der
Anscheinsbeweis-Grundsätze
auf den Strafprozess**

	115
A. Die Anwendung von Erfahrungssätzen in der Rechtsprechung	115
I. Die Rechtsprechung bis 1950	116
1. Das Beweismaß	116
2. Die Anwendung von Erfahrungssätzen	120
a) Zwingende Erfahrungssätze	121
b) Statistische Erfahrungssätze	122
aa) Urteil des Reichsgerichts vom 16. 11. 1899 – JW 1900, 206	122
bb) Urteil des Reichsgerichts vom 1. 12. 1931 – RGSt. 67, 12	123
cc) Urteil des Reichsgerichts vom 21. 2. 1938 – RGSt. 72, 89	126
dd) Urteil des OLG Stuttgart vom 26. 5. 1948 – SJZ 1948, 615	127
ee) Urteil des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone vom 17. 8. 1948 – OGHSt. 1, 67	128
II. Die Rechtsprechung ab 1950	129
1. Das Beweismaß	130

2. Die Anwendung von Erfahrungssätzen	136
a) „Allgemeine Erfahrungssätze“	137
b) Nicht allgemeine Erfahrungssätze	142
3. Grundsatz: Kein strafprozessualer Anscheinsbeweis	143
a) Entscheidungen der Strafgerichte	143
aa) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. 4. 1953 – BGHSt. 4, 182	144
bb) Urteil des Kammergerichts vom 25. 4. 1957 – VRS 13 (1957), 53	146
cc) Urteil des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 17. 12. 1965 – DAR 1966, 247	149
dd) Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 29. 8. 1974 – BGHSt. 25, 365	150
ee) Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 7. 10. 1975 – JMBL. NW 1976, 68	154
ff) Beschluss des Bayerischen Oberlandesgerichts vom 9. 7. 1982 – VRS 63 (1983), 277	155
gg) Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 13. 2. 1998 – NStZ-RR 1998, 267	156
hh) Beschluss des Kammergerichts vom 31. 8. 2001 – StV 2002, 412	157
ii) Beschluss des Landgerichts München I vom 12. 3. 2008 – MMR 2008, 561	158
b) Entscheidungen anderer Gerichte	159
aa) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. 4. 1991 – BVerfGE 84, 82	160
bb) Urteil des Bundesgerichtshofs (6. Zivilsenates) vom 5. 3. 2002 – NJW 2002, 1643	161
cc) Urteil des Bundessozialgerichts vom 10. 12. 2003 – SozR 4-3800 § 1 Nr. 5	162
dd) Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 14. 10. 2003	164
c) Zwischenergebnis: Gesamtwürdigungslösung zur Wahrung des Schuldgrundsatzes	164
4. Alternative Lösungswege	168
a) Umgestaltung des materiellen Rechts durch den Gesetzgeber	169
aa) Gesetzliche Verdachtsstrafen im materiellen Gewand	169
bb) Tatsächliche Vermutungen	174
b) Umgestaltung des materiellen Rechts durch die Recht- sprechung	183
aa) Absenkung materieller Anforderungen durch Auslegung	184
bb) Tatsächliche Vermutungen	186
c) Alternativenausschlussmodell	187
d) Zwischenergebnis	189

B. Der Anscheinsbeweis im strafprozessualen Schrifttum	190
I. Das Beweismaß	190
II. Die Anwendung von Erfahrungssätzen	193
1. Zwingende Erfahrungssätze	194
2. Statistische Erfahrungssätze	194
a) Negierung eines strafprozessualen Anscheinsbeweises	195
aa) Verstoß gegen die Unschuldsvermutung	196
bb) Verstoß gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“	197
cc) Unzulässige Beweismaßabsenkung	203
dd) Kein Vollbeweis	205
ee) Aufbürden einer objektiv-materiellen Beweislast auf den Angeklagten	207
ff) Aufbürden einer Beweisführungslast auf den Ange- klagten	210
gg) Kein Anscheinsbeweis bei willensgesteuertem mensch- lichen Verhalten	211
hh) Einschränkung der Freiheit der Beweiswürdigung	212
ii) Verstoß gegen den Grundsatz materieller Unmittelbar- keit	213
jj) Zwischenergebnis	214
b) Anerkennung der Grundsätze eines strafprozessualen An- scheinsbeweises	214
aa) Verhältnis zum Indizienbeweis	215
bb) Verzicht auf die Bezeichnung „Anscheinsbeweis“	216
c) Alternativenausschlussmodell für den generellen Umgang mit statistischen Erfahrungssätzen	217
aa) Marxens Regelannahme-Modell in einer verfassungs- rechtlichen Straftatlehre	217
bb) Friends normatives Alternativenausschlussmodell	218
cc) Denckers Normalfallannahmen	219
dd) Christoph Markus Müllers normativ fundiertes Regel- annahmemodell	220
C. Ergebnis	223

Zweiter Hauptteil:

Das eigene beweisrechtliche System 225

Drittes Kapitel:

Das strafprozessuale Beweismaß 227

A. Übertragbarkeit der zivilprozessualen Regelung	229
B. Die Auslegung des § 261 StPO	232
I. Die normtextorientierte Auslegung	233
1. Der Beweisbegriff der Strafprozessordnung	233

2. Das Verhältnis zu § 244 StPO	235
a) Eine sozialpsychologische Einheit	236
b) Spannungsverhältnis	241
3. Beweisadressat und Folgerungen für das Beweismaß	247
4. Begriff der freien richterlichen Überzeugung	249
a) Überzeugung	249
b) „Seine“ Überzeugung	250
c) „Freie“ Überzeugung	250
5. Gegenstand der Überzeugung: Wahrheit	251
6. Zwischenergebnis	252
II. Die teleologische Auslegung	253
1. Wahrheit als ein Ziel des Strafverfahrens	254
2. Der Wahrheitsbegriff der Strafprozessordnung	258
3. Die Entscheidungsmacht des Richters und seine Bindungen	266
a) Gesetzesbindung	266
aa) Bindungen bei der Informationssammlung und „prozessuale Wahrheit“	267
bb) Bindungen bei der Informationsbewertung	275
b) Soziologische und psychologische Bindungen	276
c) Kritik am reinen Subjektivismus	279
4. Weitere Einschränkungen subjektiver Entscheidungsfindung	282
a) Normative Beweistheorien	283
aa) Das Entscheidungsnormensystem von Freund	283
bb) Das Verhaltensnormensystem von Stein	286
cc) Kritik	287
b) Eine überzeugungersetzende Wahrscheinlichkeit	289
aa) Das schwedische Modell	290
bb) Übertragung ins deutsche Recht	295
cc) Hoyers Wahrscheinlichkeitsmodell	297
dd) Kritik	299
c) Ein Drittkontrollmodell	302
d) Eine überzeugungsergänzende Wahrscheinlichkeit	306
e) Eine normative Beschränkung der Nichtbezweifelbarkeit	309
aa) Philosophische Zweifel, nichts zu wissen	311
bb) Abstrakt-theoretische Zweifel	311
cc) Konkrete Zweifel	312
f) Kontrolle durch objektive Nachvollziehbarkeit	313
g) Richterliche Begründungspflichten nach dem Bundesverfassungsgericht	320
h) Richterliche Begründungspflichten nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	323
C. Ergebnis	325

<i>Viertes Kapitel:</i>	
Ein eigenes Modell der	
tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellung:	
Ein prozessuales Ausgangshypothese-Ausnahme-Modell	
	327
A. Indizien als Schlussbasis	327
I. Der Indizienbeweis als Regelbeweis	327
II. Prozessordnungsgemäße Feststellung	330
B. Verständnis der Beweismittelaussagen	332
I. Sprachregeln	332
II. „Erklärende Erfahrungssätze“	334
C. Mittel der Bewertung von Beweismittelaussagen	337
I. Gesetzliche Beweisregeln	337
1. Praesumptiones iuris et de iure	338
a) § 190 StGB	338
aa) § 190 S. 1 StGB	340
bb) § 190 S. 2 StGB	342
b) § 274 StPO	343
2. Praesumptiones iuris	344
a) Regelbeispiele	344
b) § 69 Abs. 2 StGB	346
c) §§ 1592 Nr. 1 und 1600 c Abs. 1 BGB	347
II. Erfahrungssätze	349
1. Abgrenzung zu anderen Rechtskonstrukten	350
a) Abgrenzung zu den Tatsachen	351
aa) Der Begriff der „Tatsache“	351
bb) Die Strukturverschiedenheit zu den Erfahrungssätzen	353
b) Abgrenzung zu den Denkgesetzen	355
c) Abgrenzung zu den Rechtsnormen	356
2. Die Arten von Erfahrungssätzen	358
a) Zwingende Erfahrungssätze	359
b) Statistische Erfahrungssätze	359
3. Die Bewährung von Erfahrungssätzen	360
a) Zwingende Erfahrungssätze	361
aa) Einheitliche Anerkennung in der Fachwissenschaft	364
bb) Fehlende einheitliche Anerkennung in der Fachwissen-	
schaft	365
b) Statistische Erfahrungssätze	365
aa) Einheitlicher Fachkonsens	367
bb) Umstrittener empirischer Zusammenhang	368
cc) Fachlich noch unbehandelter Zusammenhang	370
D. Erfahrungssätze in der Beweisaufnahme	372
I. Beweisfähigkeit	372
II. Beweisbedürftigkeit	376
1. Allgemeinkundigkeit	377

a) bei Tatsachen	377
b) bei Erfahrungssätzen	379
2. Gerichtskundigkeit	381
a) bei Tatsachen	381
b) bei Erfahrungssätzen	382
3. Prozessuale Bedeutungslosigkeit der Offenkundigkeit von Erfahrungssätzen	383
4. Eigene Sachkunde	388
III. Wissensvermittlung durch den Sachverständigen	394
E. Anwendung der Erfahrungssätze im Einzelfall	397
I. Schlüsse mit zwingenden Erfahrungssätzen	397
II. Schlüsse mit statistischen Erfahrungssätzen	399
1. Beachtung einer konkreteren Teilklasse	400
2. Bildung eines Gesamterfahrungssatzes beim Beweisring	401
a) Die Produktregel	403
aa) Unabhängigkeit der Indizien	406
bb) Ableitung einer Belastungswahrscheinlichkeit?	407
b) Das Bayes-Theorem	408
c) Zwischenergebnis	411
3. Auswirkungen einer Beweiskette	411
4. Das Alternativenausschlussverfahren	412
a) Verdachtshypothese als Ausgangspunkt	414
aa) Likelihood-Vergleich	414
bb) Die Nullhypothese bei der Glaubhaftigkeitsbeurteilung	417
cc) Berücksichtigung gesetzlicher Wertungen	418
dd) Darstellung in den Urteilsgründen	420
b) Gesamtwürdigung	420
aa) Widerspruchslosigkeit	421
bb) Verstoß gegen Faktenwissen	422
cc) Verstoß gegen als wahr unterstellte Tatsachen	424
dd) Verstoß gegen einen Schluss mit zwingendem Erfah- rungssatz	425
ee) Verstoß gegen einen Schluss mit statistischem Erfah- rungssatz	425
ff) Darstellung in den Urteilsgründen	427
gg) Zwischenergebnis	428
c) Subjektive Nichtbezweifelbarkeit	429
aa) Abstrakt-theoretische Zweifel	430
bb) Konkrete Zweifel	431
cc) Verteilung des Fehlverurteilungsrisikos und Verteidi- gungsvorbringen	432
F. Der Umgang mit Beweislücken: Die Situation des „Anscheins- beweises“	436
I. Fallgruppe „Kausalität“	439

II. Fallgruppe „Innere Tatseite“	446
1. Der Vorsatznachweis	447
a) Tötungsvorsatz	450
b) Zu weiteren Deliktvorsätzen	457
aa) Der Vorsatz eines erfolgten Unfalls (§ 142 StGB)	457
bb) Der Wegnahmenvorsatz (§ 242 StGB) im Kaufhaus	458
cc) Der Vorsatz auf die Rechtswidrigkeit der beabsichtig-	
ten Zueignung (§ 249 StGB)	458
dd) Der Vorsatz einer erfolgten rechtswidrigen Vortat	
(§ 259 StGB) bei eBay-Versteigerungen	459
ee) Der Vorsatz einer Inbrandsetzung (§§ 306 ff. StGB)	459
ff) Der Vorsatz einer Fahrlässigkeit (§ 316 StGB)	459
gg) Der Vorsatz einer Rauschat (§ 323 a StGB)	460
hh) Der Vorsatz eines Betäubungsmitteltransports	461
ii) Der Vorsatz einer Verkehrsordnungswidrigkeit	461
2. Der Nachweis der Vorhersehbarkeit bei der Fahrlässigkeit	462
III. Fallgruppe „Schuld“	467
IV. Fallgruppe „Täterfähigkeiten“	474
 Gesamtergebnis	 477
A. Die Erfahrung als Grundlage menschlicher Entscheidungsfindung	477
B. Das strafprozessuale Beweismaß	479
C. Schlüsse mit Erfahrungssätzen	481
 Literaturverzeichnis	 487
Sachverzeichnis	545

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AB	Archiv für Begriffsgeschichte
abl. Anm.	ablehnende Anmerkung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
All E.R.	The All-England law reports
Am. Law Reg.	The American Law Register
Angekl.	Angeklagte/r
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArchKrim	Archiv für Kriminologie
Ariz. App.	Arizona Appeals Reports
Ark	Arkansas Reporter
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet
BA	Blutalkohol
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAK	Blutalkoholkonzentration
BAnz.	Bundesanzeiger
BayLSG	Bayerisches Landessozialgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BEG	Bundesentschädigungsgesetz

BerVerfGH	Berliner Verfassungsgerichtshof
Beschl.	Beschluss
Betr.	Betroffene/r
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFH/NV	Sammlung der (amtlich nicht veröffentlichten) Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung
BGHSt.	Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Ds.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
Cal. 2d	California Reports, Second Series
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal. Rptr	California Reporter
Can.	Canon
CCB	Constitutio Criminalis Bambergensis
CCC	Constitutio Criminalis Carolina – Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.
CIC	Codex Iuris Canonici
CR	Computer und Recht
D&R	Decisions and reports
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	Derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
Dig.	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag

DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNA	Desoxyribonukleinsäure
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DSM	Diagnostisches und Statistisches Manual
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR-E	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – deutschsprachige Sammlung
EGStGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
Eng. Rep.	English Reports
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	die folgenden
FG	Festgabe
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Golddammers Archiv für Strafrecht und Strafprozess
GB1.	Gesetzblatt
GedS	Gedächtnisschrift
GG	Grundgesetz
GrS	Grosser Senat
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Der Gerichtssaal
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. Hessen	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
H & C	Hurlstone & Colman's Reports, Exchequer
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hs.	Halbsatz
ICD	International Classification of Diseases

idF	in der Fassung
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
IPBR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JASA	Journal of the American Statistical Association
JBl.	Juristische Blätter
JK	Jura-Kartei, Beilage der Juristischen Ausbildung
JMBL. NW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JVA	Justizvollzugsanstalt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KF	Karlsruher Forum
KG	Kammergericht
km/h	Kilometer pro Stunde
krit.	kritisch
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LFZG	Lohnfortzahlungsgesetz
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier / Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LPaRTG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
LSG	Landessozialgericht
LwVfG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m	Meter
Mass.	Massachusetts Supreme Judicial Court Reports
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MedR	Medizinrecht
MMR	Multimedia und Recht
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
mwN	mit weiteren Nachweisen
NaCr	Neues Archiv des Criminalrechts
N. E.	North eastern Reporter
N. F.	Neue Folge
Nichtannahmebeschl.	Nichtannahmebeschluss
NJ	Neue Justiz
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv (= Neues Juristisches Archiv)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht

NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift – Spezial
N. M.	New Mexico Reports
Nr.	Nummer
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
NuR	Natur und Recht
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
N. Y.	New York Reports
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OEG	Opferentschädigungsgesetz
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
öOGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
OGHSt.	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
P. 2 d	Pacific Reporter, Second Series
PatG	Patentgesetz
RAF	Rote Armee Fraktion
RB	Rättegängsbalken
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rhein. Zeitschr.	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
r + s	Recht und Schaden
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
s.	siehe
S.	Seite
s. a.	siehe auch
Série A	Publications de la cour européenne des droits de l'homme, Série A: Arrêts et décisions
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannte/r
SozR	Sozialrechtssammlung
Sp.	Spalte
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger-Forum

StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
Supp.	Supplement
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series
TKG	Telekommunikationsgesetz
UA	Urteilsabdruck
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
Urt.	Urteil
U. S.	United States Supreme Court
usw.	und so weiter
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Verf.	Verfasser
VerkMitt	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VGT	Verkehrsgerichtstag
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkungen
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VuR	Verbraucher und Recht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WPfLG	Wehrpflichtgesetz
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Z.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZDW	Zeitschrift für Deutsche Wortforschung
ZEvEthik	Zeitschrift für Evangelische Ethik
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
zfs	Zeitschrift für Schadensrecht
ZfSH	Zeitschrift für Sozialhilfe
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZRG – Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung
ZRG – Kan. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZRG – Rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanische Abteilung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust. Anm.	zustimmende Anmerkung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einführung

„Auf keinem Rechtsgebiet ragt aber ein einzelnes Problem so hervor, wie auf dem Gebiet des Strafprozesses das Beweisproblem. Es ist schlechthin das Zentralproblem des Strafprozesses und als ein prozessuales Problem zugleich ein einzigartiges.“ Diese heute noch immer gültigen Worte *Alsbergs*¹ sind in einem doppelten Sinne bedeutsam:

Zum einen wird in den meisten Rechtsstreitigkeiten weniger um Rechtsfragen als vielmehr um Tatsachen gestritten.² Eine umfangreiche Auswertung von Gerichtsakten aus dem Jahre 1971 des Instituts für Rechtstatsachenforschung Stuttgart ergab etwa, dass Probleme der Tatsachenfeststellung im Strafprozess mit einem Anteil von fast 95% dominieren, im Zivilprozess immerhin mit einem Anteil von 70%.³ Dass im Strafprozess nicht um das Recht, sondern primär um Tatsachen gestritten wird, mag den Außenstehenden verwundern, versteht sich für einen Praktiker aber von selbst. Der Grund hierfür liegt im Wesen des gerichtlichen Verfahrens: Der Richter soll über eine in der Vergangenheit liegende Tat urteilen, bei der er (in aller Regel⁴) nicht dabei war. Er kennt die Tat nicht aus eigener Wahrnehmung und muss sich erst mittelbar im Rahmen der Beweisaufnahme durch die Einlassung des Angeklagten, die Aussage von Zeugen und Sachverständigen, das Verlesen von Urkunden oder eine Augenscheinseinnahme (zumeist des Taterfolges) Kenntnis verschaffen. So gesehen ist im Grunde jede Tatsachenfeststellung eine mittelbare mit Hilfe bloßer Hilfsatsachen (sog. Indizien)⁵ und den damit verbundenen Schwächen: Der sich einlassende Beschul-

¹ *Alsberg*, Der Beweisantrag im Strafprozess (Berlin 1930), S. III (Vorwort).

² Zutreffend *Sarstedt*, DAR 1964, 307, *Kunert*, GA 1979, 401, *Krekeler*, Beweiserhebungsanspruch, S. 24 und *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 17; für den Zivilprozess *Kollhossner*, ZZP 83 (1970), 240, *Rupert Schreiber*, Theorie, S. 1 sowie bildlich *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 63: Im praktischen Prozess komme „ein Lot Rechtsfragen auf einen Zentner Tatsachen“.

³ Vgl. *Nack*, MDR 1986, 366. Aus zivilprozessualer Sicht wird die Studie wiedergegeben und bewertet bei *Bender/Schumacher*, Erfolgsbarrieren, S. 1 ff.

⁴ War der Richter dennoch bei der Tat anwesend und verfügt so über privates Wissen, so darf er dieses nach der Wertung des § 22 Nr. 5 StPO (Ein Richter ist ausgeschlossen, wenn er als Zeuge vernommen wurde) grundsätzlich nicht verwenden, vgl. nur BGH bei *Dallinger*, MDR 1952, 532, SK-StPO/*Ellen Schlüchter* (3. Aufl., 64. Lieferung: Stand November 2009, Köln 2009), § 261 Rn. 18 und 21 sowie *Meyer-Gofner*, § 261 Rn. 24.

⁵ Vgl. nur *Nack*, MDR 1986, 366, *Frister*, FS Grünwald, S. 169, *Grünwald*, Beweisrecht, S. 87 und *Sabine Gleß*, Beweisgrundsätze, S. 383.

digte⁶ kann zu seinen Gunsten lügen. Sachverständige können sich irren. Urkunden können unvollständig oder gar gefälscht sein. Und vor allem Zeugen, die zwar als „bequemes Beweismittel“⁷ (Schilderung vermeintlich aus erster Hand) in der Praxis als wichtigstes Beweismittel gelten⁸, sprechen aus psychologischen Gründen nicht immer die Wahrheit, ohne dass der Tatrichter (oder später der Revisionsrichter) dies mangels besseren Wissens aufzudecken imstande wäre⁹: Der Zeuge kann objektive Geschehnisse der Außenwelt sowie *eigenpsychologische* Vorgänge (z.B. eigene Ziele und Absichten und gerade nicht *fremdpsychische* Tatsachen wie Vorsatz und Absicht des beobachteten Täters!)¹⁰ nur so wahrnehmen, wie er sie subjektiv sieht und interpretiert, geprägt durch seine Persönlichkeit und seine Beweggründe.¹¹ Hierbei können ihm Fehler unterlaufen sein, nicht nur bewusst (sog. Lüge), sondern vor allem unbewusst. Und selbst wenn ein Geschehen vom Zeugen zutreffend gedeutet wurde, treten in der Zeit bis zu der teilweise erst Monate oder Jahre später stattfindenden Hauptverhandlung Erinnerungslücken und -fehler auf (insbesondere beim Wiedererkennen bestimmter Personen¹²), die noch verstärkt werden bei der Erinnerung an miterlebte, für den Zeugen trau-

⁶ Erfolgt die „Beweisaufnahme“ nach dem eindeutigen Wortlaut des § 244 Abs. 1 StPO „nach der Vernehmung des Angeklagten“ und ist der Beschuldigte daher kein Beweismittel im formellen Sinne, so ist man sich heutzutage dennoch einig, dass er zumindest ein „Beweismittel eigener Art“ (so etwa *Friedrich-Wilhelm Krause*, Jura 1982, 226), ein „Beweismittel“ (BGHSt. 2, 269 [270], *Peters*, Strafprozeß, S. 203 und *Krey*, Strafverfahrensrecht 2, Rn. 758) „im materiellen Sinne“ (So etwa *Rogall*, Beschuldigte, S. 32 f.; ähnlich *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 179 und *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 709) sei. Der Unterschied zu einem Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO ist rein terminologischer Art und erklärt sich aus der „Doppelrolle“ (so *Müller-Dietz*, ZStW 93 [1981], 1217; ähnlich *SK-StPO/Rogall*, Vor § 133 ff. Rn. 123 [„Doppelstellung“]) des Beschuldigten mit seiner Subjektiv- wie Objektstellung, derzufolge die Vernehmung vor der eigentlichen („formellen“) Beweisaufnahme dem Angeklagten die Möglichkeit geben soll, „seine Verteidigung vorweg zusammenhängend zu führen und das Gericht zu veranlassen, dass bei der nachfolgenden Beweisaufnahme die von ihm geltend gemachten Gesichtspunkte berücksichtigt werden“ (BGHSt. 19, 93 [97]; ebenso BGH, NStZ 1981, 111, BGH, NStZ 1986, 370 [371], LR/*Gollwitzer* [25. Aufl., Berlin 2001], § 244 Rn. 36, KK-StPO/*Fischer*, § 244 Rn. 2, *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, § 21 Rn. 2 und *Gössel*, Strafverfahrensrecht, S. 179). De lege lata sollte es in § 244 Abs. 1 StPO also heißen (so bereits *Friedrich-Wilhelm Krause*, Jura 1982, 226 und *SK-StPO/Rogall*, Vor § 133 ff. Rn. 126): „Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die *weitere* Beweisaufnahme.“

⁷ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 851.

⁸ Siehe nur die empirische Untersuchung von *Schmitz*, Tatgeschehen, S. 550; vgl. auch BGHSt. (GrS) 32, 115 (127): „eines der wichtigsten Beweismittel [...] zur Wahrheitserforschung“.

⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Eisenberg*, JZ 1984, 961 ff., *ders.*, Beweisrecht, Rn. 1362 ff., *Kühne*, NStZ 1985, 252 ff., *ders.*, Strafprozessrecht, Rn. 852, *O. Berndt Scholz*, StV 2004, 104 ff., *Henges*, ZStW 101 (1989), 623 ff. und *Reinecke*, MDR 1986, 630 ff. Die Folge hiervon auf der Revisionsebene ist, dass revisionsrechtliche Angriffe gegen eine fehlerhafte Glaubwürdigkeitsbeurteilung a priori regelmäßig aussichtslos sind, vgl. *Nack*, StV 1994, 555 ff. und *Geipel*, Notwendigkeit, S. 20.

¹⁰ Vgl. zu dieser Unterscheidung *Alsberg/Nüse/Meyer*, Beweisantrag, S. 191 ff.

¹¹ Vgl. zu dieser Abhängigkeit BGHSt. (GrS) 32, 115 (127).

¹² Vgl. zu dieser Problematik *Sporer*, MschrKrim 1984, 339 ff.

matische Tatgeschehnisse durch psychische Verdrängungs- und Schutzmechanismen und gar zur Verfälschung der Gedächtnisinhalte führen können. Schließlich muss der Zeuge seine Erinnerungen dem Gericht mit Worten beschreiben, wobei durch das unterschiedliche menschliche Verständnis einzelner Worte unentdeckt bleibende Kommunikationsfehler auftreten können. *Adolf Wach*¹³ bezeichnete den Zeugenbeweis daher wohl zu Recht als „den nach Kenntnis jedes Erfahrenen schlechtesten Beweis“. In den Vereinigten Staaten von Amerika ergab etwa eine Untersuchung von 110 Inhaftierten, die mittlerweile ihre Unschuld per DNA-Test nachgewiesen haben, dass 2/3 von ihnen aufgrund falscher Zeugenaussagen des Opfers oder von Augenzeugen verurteilt worden waren; und dies ist nur die Spitze des Eisbergs¹⁴. Flankiert werden diese beweismittelspezifischen Erkenntnishindernisse durch allgemeine einzuhaltende rechtsstaatliche Prinzipien wie dem in §§ 261 und 264 Abs. 1 StPO Ausdruck gefundenen Grundsatz der Mündlichkeit (wonach nur der mündlich vorgetragene und erörterte Prozessstoff dem Urteil zugrunde gelegt werden darf¹⁵), dem in § 250 StPO verankerten materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatz, dem Grundsatz der Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG) sowie – am einschneidendsten – der Beweisverbotslehre¹⁶ als liberaler gesetzlicher Wertentscheidung, Verbrechern nicht auf gleicher Ebene zu begegnen und Wahrheit nicht um jeden Preis zu erforschen¹⁷. Zur tagtäglichen Arbeit eines Strafrichters gehört daher „die fast unlösbare Aufgabe [...], in dem ihm übermittelten Trugbild angeblicher Tatsachen die wahren Umrisse, den wirklichen Vorgang zu erkennen [...]. Dazu muss er Fehlerquellen möglichst ausscheiden und auf einer reichen Lebenserfahrung aufgebaute Schlüsse fast hellseherisch ziehen“¹⁸. Oder in den Worten des (auch) Juristen¹⁹ *Goethe*²⁰: „Das Wahre ist gottähnlich; es erscheint nicht unmittelbar, wir müssen es aus seinen Manifestationen erraten.“

Diese indirekte Erkenntnisgewinnung kann nie zu einem Wissen führen, einer absoluten – d.h. selbst erlebten – „Gewissheit“ des Richters. Sie ist als indirekte Methode stets relativ, gebunden an die vermittelnden Beweismittel und ihre Inter-

¹³ Zitiert nach *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 851, der selbst keine Quelle dieser Aussage angibt.

¹⁴ *Peter Neufeld* (The Innocence Project at the Cardozo School of Law in New York), zitiert nach *Sharon Cohen/Deborah Hastings*, www.deathpenaltyinfo.org/node/529. „We’re not talking about a handful of innocent people in prison [...], we’re talking about thousands.“

¹⁵ Vgl. nur BGH bei *Miebach*, NStZ 1990, 228 f. und *Meyer-Göfner*, § 261 Rn. 7

¹⁶ Umfassend zu dieser *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 329 ff., *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 880 ff., *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 454 ff., *ders.*, Jura 2008, 653 ff., *Peters*, Strafprozeß, S. 296 ff., *Mitsch*, NJW 2008, 2295 ff., *Volk*, Grundkurs, § 28 Rn. 1 ff., *Cramer/Bürgle*, Beweisverwertungsverbote, S. 17 ff., *Peres*, Beweisverbote, S. 3 ff., *Störmer*, Grundlagen, S. 1 ff. und *Effer-Uhe*, Jura 2008, 335 ff.

¹⁷ So eindeutig BGHSt. 14, 358 (365).

¹⁸ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Einf. § 284 Rn. 34.

¹⁹ *Goethe* schloss ein Studium der Rechte in Leipzig und Straßburg erfolgreich ab, hatte in Frankfurt vier Jahre lang eine Anwaltskanzlei und war Praktikant am Reichskammergericht, vgl. *Bruno Jahn*, Enzyklopädie, S. 140 f.

²⁰ *Goethe*, Goethes Werke 42. Band – Zweite Abtheilung: Aus Wilhelm Meisters Wanderjahren: Aus Makariens Archiv (S. 184).

pretationen und Bewertungen²¹ und damit letztlich nicht mehr als eine Fiktion. Mag die Anknüpfung von massiv in die Freiheitsrechte des Angeklagten eingreifenden Sanktionen an fingierte Sachverhalte auf den ersten Blick auch als unerträglich erscheinen²², so beruht die Strafjustiz bei einer Einsicht in die begrenzte menschliche Erkenntnisfähigkeit doch gerade „auf der Forderung der Gesellschaft, dass der Richter auch dort wissen muss, wo er nicht wissen kann“²³ und urteilen muss, als ob er wüsste. Alles andere käme einer Kapitulation des Strafprozessrechts und damit des von ihm durchzusetzenden Strafrechts mit seiner gesellschaftspolitischen Ordnungsfunktion gleich. Kann der Tatrichter aber stets nur einen von ihm subjektiv erschlossenen vermeintlichen Geschehensablauf seinem Urteil zugrunde legen und wird er hierbei nur selten vollständig die abgelaufene Realität in all ihren Einzelheiten und die subjektiv vom Angeklagten erlebte Wirklichkeit abbilden, so sind Streitigkeiten um den Sachverhalt in unserem Strafprozesssystem gesetzlich genauso vorprogrammiert wie eine beträchtliche Anzahl von Fehlurteilen. Dessen war sich der Gesetzgeber bewusst, wie die Vorschriften zur Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO) zeigen. Es ist jedoch so lange als kleineres Übel hinzunehmen, wie es rechtsstaatliche Regeln und Kontrollmechanismen dafür gibt, dass derartige Fehlurteile (möglichst) nicht zu Lasten des Angeklagten gehen.

Um so unverständlicher ist es, dass sich die deutsche²⁴ Rechtswissenschaft fast ausschließlich mit Rechtsanwendungsfragen²⁵ beschäftigt und feste Strukturen der Tatsachenfeststellung nicht einmal zu entwickeln sucht, pragmatisch darauf verweisend, die Tatsachenfeststellung könne am besten mit gesundem Menschenverstand gelöst werden²⁶. Werke zur Tatsachenfeststellung sind Mangelware. Auch wenn sich die zivilprozessuale Lehre seit Beginn der 1970er Jahre um eine größere Bedeutung des Prozessrechts und der richterlichen Tatsachenarbeit bemüht²⁷, findet

²¹ Helmut Weber, Kausalitätsbeweis, S. 4 f.

²² Meurer, Fiktion, S. 2.

²³ Meurer, Fiktion, S. 1.

²⁴ Puttfarcken, JuS 1977, 499 und Gilles, JuS 1981, 402 bezeichnen dieses Phänomen (bezogen auf das Zivilprozessrecht) als „deutsche Eigenart“.

²⁵ Dies bemängeln für den Strafprozess bereits Freund, Probleme, S. 6 ff., Eschelbach, FS Widmaier, S. 133, Steinke, FS Geerds, S. 385, Döhring, Erforschung, S. 1 f. und Reiwald, Gesellschaft, S. 66 (Es sei die „Vorliebe der Strafrechtswissenschaft, an dem Wesen der Dinge [...] vorüberzugehen und die technisch-formalen Fragen voranzustellen“) sowie für den Zivilprozess beispielhaft Weinauer, KF 1966, S. 10 f., Kollhosser, ZZZ 83 (1970), 240 („Übelstand“), Michael Huber, Beweismaß, S. 1 und Wildhagen, ZZZ 60 (1936/37), 218 („Höchste Achtung vor dem Tatsächlichen und volle Einräumung des Einflusses, der ihm auf die Rechtspflege gebührt, ist das, was den Rechtsgelehrten auszeichnen sollte. Niemand vernachlässigt die Tatsachen ungestraft. Sie wissen sich scharf dafür zu rächen“).

²⁶ Vgl. Rupert Schreiber, Theorie, S. 1.

²⁷ Vgl. zu dieser Entwicklung sowie zum derzeitigen Stand des zivilprozessualen Beweisrechts nur Musielak, Grundlagen, S. 1 ff., Weinauer, KF 1966, S. 3 ff., Egon Schneider, Beweis, S. 1 ff., ders., DRiZ 1966, 281 ff., Egon Schneider/Günter Lange, Beweisrecht, Rn. 1 ff., Michael Huber, Beweismaß, S. 1 ff., Gerhard Walter, Beweiswürdigung, S. 88 ff. sowie Greger, Beweis, S. 1 ff. – jeweils mwN.

eine Diskussion auf strafprozessualer Ebene in weitaus geringerem Umfange statt.²⁸ Befürchtete *Schaper*²⁹ bereits vor über 140 Jahren eine „Verflachung“ der Praxis „in der Beurteilung der Tatfrage“, so beschrieb der Kriminalist *Hans Gross*³⁰ vor über hundert Jahren die Suche nach einer verlässlichen Tatsachenbasis viel vernichtender. Seine Worte haben nichts an ihrer kritischen Kraft eingebüßt:

„Lange genug haben wir uns auf das Studium unserer Normen beschränkt, nun gehen wir an das exakte Studium des Materials; freilich bedeutet dies eine Umkehr und ein Beginnen mit dem, was zuerst hätte geschehen sollen, aber die Naturwissenschaften, die wir uns zum Muster nehmen, haben dies auch tun müssen und tun es jetzt ehrlich und offen. Die alte Medizin hat zuerst das Universalmittel gesucht und Theriak [eine ursprünglich als Antidot entwickelte opiumhaltige Arznei³¹, die im Mittelalter als Universalheilmittel gegen alle möglichen Krankheiten und Gebrechen verwendet wurde] gekocht, die heutige Medizin seziiert, mikroskopiert und experimentiert, sie kennt kein Universalmittel, kaum einige Spezifika – sie hat den Fehler eingesehen, aber wir – wir kochen noch heute unseren Theriak und sehen hochmütig auf das Wichtigste, das Studium der Realien, herab.“

Dieses Ungleichgewicht zwischen Praxis und Theorie wirkt sich fatal auf die Juristenausbildung aus: Beigebracht wird im Studium wie in der Referendarzeit primär die Rechtsanwendung und nur sekundär und oberflächlich der Beweiswürdigungsvorgang. Fast hilflos³² steht der junge Richter daher am Anfang seines Berufslebens den Fragen der Tatsachenfeststellung gegenüber. Zwar mögen Richterkollegen mit Rat und Tat und ihrer Berufserfahrung hilfreich zur Seite stehen. Aber ob man das, was diese Richter anfangs selbst unsicher über Jahre hinweg vielleicht falsch gemacht haben, wirklich eine „helfende Erfahrung“ nennen kann, bleibt zu bezweifeln³³. Und so dreht sich die Spirale unzuverlässiger Tatsachenfeststellung immer weiter. Hierin liegt es (zweitens und) eigentlich begründet, dass die „Beweiswürdigung zu den trübsten Kapiteln der [deutschen] Rechtspre-

²⁸ Zu den wenigen umfassenderen Betrachtungen gehören *Eberhard Schmidt*, JZ 1970, 337 ff., *Peters*, Fehlerquellen Bd. 2, S. 1 ff., *ders.*, FS Olivecrona, S. 532 ff., *ders.*, Kriminologische Aktualität VIII (1974), 29 ff., *Döhring*, Erforschung, S. 1 ff., *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung, Rn. 558 ff., *Nack*, MDR 1986, 366 ff., *Kindhäuser*, Jura 1988, 290 ff., *Freund*, Probleme, S. 1 ff., *Hanack*, JuS 1977, 727 ff., *Herdegen*, NSZ 1987, 193 ff., *Meurer*, GedS Hilde Kaufmann, S. 947 ff., *ders.*, FS Hildebert Kirchner, S. 249 ff., *ders.*, FS Tröndle, S. 533 ff., *Freund*, Probleme, S. 1 ff., *Käßer*, Wahrheitserforschung, S. 1 ff., *Lampe*, FS Pfeiffer, S. 353 ff., *Kasper*, Beweiswürdigung, S. 1 ff., *Frister*, FS Grünwald, S. 169 ff., *Albrecht*, NSZ 1983, 486 ff., *Friedrich-Wilhelm Krause*, FS Peters, S. 323 ff., *Heescher*, Untersuchungen, S. 1 ff., *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 1 ff., *Andrea Schmidt*, Grundsätze, S. 1 ff., *Joachim Schulz*, Sachverhaltsfeststellung, S. 1 ff., *Toepel*, Grundstrukturen, S. 137 ff., *Hans-Udo Bender*, Merkmalskombinationen, S. 1 ff., *Fincke*, GA 1973, 266 ff., *Baum*, Wesen, S. 1 ff., *Wolfgang Hetzer*, Wahrheitfindung, S. 227 ff. und *Geipel*, Handbuch, S. 1 ff.

²⁹ GA 1866, 180.

³⁰ Kriminal-Psychologie, S. 15.

³¹ Zu den weiteren Zutaten zählten spanischer Wein, Angelikawurzel, Wurzel der Virginhohlwurzel, Baldrianwurzel, Meerzwiebel, Zitwerwurzel, Zimt, Kardamom, Myrrhe, Eisenvitrol und sehr viel Honig.

³² Vgl. nur *Döhring*, Erforschung, S. 3 und *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 78.

³³ So *Bender/Nack*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1995, Seite XI.

chung“ gehört³⁴ und die Beweisfrage im Strafprozess noch immer³⁵ sein „Zentralproblem“ ist.

Jahrhundertlang war dem Richter durch positive Beweisregeln vorgegeben, wann er durch bestimmte Beweismittel kund getane Aussagen als erwiesen seinem Urteil zugrunde legen musste. Sagten etwa zwei oder drei glaubhafte Zeugen das Gleiche, so sollte dies nach Art. 67 der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 als „bewiesen“ gelten – eine berühmte Regel, die sich bereits in der Bibel³⁶ findet und durch den Ausspruch von Mephisto in Goethes Faust³⁷ („Durch zweier Zeugen Mund wird allerwegs die Wahrheit kund“) fast geflügeltes Allgemeingut geworden ist. Zwei Frauen standen dabei als Zeugen einem männlichen Zeugen gleich, so dass vier Frauen mit gleicher Aussage nötig waren, um einen vollen Beweis bezüglich dieser Aussage zu führen.³⁸ Mit der Beseitigung derartiger fester „Beweisfesseln“ und der Einführung des Grundsatzes freier Beweiswürdigung in § 261 StPO sowie den übrigen Prozessordnungen (vgl. § 286 ZPO, § 30 Abs. 1 S. 1 BVerfGG, § 108 VwGO, § 128 SGG, § 96 FGO, §§ 46 Abs. 2 S. 1 und 84 S. 1 ArbGG, § 93 PatG sowie jüngst § 37 Abs. 1 FamFG³⁹ und § 9 LwVfG⁴⁰) hat der Gesetzgeber die Richter in eine Freiheit der Tatsachenfeststellung entlassen, in der sie sich erst langsam zurechtfinden mussten. Anfangs versuchten die Tatrichter noch, der mit dieser Freiheit verbundenen enormen Verantwortung für das weitere Leben des Angeklagten gerecht zu werden, indem sie an ihre Überzeugungsbildung hohe, wenn nicht teilweise sogar unerreichbare Anforderungen stellten und so in vielen Fällen trotz starker Indizien wegen kleiner verbliebener Restzweifel in dubio pro reo zu einem Freispruch gelangten.⁴¹ Hierfür konnten sie verständlicherweise aber nicht den Segen des Reichsgerichts erlangen, ergeht wegen

³⁴ Egon Schneider, Praxis, Rn. 750.

³⁵ Ebenso Peters, Fehlerquellen Bd. 2, S. 1: „Das Problem fehlerhafter und ungewisser Urteile auf Grund ungenügender Sachverhaltsfeststellung ist auch noch ein Problem unserer Tage.“

³⁶ 5. Buch Moses 17, 6 und 19, 15 („Es soll kein einzelner Zeuge wider jemand auftreten [...], sondern in dem Munde zweier oder dreier Zeugen soll die Sache bestehen“), Matthäus 18, 16 sowie Johannes 8, 17 („Auch stehe in eurem Gesetz geschrieben, dass zweier Menschen Zeugnis wahr sei“).

³⁷ Goethe, Faust 1, Zeile 3013 f. (= S. 85).

³⁸ Vgl. nur Kunert, GA 1979, 403.

³⁹ Im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), das mit Wirkung zum 1. 9. 2009 das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) ersetzte (BGBl. 2008 I, S. 2586 (2743)), ist nunmehr auch endlich für diese Verfahrensart (im FGG fehlte noch eine entsprechende Bestimmung) der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ausdrücklich verankert.

⁴⁰ § 9 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen (LwVfG) verwies bislang auf das FGG, so dass auch hier eine ausdrückliche Vorschrift über die freie Beweiswürdigung fehlte. Mit der Ersetzung des FGG durch das FamFG verweist § 9 LwVfG nunmehr auf § 37 Abs. 1 FamFG und erhält so mit Wirkung zum 1. 9. 2009 auch ausdrücklich den Grundsatz freier Beweiswürdigung: Art. 43 des Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz), BGBl. 2008 I, S. 2586 (2707).

⁴¹ So auch die Einschätzung von Heescher, Untersuchungen, S. 49.

der Unmöglichkeit absoluter Wahrheitserkenntnis doch jedes Urteil unter dem „selbstverständlichen Vorbehalt“⁴², dass kein Beweis so unumstößlich sicher ist, dass eine, wenn auch ganz entfernte Möglichkeit einer ihn widersprechenden anderen Gestaltung des Sachverhalts gedanklich völlig ausgeschlossen wäre. Das Reichsgericht⁴³ mahnte vielmehr einen hohen objektiven Wahrscheinlichkeitsgrad als Maßstab an, bevor der Bundesgerichtshof zu einer Entscheidungsfindung nach streng-subjektiver „freier“ Überzeugung des Richters im Rahmen einer alle Aspekte des Einzelfalles umspannenden Gesamtwürdigung zurückkehrte: „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. [...] Es ist also die für die Schuldfrage entscheidende, ihm allein übertragene Aufgabe des Tatrichters, [...] ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt überzeugen kann oder nicht.“⁴⁴

Ein derart streng subjektiver Maßstab öffnet – schränkt man ihn nicht ein – „dem Irrationalen, der Beliebigkeit und dem Unkontrollierbaren Tür und Tor“⁴⁵ und befördert, was tatsächlich eingetreten zu sein scheint, die Entwicklung pragmatischer Verfahrensregeln *contra legem*⁴⁶: So berichten Praktiker, dass der Grundsatz „in dubio pro reo“ in der Praxis kaum noch zur Anwendung gelange, bilde sich der Richter doch bereits bei der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 StPO) ein Tatbild aufgrund der Ermittlungsakten, von dem er aufgrund unbewusst einsetzender psychologischer Gesetzmäßigkeit (sog. bevorzugte Apperzeption und Speicherung redundanter [bereits bekannter] Informationen) zumeist erst dann abweiche, wenn nicht nur Zweifel geweckt würden, sondern vielmehr das Gegenteil bewiesen werde⁴⁷ (sog. „in dubio contra reo-Rechtsprechung“⁴⁸). Und wegen der „Schwierigkeit, einem Zeugen nicht zu glauben“⁴⁹ gelte die „geheime Beweisregel“⁵⁰, dass einem Zeugen trotz der hiermit verbundenen Unsicherheit grundsätzlich zu glauben sei⁵¹. Allein die Ergebnisse dieser Beweiswürdigung und nicht die zugrunde liegenden Überlegungen selbst, finden sich dann in den vom Richter verfassten Urteilsgründen. Hierzu gibt der Richter die Beweismittelaussagen (insbesondere Zeugenaussagen) so wieder, „wie er sie verstanden hat. Oder noch schlimmer: So, wie er sie verstehen will.“⁵² Ob er der so „verstandenen“ Zeugenaussage (weithin „intuitiv“) Glauben geschenkt habe, werde in den Urteilsgründen einzig – wegen fehlender

⁴² *Hartung*, SJZ 1948, 580.

⁴³ Vgl. nur RGSt. 61, 202 (206), RGSt. 75, 324 (327) und RGSt. 75, 372 (374).

⁴⁴ So grundlegend BGHSt. 10, 208 (209f.).

⁴⁵ *Peters*, Strafprozeß, S. 298.

⁴⁶ Ausführlich hierzu *Geipel*, Notwendigkeit, S. 40 und *ders.*, StV 2008, 271 ff.

⁴⁷ Vgl. *Schünemann*, StV 2000, 163; ähnlich bereits *ders.*, GA 1978, 171.

⁴⁸ So *Meyer-Mews*, NJW 2000, 916 ff.

⁴⁹ *Reinecke*, MDR 1986, 630.

⁵⁰ *Geipel*, Notwendigkeit, S. 40.

⁵¹ Vgl. hierzu *Reinecke*, MDR 1986, 630 ff.

⁵² *Bossi*, Hier stehe ich, S. 101.

Kenntnisse von aussagepsychologischen Grundsätzen in der Richterschaft – mit „Begründungsmustern“ belegt, „die sich als wissenschaftlich überwiegend wertlos erwiesen haben“⁵³. Das Resultat: Am Ende passe das Ergebnis der Beweisaufnahme fast immer genau zum gefällten Urteil, als wäre es „in Stein gemeißelt“⁵⁴. Mit dieser „Macht“ des Tatrichters⁵⁵ sei der „Willkür im Prinzip Tür und Tor geöffnet. Richter können Zeugenaussagen missverstehen, verdrehen und in einzelnen Fällen sogar bewusst verfälschen.“⁵⁶ Dies lasse sich „später kaum noch feststellen, geschweige denn korrigieren“⁵⁷, sei nach der Rechtsprechung die Tatsachenfeststellung doch allein „Sache des Tatrichters“⁵⁸ und der Revision (selbst bei tatsächlicher Unrichtigkeit⁵⁹) nur insoweit zugänglich, wie auf dem „gedanklichen Weg“⁶⁰ zur richterlichen Überzeugung (§ 261 StPO) gegen rechtliche Vorgaben verstoßen werde, insbesondere ein hierfür erforderliches „nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit“ nicht in den Urteilsgründen ausgewiesen werde⁶¹. Das Ergebnis sei ein „Freibrief der Neuzeit: Ein kluger Richter schreibe in sein Urteil, was er wolle [unabhängig davon, was er dachte], doch vermerke er weise, dass er nicht zweifele“⁶².

Da braucht man sich weder darüber zu wundern, dass die Freispruchquote von noch 8% im Jahre 1958 inzwischen auf unter 4% gesunken ist⁶³, noch dass nach einer Studie zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1992 und 1993 gegen 41% aller landgerichtlichen Urteile Revision eingelegt wurde⁶⁴, hiervon in 94,6% aller Fälle durch den Angeklagten⁶⁵. In den wenigen Fällen, in denen eine Angeklagtenrevision mit der Verfahrensrüge durchdrang, fiel in 67% der Fälle das neue Urteil besser aus, davon in erstaunlichen 27,78% aufgrund neuer Tatsachen-

⁵³ *Fischer*, NStZ 1994, 5, der diesen Umstand damit erklärt, dass die Aussagepsychologie selbst „nach 90 Jahren Forschung noch immer nicht Einzug in die obligatorische Fortbildungsmaßnahmen des Richterpersonals gefunden“ habe.

⁵⁴ *Bossi*, Halbgötter, S. 45 und *ders.*, Hier stehe ich, S. 102.

⁵⁵ So *Schlothauer*, StV 1992, 134.

⁵⁶ *Bossi*, Hier stehe ich, S. 101, daher für ein Wortprotokoll plädierend (S. 103).

⁵⁷ *Bossi*, Halbgötter, S. 21.

⁵⁸ BGHSt. 21, 149 (151), BGHSt. 38, 14 (15), *Meyer-Gofner*, § 337 Rn. 13. Vgl. zur grundsätzlichen Bindung des Revisionsgerichts an die Tatsachenfeststellungen des Tatrichters auch BGHSt. 29, 18 (20), *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 10 und 17 ff., *Dahs/Dahs*, Revision, Rn. 392, *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 563, *Jähnke*, FS Hanack, S. 355 ff. sowie *Dietmar Krause*, Revision, Rn. 7.

⁵⁹ Vgl. *Dahs/Dahs*, Revision, Rn. 392.

⁶⁰ *Jähnke*, FS Hanack, S. 356.

⁶¹ Vgl. nur BayObLG, JR 1972, 30 mit Anm. *Peters*, JR 1972, 31 f.

⁶² *Tronje Döhmer*, Freie Beweiswürdigung oder Begründungsmangel?!, www.kanzlei-doeheimer.de/Beweis16.htm.

⁶³ Vgl. *Schünemann*, StV 2000, 163. 1996 betrug die Quote sogar nur 2,7%: vgl. *Schünemann*, StV 1998, 395 Fn. 29 (Freisprüche werden vom Statistischen Bundesamt inzwischen in der Strafverfolgungsstatistik nicht mehr gesondert ausgewiesen, sondern mit allen anderen Formen der Erledigung eines Verfahrens außer einer Verurteilung (insbesondere Einstellungen) zusammengefasst).

⁶⁴ *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 44.

⁶⁵ *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 45.

feststellungen, die gar keinen Bezug zum Aufhebungsgrund hatten⁶⁶. Die allgemeine Fehleranfälligkeit der Tatsachenfeststellung (insbesondere bei nur einer Instanz) steigt genauso wie die „Unzufriedenheit der Verurteilten“⁶⁷. Zugleich schwindet das Vertrauen der Gesellschaft in gerechte strafprozessuale Urteile. Von Rechtsfrieden durch den Urteilsspruch kann kaum noch eine Rede sein. Es wird gar ein historischer Rückschritt in die graue Vorzeit beklagt, hätten die irrationalen Beweismittel der germanischen Vorzeit (Eid, Zweikampf und Gottesurteil) trotz ihrer Irrationalität doch wenigstens brauchbare Ergebnisse aufgrund einer systemimmanenten Logik geliefert. Die Beweiswürdigung heutzutage könne dagegen so gut wie immer so oder anders ausgehen.⁶⁸

Der Bundesgerichtshof erkannte diese Gefahr möglicher „Exzesse der freien Überzeugungsbildung“⁶⁹ zwar schon früh und verlangte den Tatrichtern eine „tragfähige, verstandesmäßig einsehbare Tatsachengrundlage“⁷⁰ bzw. „tatsächliche Anknüpfungspunkte“⁷¹ für ihre subjektive Beweiswürdigung ab und band sie neben Denkgesetze⁷² an „allgemeine Erfahrungssätze“⁷³, d. h. „empirisch aus der Beobachtung und Verallgemeinerung von Einzelfällen gewonnene [generalisierte] Einsichten“, die „in den maßgebenden Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei als richtig und zuverlässig anerkannt“ sind⁷⁴ und so „unabhängig von den Umständen des jeweiligen Falles allgemein Gültigkeit beanspruchen können“⁷⁵ (andere Begrifflichkeiten wegen ihrer generell-zwingenden Geltung⁷⁶: „zwingende Erfahrungssätze“⁷⁷, „deterministische Erfahrungssätzen“⁷⁸ oder „Erfahrungsgesetze“⁷⁹). Wie die früheren gesetzlichen Beweisregeln vermittelten sie „schlechthin zwingende Folge-

⁶⁶ *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 58 f.

⁶⁷ *Geipel*, Notwendigkeit, S. 25.

⁶⁸ So die Kritik von *Geipel*, Notwendigkeit, S. 48.

⁶⁹ *Hoyer*, ZStW 105 (1993), 532 mit anschaulichen Beispielen.

⁷⁰ BGH, NStZ-RR 2005, 373.

⁷¹ BGH, NStZ 2009, 226 (227).

⁷² Vgl. nur BGHSt. 6, 70 (72), BGHSt. 19, 33 (34), BGH, StV 1984, 190, BGH, StV 1986, 467, BGH, StV 1996, 366 (367), BGH, StraFo 2003, 131, BGH bei *Becker*, NStZ-RR 2006, 258 und BGH, StV 2008, 238.

⁷³ So die Begrifflichkeit der Rechtsprechung: vgl. beispielsweise RGSt. 61, 151 (154), OGHSt. 1, 67 (70), BGHSt. 31, 86 (89) und BGH, VRS 16 (1959), 432 (437).

⁷⁴ BGHSt. 5, 34 (36).

⁷⁵ BGHSt. 31, 86 (89 f.); ähnlich BGH, StV 2000, 69 und OLG Köln, VRS 48 (1975), 24. Vgl. auch die Definition von *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 492, der wie BGH, StV 2000, 69 und *Albrecht Mayer*, NStZ 1991, 526 sogar nur solche Erfahrungssätze überhaupt als „Erfahrungssätze“ bezeichnen will: „auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung oder wissenschaftlicher Erkenntnisse gewonnene Regeln, die keine Ausnahme zulassen“.

⁷⁶ Wissenschaftstheoretisch spricht man davon, derartige Gesetzmäßigkeiten seien „nomologisch“, vgl. *Mummenhoff*, Erfahrungssätze, S. 13.

⁷⁷ Vgl. nur LR/*Gollwitzer* (25. Aufl., Berlin 2001), § 261 Rn. 47 und *Rebmann*, Revisibilität, S. 19, 22 ff.

⁷⁸ So *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 7, AK-StPO/*Schöch*, § 244 Rn. 19, *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, § 20 Rn. 13; ähnlich *Mummenhoff*, Erfahrungssätze, S. 13 und *Ulrike Unger*, Kausalität, S. 149: „deterministische Gesetzmäßigkeit“.

⁷⁹ So etwa *Hainmüller*, Anscheinsbeweis, S. 28 und KK-StPO/*Fischer*, § 244 Rn. 7.

rungen⁸⁰, von denen nicht abgewichen werden könne. Doch abgesehen von „naturgesetzlich festliegenden“ Vererbungsregeln⁸¹, einer absoluten Fahruntüchtigkeit ab 1,1%⁸² oder „dass ein Kraftfahrer, bevor er am Steuer seines Fahrzeugs während der Fahrt einschläft (einnickt), stets deutliche Zeichen der Ermüdung (Übermüdung) an sich wahrnimmt oder wenigstens wahrnehmen kann“⁸³, existieren derart zwingende Erfahrungssätze nicht, leben wir doch nach den Erkenntnissen der modernen Quantenphysik in einer undeterminierten Welt, in der sich die Vorgänge in jedem Atom zufällig abspielen, nur statistisch beschreibbar⁸⁴. Dies gilt auch und gerade für das vom Strafrecht sanktionierte menschliche Verhalten, das von individuellen Wünschen, Erfahrungen und Emotionen gelenkt wird. So gibt es beispielsweise keinen „allgemeinen Erfahrungssatz“, dass jeder Kfz-Führer auch einen leichten Wagen selbst bei heftigem Wind in einer geraden Linie halten kann, wenn er das Steuer fest in der Hand hält⁸⁵, dass „derjenige, der mehrfach und mit großer Wucht nach einem dreimonatigen Kleinkind tritt und dabei einen Tritt mit großer Wucht von oben auf den Kopf des Kindes ausführt, [...] angesichts der ihm bekannten massiven Gewalteinwirkung und des noch zarten Knochenbaus des Kindes zwangsläufig mit der Todesfolge seines Tuns rechnen und dies zumindest auch billigend in Kauf nehmen“ muss⁸⁶, „dass ein Kraftfahrer Bremsgeräusche oder Geräusche quiet-schender Reifen im Straßenverkehr auch im geschlossenen Fahrzeug wahrnimmt und als Geräusche eines Unfalls sofort identifiziert, selbst wenn diese Geräusche noch hinter dem Fahrzeug des betreffenden Kraftfahrers in einer größeren Entfernung auftreten“⁸⁷, dass bei Geldschulden „jedermann weiß, dass insoweit kein Anspruch auf dieses entwendete bzw. zu entwendende Geld besteht“⁸⁸ oder dass der Täter beim Vorliegen von bewiesenen Erinnerungslücken nach der Tat während der Tatbegehung unter einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung litt⁸⁹. Stets vermitteln diese Sätze trotz ihrer sprachlichen Strenge inhaltlich allenfalls statistische Aussagen und ermöglichen nur einen Schluss mit gewisser Wahrscheinlichkeit auf das Tatgeschehen (sog. statistische⁹⁰ bzw. stochastische⁹¹ Erfahrungssätze). Mit derart unsicheren Schlüssen muss der Tatrichter täglich umgehen. Die Hoffnung der Praxis ging daher dahin, dass der Bundesgerichtshof seiner grundsätzlichen Bindung an

⁸⁰ BGHSt. 31, 86 (89).

⁸¹ BGHSt. 6, 70 ff.

⁸² BGHSt. 37, 89 ff.

⁸³ BGHSt. 23, 156 ff.

⁸⁴ Vgl. hierzu *Roxin*, AT I, § 11 Rn. 3, *Stratenwerth*, FS Gallas, S. 233, *Ingeborg Puppe*, ZStW 95 (1983), 293 ff. und NK-StGB/*dies.*, Vor §§ 13 ff. Rn. 138.

⁸⁵ OLG Hamm, NZV 1994, 117.

⁸⁶ BGHR StPO § 261 Erfahrungssatz 1.

⁸⁷ OLG Karlsruhe, StV 1995, 13.

⁸⁸ BGH, StV 1991, 515.

⁸⁹ *Lackner/Kühl*, § 20 Rn. 7.

⁹⁰ So etwa die Bezeichnung von *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 7, AK-StPO/*Schöck*, § 244 Rn. 19, *Hans-Udo Bender*, Merkmalskombinationen, S. 119 und *Helmut Weber*, Kausalitätsbeweis, S. 175 Fn. 183; ähnlich *Ulrike Unger*, Kausalität, S. 149: „statistische Gesetzmäßigkeiten“.

⁹¹ So etwa *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, § 20 Rn. 13.

Denkgesetze und Erfahrungssätze nähere Konturen für eine Anwendung im Individualfall geben würde. Diese Hoffnung erfüllte sich bis heute nicht. Feste rationale Strukturen im Umgang vor allem mit statistischen Erfahrungssätzen sucht man in der Rechtsprechung vergebens.⁹² Stattdessen hat der Bundesgerichtshof den Umgang mit statistischen Erfahrungssätzen bislang in die freie Entscheidungsmacht des Tatrichters gestellt, solange die hierdurch erschlossene Tatsache bei einer Gesamtwürdigung⁹³ „tragfähig“⁹⁴ sei. So bleibt die Bindung an wissenschaftliche, insbesondere „kriminalistische Erfahrungen und Erkenntnisse“⁹⁵ als Stabilisator einer nachvollziehbaren, einen Rechtsfrieden schaffenden Beweiswürdigung weitgehend wirkungslos. Feste Grundsätze dafür, wann mit Hilfe eines nicht allgemeinen Erfahrungssatzes auf eine Tatsache geschlossen und diese festgestellt werden könne und wann ein derartiger Schluss lediglich eine bloß abstrakte, auf der Intuition des Richters beruhende Vermutung sei, die letztlich nicht mehr als ein gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßender⁹⁶, in der Revision aufzuhebender Verdacht⁹⁷ sei, fehlen bis heute.

In anderen Rechtsgebieten ist man hier wenigstens einen Schritt weiter, insbesondere im Zivilprozessrecht. Hier hat der Richter nach § 286 ZPO „unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“. Neben einer Bindung an „allgemeine Erfahrungssätze“ sind in der zivilprozessualen Rechtsprechung für den Umgang mit bestimmten nicht allgemeinen Erfahrungssätzen feste Grundsätze entwickelt worden: Vermittelt ein nicht allgemeiner Erfahrungssatz wegen seines hohen Wahrscheinlichkeitsgrades dem Richter einen „typischen Geschehensablauf“⁹⁸, d.h. einen feststehenden Sachverhalt, „der nach der Erfahrung des täglichen Lebens das Gepräge des Regelmäßigen, Üblichen, Gewöhnlichen und Häufigen trägt“⁹⁹, so kann und muss grundsätzlich der Richter „prima facie“ darauf schließen, dass sich auch im zu entscheidenden Einzelfall das Ge-

⁹² So zutreffend *Sommer*, FS Rieß, S. 587.

⁹³ BGH, NJW 2008, 2792 (2793) (insoweit in BGHSt. 52, 314 ff. nicht abgedruckt); ebenso BGH, NStZ 2002, 48, BGH, NStZ-RR 2004, 238 (239) und BGH, Urt. v. 29. 8. 2007 – 2 StR 284/07, juris.

⁹⁴ Vgl. nur BGH, NStZ-RR 2004, 238 (240).

⁹⁵ Eine derartige Bindung forderte der 52. Deutsche Juristentag im September 1978: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band II, L 222 Abschnitt B Nr. 6: „Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner aufgrund kriminaltechnischer Erfahrungen und Erkenntnisse aus dem Inbegriff der Verhandlung gewonnenen Überzeugung.“

⁹⁶ BVerfGE 18, 85 (96), BVerfGE 74, 102 (127) und BVerfG, StV 1994, 3.

⁹⁷ Vgl. etwa BGH, StV 1995, 453, BGH, NStZ-RR 1997, 42 (43) und BGH, StV 1997, 120.

⁹⁸ So der in Rechtsprechung und Schrifttum weithin anerkannte Fachausdruck: vgl. nur RGZ 130, 357 (359), BGHZ 2, 1 (5), BGHZ 6, 169, BGHZ 8, 239 (240), BGHZ 24, 308 (312), BGHZ 100, 31 (33), BGH, NJW 2005, 2395 (2398), BGH, NJW 2006, 300 (301), BGH, NJW 2006, 2262 (2263), *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 20, *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, § 286 Rn. 129, *Musielak*, Grundkurs ZPO, Rn. 463, *Schellhammer*, Zivilprozess, Rn. 519, *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 166 und *Rhona Fetzer*, MDR 2009, 603.

⁹⁹ *Metz*, NJW 2008, 2807; ähnlich BGH, NJW 1987, 1944.

schehen entsprechend (sprich: typisch) abgespielt hat, solange der Beweisgegner diesen „Anschein“ nicht durch die Darlegung und im Bestreitensfalle den Beweis konkreter Tatsachen¹⁰⁰ zu entkräften vermag, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines vom typischen Geschehen im Einzelfall abweichenden Geschehensablaufs ergibt¹⁰¹. Kommt es etwa zu einem Auffahrunfall, so spricht ein „erster Anschein“ dafür, dass der Hintermann entweder entgegen § 4 Abs. 1 StVO nicht den notwendigen Sicherheitsabstand eingehalten oder entgegen § 3 Abs. 1 S. 4 StVO seine Geschwindigkeit nicht so an die jeweiligen Straßen- und Verkehrsverhältnisse angepasst hat, „dass er innerhalb der übersehbaren Strecke halten“ konnte, und er daher den Unfall verschuldet hat, wenn er nicht die typische Auffahrsituation (A fährt hinter B und fährt schließlich in ihn herein) erschüttern kann (z. B. durch den Beweis, der Vordermann B habe gerade vor dem Unfall die Fahrspur gewechselt¹⁰²). Bis zu einem solchen Gegenbeweis kann das Gericht allein aus dem Indiz „A ist auf B aufgefahren, so dass es zu einer Teilüberdeckung von Heck und Front¹⁰³ kam“ auf eine Schuld des Hintermannes B und damit seine Haftung für die entstandenen Schäden schließen.¹⁰⁴ Es gilt verkürzt gesagt in der Regel: Wer auffährt, hat schuld.

Es stellt sich daher die Frage, ob diese weithin unbestrittene zivilprozessuale Konstruktion auf den Straf- oder Ordnungswidrigkeitenprozess übertragbar ist: Kann dem auffahrenden A etwa neben der zivilprozessualen Haftung in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren (§ 24 Abs. 1 S. 1 StVG iVm §§ 4 Abs. 1 S. 1 und 49 Abs. 1 Nr. 4 StVO) das Nichteinhalten des Sicherheitsabstandes alleine aus dem Umstand bewiesen werden, dass er auf das Fahrzeug des B aufgefahren ist und es ihm nicht gelungen ist, die typische Auffahrsituation zu erschüttern?¹⁰⁵ Oder um weitere Beispiele aus dem Bereich der Rechtsprechung zu bemühen: Kann allein aus der Haltereigenschaft des Angeklagten bei Fehlen weiterer Indizien gefolgert werden, dass dieser zum Zeitpunkt des Verkehrsverstoßes (wie es in der Regel der Fall sein wird) auch Fahrer des Wagens war?¹⁰⁶ Kann vom Indiz eines größeren Drogengeschäfts unter Freunden ohne weiteres auf eine Entgeltlichkeit geschlossen werden¹⁰⁷? Oder kann davon, dass ein Kraftfahrer nicht re-

¹⁰⁰ BGHZ 6, 169, BGHZ 17, 191 (196), BGH, NJW-RR 1989, 670 (671), BGH, VersR 1995, 723, Stein/Jonas/Leipold, § 286 Rn. 139 sowie MüKo-ZPO/Prütting, § 286 Rn. 65.

¹⁰¹ BGHZ 8, 239, BGH, NJW 1978, 2032f., OLG Köln, VersR 1991, 1195, OLG Hamm, VersR 2000, 55 (57) und Rosenbergs/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 36.

¹⁰² Vgl. BGH, MDR 2011, 157, OLG Köln, VRS 92 (1997), 197, OLG Köln, NZV 2004, 29f., KG, VRS 108 (2005), 25, OLG Jena, NZV 2006, 147f., KG, NJW-RR 2011, 28 und KG, MDR 2011, 158f.

¹⁰³ Vgl. zu diesem Erfordernis für einen „typischen Auffahrunfall“: KG, VRS 115 (2008), 275, KG, NZV 2010, 468 (469) und Martis/Enslin, MDR 2009, 489.

¹⁰⁴ Vgl. nur BGH, NZV 1989, 105, KG, NZV 2003, 41f., OLG Naumburg, VRS 100 (2001), 173, OLG Köln, NZV 2004, 29f. und OLG Saarbrücken, NZV 2009, 556ff. Umfassend zum Anscheinsbeweis im Verkehrsunfallprozess Karl-Werner Dörr, MDR 2010, 1163ff.

¹⁰⁵ Dagegen OLG Hamm, JMBI. NW 1976, 68f.

¹⁰⁶ Hierzu BVerfG, NJW 1994, 847, BGHSt. 25, 365 und OLG Oldenburg, StV 1994, 8 (9).

¹⁰⁷ Verneinend BGH, StV 1992, 469.

gelmäßig oder überhaupt nicht auf seinen Tachometer sieht, darauf geschlossen werden, dass er eine Geschwindigkeitsüberschreitung zumindest billigend in Kauf nimmt¹⁰⁸?

Nach der Rechtsprechung könne es im Strafprozess einen derartigen Beweises des ersten Anscheins nicht geben, „der nicht auf Gewissheit des Richters, sondern auf der Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs beruht“¹⁰⁹, sich der Versuchung eines „Anscheinsbeweises“ wohl bewusst: Mit seiner Hilfe könnte schließlich „unter Berufung auf so schillernde Begriffe wie ‚Lebenserfahrung‘ oder ‚typischer Geschehensablauf‘“ dem Prozess eine erwünschte Richtung gegeben werden, „die derjenigen ohne eine Anwendung solcher oft gefährlich unkontrollierten Begriffe gerade entgegengesetzt verläuft“; „eine ‚Lebenserfahrung‘ ist rasch dahingeredet und dann nur mühsam als Leerformel widerlegbar“¹¹⁰. Und doch schließt die Rechtsprechung in den Fällen der strafrechtlichen Produkthaftung, wenn die genaue Wirkweise des angeblich die körperlichen Schäden der Verbraucher verursachenden Stoffe nicht ermittelt werden können, vom gehäuftem Auftreten von Schadensfällen beim Gebrauch eines Produktes auf deren Schadensursächlichkeit, wenn zur Überzeugung des Richters „alle anderen in Betracht kommenden Schadensursachen aufgrund einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung ausgeschlossen werden können“¹¹¹. Und bei jeder Form des Schießens in Richtung auf einen Menschen mit scharfer Munition ohne weitere Anhaltspunkte wird grundsätzlich auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz geschlossen¹¹² oder bei einer Tatblutalkoholkonzentration ab 3,0‰ (bei schweren Gewaltdelikten wie Tötungsdelikten wegen der erhöhten Hemmschwelle zuzüglich 10%: also 3,3‰¹¹³) ohne weitere Anhaltspunkte für körperliche Besonderheiten (wie z.B. eine Alkoholgewöhnung¹¹⁴) auf eine Schuldunfähigkeit zur Tatzeit (§ 20 StGB)¹¹⁵. Sind diese Schlüsse wirklich etwas anderes als strafprozessuale Anscheinsbeweise und sind die Anscheinsbeweis-Grundsätze nicht vielmehr jedem Erschließen von Tatsachen mittels Erfahrungssätzen mit bloßen Wahrscheinlichkeitsaussagen wesensimmanent (ja sogar – wie teils behauptet wird¹¹⁶ – „der Normalfall der Beweisführung“) und gelangen daher allen gegenteiligen Beteuerungen der Rechtsprechung zum Trotz dennoch tagtäglich zur Anwendung, nach außen hin nur

¹⁰⁸ OLG Hamm, zfs 1994, 268.

¹⁰⁹ So schon fast formelhaft der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs: BGH, Urt. v. 12. 8. 2003 – 1 StR 111/03, juris (bei *Sander*, NSTZ-RR 2004, 2f. ist ledig ein Auszug abgedruckt), BGH, Urt. v. 19. 9. 2006 – 1 StR 247/06, juris und BGH, NSTZ-RR 2007, 86 (87); ähnlich in der Formulierung BGH, Urt. v. 22. 5. 2007 – 1 StR 582/06, juris.

¹¹⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, Anh. § 286 Rn. 15.

¹¹¹ BGHSt. 37, 106 (112) – „Lederspray“; ebenso der Spanische Oberste Gerichtshof, NSTZ 1994, 37 ff. (deutsche Übersetzung des „Speiseöl“-Falles).

¹¹² BGH, Beschl. v. 7. 2. 2008 – 5 StR 453/07, juris.

¹¹³ Vgl. nur BGH, NSTZ 1991, 126 (127).

¹¹⁴ Vgl. BGH, NSTZ 1997, 591 f. und OLG Düsseldorf, NZV 1998, 418 (419).

¹¹⁵ Vgl. BGH, StV 1987, 385 f., BGH, NSTZ 1991, 126 f., OLG Düsseldorf, NSTZ-RR 1998, 86 f. und OLG Düsseldorf, NZV 1998, 418 (419).

¹¹⁶ So etwa von *Christoph Markus Müller*, Anscheinsbeweis, S. 189.

verschleiert durch den Mantel einer alle Schlüsse umhüllenden Gesamtwürdigung?¹¹⁷

Mit der vorliegenden Arbeit soll daher nicht nur die schon immer bestandene grundsätzliche Abhängigkeit der deutschen¹¹⁸ tatrichterlichen Tatsachenfeststellung von der Erfahrung aufgezeigt werden, die nach der Abschaffung gesetzlicher Präsumtionen im Zivilprozess als ungeschriebene Regeln in der Form eines Anscheinsbeweises überlebten (Kapitel 1), verbunden mit der Frage, ob diese Grundsätze als „sichere Basis“ für den Umgang mit Wahrscheinlichkeits-Erfahrungssätzen nicht doch in den Strafprozess übertragbar sind und dort für mehr Sicherheit bei der Beweiswürdigung sorgen könnten (Kapitel 2). Vielmehr soll auch und gerade ausgehend von einer Bestimmung des (im Gegensatz zur Zivilprozessordnung) in der Strafprozessordnung nicht eindeutig geregelten Beweismaßes (Kapitel 3) das bis heute überfällige Modell einer rationalen Tatsachenfeststellung (unter besonderer Berücksichtigung des praktischen Umgangs mit Erfahrungssätzen) entwickelt werden (Kapitel 4), das unser derzeitiges strafprozessuales Theriak einer allumfassenden subjektiven Gesamtwürdigung ablöst und mit deren Hilfe eine freie Beweiswürdigung erlangt werden soll, „welche die Bestimmtheit, Sicherheit, Transparenz und Nachprüfbarkeit der Strafjustiz dadurch wiedergewinnt, dass sie ihre Beweiswürdigung so objektiviert und argumentativ offen legt, wie dies in allen anderen Bereichen der Strafrechtspflege wohlbegründete Tradition ist, dass sie Tatsachenzweifel eingesteht und als solche behandelt: jedenfalls nicht zum Nachteil des Beschuldigten“¹¹⁹.

¹¹⁷ Volk, NJW-Spezial 2009, 422 spricht daher (zu) provozierend vom „Strafrecht des scheinheiligen Reiches deutscher Nation“.

¹¹⁸ Ist das Problem richterlicher Tatsachenfeststellung auch universell, so muss sich die vorliegende Arbeit angesichts des ansonsten zu ausufernden Umfangs auf den deutschen Strafprozess beschränken.

¹¹⁹ So die berechtigte Forderung von *Hassemer*, Produktverantwortung, S. 49 an einen Wandel der Strafrechtsprechung.

Erster Hauptteil:
Der derzeitige Umgang mit Erfahrungssätzen
in Rechtsprechung und Lehre

Erstes Kapitel:
Ausgangslage: Die historische Entwicklung der
Erfahrung als Mittel der (deutschen) strafprozessualen
Beweiswürdigung und die Bildung der
Anscheinsbeweissätze im Zivilprozess

Das „Kernproblem der richterlichen Tätigkeit, das Problem, von dem vor allem auch das Ansehen der Strafrechtspflege bedingt ist“¹, ist die Feststellung des in der Anklage bezeichneten Tatgeschehens (§ 264 Abs. 1 StPO). Denn wird die geschehene Wirklichkeit als „einzig sicherer Boden für die Rechtsprechung“² verfehlt, so kann die rechtliche Würdigung noch so brillant gelingen, das Urteil bleibt unausweichlich ein Fehlurteil.³ Dabei kommt der Trichter, der das Tatgeschehen nicht mit eigenen Augen verfolgt hat⁴, nicht umhin, aufgrund der nur fragmentarischen sowie subjektiv eingefärbten Wahrnehmungsfähigkeit⁵ der ihm das Geschehen

¹ *Alsberg*, 35. DJT I, S. 483; ähnlich *Döhring*, *Erforschung*, S. 1: „Kernstück der Prozeßtätigkeit“. Ebenso *Engisch*, *Studien*, S. 13, der den richterlichen Syllogismus zu Recht nicht im Sinne *Schopenhauers* (*Die Welt als Wille und Vorstellung II*, Kapitel 10 [= S. 120]: „Hingegen liefert den förmlichsten und großartigsten Syllogismus [...] jeder gerichtliche Proceß. Die [...] Kriminal-Übertretung, wegen welcher geklagt wird, ist die Minor [...]. Das Gesetz für solchen Fall ist die Major. Das Urtheil ist die Konklusion, welche daher, als ein Nothwendiges, vom Richter bloß ‚erkannt‘ wird“) als „trivial“ (so aber *Wagner/Haag*, *Logik*, S. 17) ansieht, sondern im „Finden der Prämissen“ eine Hauptschwierigkeit erblickt, die die Anwendung von „Urteilsmaschinen“ verwehrt.

² *Wildhagen*, *ZZP* 60 (1936/37), 218.

³ Vgl. *Käßer*, *Wahrheitsforschung*, S. 1.

⁴ War der Richter dennoch bei der Tat anwesend und verfügt so über privates Wissen, so darf er dieses nach der Wertung des § 22 Nr. 5 StPO (Ein Richter ist ausgeschlossen, wenn er als Richter vernommen wurde) grundsätzlich nicht verwenden, vgl. nur BGH bei *Dallinger*, MDR 1952, 532, SK-StPO/*Ellen Schlichter* (3. Aufl., 64. Lieferung: Stand November 2009, Köln 2009), § 261 Rn. 18 und 21 sowie *Meyer-Goßner*, § 261 Rn. 24.

⁵ So bereits LR/*Kühne*, Einl. Abschn. B Rn. 14 und *ders.*, NSTz 1985, 252 ff.

schildernden Menschen gar nicht umhin, die erfolgte Realität in all ihrer Komplexität zu verfehlen; er kann das einmalige, nicht der Wiederholung im Experiment offen stehende⁶ Tatgeschehen lediglich anhand der ihm vorliegenden begrenzten (verwertbaren) Informationen für sich subjektiv rekonstruieren und hierauf seine Entscheidung der Seinsfrage über Schuld und Unschuld des Angeklagten aufbauen, die Leben, Freiheit und Ehre und damit das weitere Schicksal des Angeklagten prägt. Und das tagtäglich, in jedem Fall. Hat der Angeklagte die Tat begangen, wenn das Opfer und ein Augenzeuge den Angeklagten als Täter ihrer Aussage nach wieder erkannt haben, dieser den Angriff aber bestreitet? Stimmt die Aussage des Ladendetektivs über einen vorsätzlich erfolgten Diebstahl, wenn der Angeklagte auf eine bloße Vergesslichkeit verweist, konnte doch der Zeuge zum Tatzeitpunkt nicht in den Kopf des Angeklagten blicken? Und ist der Vertrieb eines Medikaments kausal für die körperlichen Schäden, die bei mehreren Käufern nach Gebrauch entstanden sind, wenn selbst die Sachverständigen keinen genauen chemischen Zusammenhang zwischen den Inhaltsstoffen und den Schäden herstellen können? Stets muss er aus einigen wenigen Wahrnehmungen von Beweismittelaussagen in der gegenwärtigen Hauptverhandlung auf einmalige Vorgänge der Vergangenheit schließen.

A. Die Bedeutung der Erfahrung im historischen (deutschen) strafprozessualen Beweisverfahren

Für dieses Erkenntnisproblem haben „alle Völker und Generationen [...] Lösungen [...] gesucht und auf ihre Weise gefunden“⁷ – ob Gottesurteil, feste Beweisregeln oder die „Errungenschaft“⁸ der freien richterlichen Beweiswürdigung, das Bindeglied zwischen der Jetzt-Wahrnehmung der Beweismittelaussagen und dem Tatgeschehen war jedoch stets die Erfahrung⁹, wenn auch – die jeweiligen zeitge-

⁶ Vgl. zu diesem generellen Problem des juristischen Beweises gegenüber dem wissenschaftlichen Beweis *Helmut Weber*, Kausalitätsbeweis, S. 7. Einzig vergleichbare Situationen sind bezüglich einzelner Aspekte im Experiment nachprüfbar, so etwa die Untauglichkeit eines Versuchs, mit Pfefferminzbonbons abzutreiben.

⁷ *Höcherl*, FG Peters, S. 18.

⁸ *Höcherl*, FG Peters, S. 18.

⁹ Kurz zu Begriff und Bedeutung der „Erfahrung“: Erste präzise terminologische Bestimmungen finden sich bei *Aristoteles* in seiner „Metaphysik“ (*Aristoteles*, *Metaphysik*, 980 b 25 ff.) und den „*Analytica posteriora*“ (*Aristoteles*, *Zweite Analytiken*, 100 a 3 ff.). Er entwickelte hier den vorwissenschaftlichen Gebrauch des Wortes „ἐμπειρία“ („*Empeiria*“) durch *Sokrates* und *Platon* zu einem philosophischen Erfahrungsverständnis weiter, das unserem heutigen nicht vollständig fremd ist: „Aus der Wahrnehmung nun entsteht Erinnerung, wie wir sagen, und aus der wiederholten Erinnerung über dasselbe Objekt entsteht Erfahrung; denn die zahlenmäßig vielen Erinnerungen machen eine Erfahrung aus.“ Dieses Aristotelische Verständnis wurde im Mittelalter zumeist wie formelhaft wiederholt, sei es von *Albertus Magnus*, *Thomas von Aquin* oder *Hobbes* in dessen „*Leviathan*“, vgl. hierzu die Zusammenstellung mit entsprechenden Nachweisen bei *Ritter*, *Wörterbuch II*, S. 610f.. Begrifflich wandelte sich das mittelhochdeutsche Wort „ervarn“ (althochdeutsch „irfaran“) von seiner ursprünglichen Bedeutung „durchfahren“, „durchreisen“ und „ein Land kennen lernen“ zu allgemein „kennen lernen, er-

nössischen gesellschaftlichen Verhältnisse und rechtspolitischen Zweckmäßigkeitserüberlegungen widerspiegelnd¹⁰ – unterschiedlich ausgestaltet. Dies sei anhand eines kurzen rechtsgeschichtlichen Überblicks über das deutsche Strafverfahren und seine römischen und französischen Einflüsse aufgezeigt¹¹:

I. Der römische Strafprozess

Das römische Recht (Der Stadtstaat Rom wurde gegründet um das 8. Jahrhundert v. Chr., der Sage nach von Romulus und Remus 753 v. Chr.) als einer der maßgebenden Einflüsse für das spätere deutsche Recht wurde aufgrund der Zwölftafelge-

forschen“ und im 15. Jahrhundert zum Adjektiv „bewandert, klug“, wozu „Erfahrenheit“ gehöre (vgl. *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache [24. Aufl., Berlin 2002], S. 253 und *Duden*, Das Herkunftswörterbuch [4. Aufl., Mannheim 2007], S. 185). Hiervon wurde – wohl erstmals bei *Paracelsus* gebraucht – das mittelhochdeutsche Verbalsubstantiv „ervarunge“ (sprich: „Erfahrung“) als das deutsche Wort für das lateinische „experientia, experientis“, also einen gedanklichen Versuch zum Zweck des Erfahrungsbeweises (ebenso *Sandkühler*, Enzyklopädie I, S. 766 und *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache [24. Aufl., Berlin 2002], S. 141). Die mit diesem Wort noch immer repräsentierte *Aristotelische* Bedeutung wandelte sich erst mit *Kant*, entspringe doch nicht alle Erkenntnis aus der Erfahrung, sondern bilde diese in Form von Wahrnehmungsergebnissen nur den Ursprung für ein „Produkt, welches unser Verstand hervorbringt, indem er den rohen Stoff sinnlicher Empfindungen bearbeitet“ (*Kant*, Kants Werke IV: Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl., S. 17). Die Wahrnehmungen müssten also durch den Verstand interpretiert werden, um aus dem „Wahrnehmungsurteil“ (als Summe aller beobachteten Vorgänge) oder dem „Erfahrungsurteil“ (der „empirischen Erkenntnis“ als allgemeingültiges Urteil) Erkenntnis zu schöpfen: „Wenn ich sage, Erfahrung lehrt mir etwas, so meine ich jederzeit nur die Wahrnehmung, die in ihr liegt, z. B. dass auf die Beleuchtung des Steins durch die Sonne jederzeit Wärme folge, und also ist der Erfahrungssatz [nochmals: im Sinne eines verallgemeinertes Ergebnis aller beobachteten Vorgänge] so fern allemal zufällig. Dass diese Erwärmung notwendig aus der Beleuchtung durch die Sonne erfolge, ist zwar in dem Erfahrungsurteile (vermöge des Begriffs der Ursache) enthalten, aber das lerne ich nicht durch Erfahrung, sondern umgekehrt, Erfahrung wird allererst durch diesen Zusatz des Verstandesbegriffs (der Ursache) zur Wahrnehmung erzeugt“ (*Kant*, Kants Werke IV: Prolegomena, § 22 – Anmerkung I [= S. 305]). Dieses Zusammenspiel von individuell verarbeiteten Wahrnehmungen als Grundlage eigener Erkenntnisse ist trotz verschiedener philosophischer Strömungen mit unterschiedlichen Definitionsversuchen des Erfahrungsbegriffs (Vgl. zu diesen nur *Sandkühler*, Enzyklopädie I, S. 768 ff.) im Kern im wissenschaftstheoretischen wie alltagspraktischen Verständnis erhalten geblieben. Als Erfahrung wird heutzutage daher (weiterhin) die durch Praxis erworbene Fähigkeit sicherer Orientierung in bestimmten Handlungs- und Sachzusammenhängen aufgrund unmittelbar selbst erlebter Ereignisse ohne Rekurs auf ein hiervon unabhängiges theoretisches Wissen verstanden (vgl. nur Brockhaus in zehn Bänden, Band 3: Els-Gn [Leipzig 2005], S. 1554 und *Sandkühler*, Enzyklopädie I, S. 766).

¹⁰ Vgl. *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 81.

¹¹ Eine umfassende Darstellung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung unseres gesamten Strafverfahrensrechts ist dagegen wegen des notwendigen Umfangs einer derartigen Abhandlung weder möglich noch erforderlich, geht es doch primär um das Aufzeigen des Einflusses der Erfahrung in den historischen Modellen richterlicher Beweiswürdigung.

setzunggebung (das „Grundgesetz Roms“¹²) aus der Mitte des 5. Jahrhunderts v. Chr.¹³ in weitem Umfang vom Gedanken der privaten Rache des Verletzten beherrscht¹⁴ und überantwortete daher eine Vielzahl der heute zum materiellen Recht zählenden Delikte als Teil des Deliktsrechts über die „delicta privata“ dem Privatrechtsweg (als einschränkender Voraussetzung für Fehde und Blutrache, die ohne Urteilspruch untersagt waren¹⁵), wie z. B. Diebstahl, Raub, Unterschlagung von Mündelvermögen, Körperverletzung und Beleidigung¹⁶, ja sogar bei Mord¹⁷. Jeder beliebige Bürger (quavis ex populo)¹⁸ konnte bei diesen Delikten mündlich (zu amtlichem Protokoll des Prätors: „inscriptio criminis“) oder schriftlich („libellus accusationis“)¹⁹ mit vorgeschriebenen Wortformeln²⁰ („legis actio sacramento in personam“)(Zivil-)Klage gegen einen freien Mann²¹ erheben mit dem Ziel einer Sühnezahlung oder einer Überstellung des Täters zu persönlicher Rache (z. B. durch Geißelung)^{22, 23}. In einem ersten Verfahrensabschnitt („in iure“²⁴ – das Vorverfahren) entschied dann der Prätor, ob die begehrte Anspruchsfolge in den Zwölftafeln bzw. der späteren Volksgesetzgebung überhaupt enthalten und ob das Klagevorbringen schlüssig war, und bestimmte dann für die Beweisaufnahme („in iudicio“ oder „apud iudicem“ – das „Hauptverfahren“) zumeist einen Magistrat als Rich-

¹² Kunkel/Schermaier, Rechtsgeschichte, S. 35.

¹³ Vgl. zu dieser nur Waldstein/Rainer, Rechtsgeschichte, S. 44 ff., Kübler, Geschichte, S. 24 f. und Wesel, Geschichte, Rn. 23.

¹⁴ Vgl. nur Kunkel/Schermaier, Rechtsgeschichte, S. 41 ff.

¹⁵ Vgl. Kübler, Geschichte, S. 27.

¹⁶ Vgl. Kaser, Rechtsgeschichte, S. 121 f., Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 2, Kunkel/Schermaier, Rechtsgeschichte, S. 36 f., Zumpt, Criminalrecht I/1, S. 359 ff., Wenger, Institutionen, S. 15 und Bethmann-Hollweg, Civilprozeß I, S. 94.

¹⁷ Vgl. Kunkel, Untersuchungen, S. 43, Söllner, Einführung, S. 54 f. sowie Kunkel/Schermaier, Rechtsgeschichte, S. 41. Ausgenommen waren offenbar nur wenige öffentlich verfolgte Verfehlungen gegen den Staat („crimina“) wie Hoch- und Landesverrat (perduellio) und Amtsvergehen. Diesbezüglich wurde der Prozeß vor der Zenturiatsversammlung geführt, vgl. Söllner, Einführung, S. 54 f. und Manthe, Geschichte, S. 54.

¹⁸ Nicht nur der Verletzte, sondern jeder Bürger (ausgeschlossen: Frauen, Minderjährige, Perigrinen und Sklaven) hatte das Recht und die Pflicht, Übeltäter vor Gericht zu bringen und durch ihre Bestrafung den göttlichen Zorn von der Gemeinde abzuwenden, vgl. Zumpt, Beamtengerichte I/1, S. 122 und Geib, Geschichte, S. 99 f.

¹⁹ Vgl. zu diesen Formen der Anklageerhebung im streng formellen Vorverfahren Zumpt, Beamtengerichte II, S. 169, Birkmeyer, Strafprozeßrecht, S. 808 f., Geyer, Strafprozeßrecht, S. 28 ff. und Geppert, Unmittelbarkeit, S. 10 Fn. 16.

²⁰ So Hans-Udo Bender, Merkmalskombinationen, S. 11.

²¹ Sklaven und Frauen waren dem Paterfamilias unterworfen, vgl. Kübler, Geschichte, S. 27.

²² Vgl. zu den zivilrechtlichen Ansprüchen nur Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 131 f., Bethmann-Hollweg, Civilprozeß I, S. 94 sowie Gerhard Walter, Beweiswürdigung, S. 18.

²³ Im Bereich dieser privatrechtlich zu verfolgenden Delikte galt damit das Prinzip „Wo kein Ankläger, da kein Richter“. So berichtet etwa Mommsen, Strafrecht, S. 345 f. vom Fall eines geständigen Mörders, den man mangels Ankläger laufen lassen musste.

²⁴ Wobei „ius“ die Gerichtsstätte auf dem comitium im Nordosten des Forums bezeichnete, vgl. Söllner, Einführung, S. 59.

ter²⁵, dem jedoch grundsätzlich²⁶ nur die Rolle eines Leiters für die kontradiktorische Verhandlung zwischen (Privat-)Ankläger und Angeklagtem zukam. Das „Hauptverfahren“ erfolgte mündlich sowie unter Aufbietung von Zeugen in einer (wegen langwieriger Verhöre) oft viele Tage dauernden öffentlichen Verhandlung²⁷ vor der organisierten Volksversammlung (den Zenturiats- oder Tributkomitien), die durch Abstimmung (wie bei Wahlen) mit einfacher Mehrheit²⁸ das Urteil fällten (daher sog. Volks- oder Comitialprozess²⁹).³⁰ Während hierbei einem Geständnis³¹ grundsätzlich ohne weitere Prüfung Glauben geschenkt wurde³² – vergleichbar vielleicht dem Anerkenntnis nach § 307 ZPO –, bestanden für die Würdigung einer (stets) beeideten Aussage einer zeugnishaften Person³³, auf die das Urteil alleine gestützt werden konnte³⁴, anfangs eine Vielzahl an aus früheren Verfahren abgeleiteten Beweisregeln (wie beispielsweise die Unzuverlässigkeit von Vorbestraften³⁵), die gewohnheitsrechtlich fortentwickelt wurden. Mit der Zeit mutierten sie jedoch zum größten Teil zu bloßen, nicht bindenden Anhaltspunkten für eine weitgehend „freie“ Entscheidung³⁶, bei der die Richter aus den Aussagen der Zeugen nach ihrer eigenen logischen Überlegung auf die Richtigkeit oder zumindest Wahrscheinlichkeit einer Tatsache des angeklagten Geschehens schließen

²⁵ Vgl. zur Zweiteilung des Verfahrens nur *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 10, *Söllner*, Einführung, S. 59, *Mommsen*, Strafrecht, S. 12, *Zumpt*, Beamtengerichte I/1, S. 360, *Birkmeyer*, Strafprozeßrecht, S. 808 f. und *Geyer*, Strafprozeßrecht, S. 28 ff.

²⁶ Nur bei den wenigen öffentlich verfolgten Delikten („*crimina*“) wurde dem Magistrat neben der Rolle des Verhandlungsleiters auch jene des Anklägers zugewiesen, vgl. hierzu *Kaser*, Rechtsgeschichte, S. 122 f.

²⁷ Vgl. *Kunkel*, Kleine Schriften, S. 26 f. und *Geib*, Geschichte, S. 97.

²⁸ Eine Stimmengleichheit galt als Freispruch, vgl. *Geib*, Geschichte, S. 147.

²⁹ Vgl. zu diesem Namen nur *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 9 f. und *Söllner*, Einführung, S. 77.

³⁰ Umfassend zu den Prinzipien des römischen Strafverfahrens *Kunkel*, Kleine Schriften, S. 11 ff.

³¹ Die Folter des freien Mannes war ausgeschlossen, vgl. *Kübler*, Geschichte, S. 27 und *Geib*, Geschichte, S. 138 f.

³² Nach *Geib*, Geschichte, S. 137 und 329 beruhte dies darauf, dass man sich keine Motive für ein falsches Geständnis vorstellen konnte. Dem Geständnis gleichgestellt war die Bestechung des Anklägers durch den Beschuldigten bei laufender Anklage, die Ergreifung auf frischer Tat (sog. offenkundige Tat) oder wenn ein Angeklagter sich das Leben nahm, vgl. *Mommsen*, Strafrecht, S. 438 f.

³³ Nur Verurteilte, Sklaven Angeklagte einer „Straftat“, bestochene Zeugen sowie Huren und Lustknaben konnten nicht vernommen werden; ansonsten waren sowohl Frauen wie auch Kinder zeugnishaft, vgl. nur *Mommsen*, Strafrecht, S. 402 f. mit Fn. 5 und 1 und *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 367. Es bestand Zeugniszwang, vgl. *Wenger*, Institutionen, S. 188.

³⁴ So jedenfalls noch im Verfahren der vorklassischen Zeit: vgl. nur *Geib*, Geschichte, S. 140.

³⁵ Vgl. *Mommsen*, Strafrecht, S. 439 ff.

³⁶ Vgl. hierzu *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 117 f. und *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß I, S. 182 und *Geib*, Geschichte, S. 137. Diese Entwicklung erkennt *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 112, der die vorklassische und die klassische römische Zeit zusammen abhandelt und hierbei – lediglich bezüglich der klassischen Phase zutreffend – davon spricht, dass zwar eine Vielzahl an Regeln zur Würdigung eines Zeugenbeweises vorhanden gewesen seien, diese aber „keine den Richter bindende Normen“ waren, „sondern sollten ihm lediglich Anhaltspunkte für die Ausübung seines Ermessens geben“.

konnten³⁷. Diese „frühe Überwindung der Beweisregeln und damit der Übergang zur freien Beweiswürdigung ist eine der bedeutendsten rechtsethischen Leistungen der Römer“³⁸. Lediglich in materiellen Vorschriften waren zum Ende der vorklassischen Zeit noch bindende Beweisregeln (Präsumtionen) vorhanden: z.B. wurde unwiderlegbar als Dieb vermutet, wer auf frischer Tat ergriffen oder wer bei einer feierlichen Haussuchung vor Zeugen im Besitz der gestohlenen Sache war³⁹.

Im klassischen römischen Prozess ab der umfassenden Staatsreform von *L. Cornelius Sulla*⁴⁰ (82–79 v. Chr.) fielen dann auch noch die letzten gesetzlichen Bindungen: Der Prätor konnte im „in iure“-Verfahrensabschnitt nach seinem Ermessen selbst dann eine Klage zulassen, wenn es in den Edikten für diesen Fall keine genau vorgeschriebene actio mit Klageformel (formulae) gab, z.B. mittels Analogie zu einer bestehenden actio (actio utiles) oder in freier Rechtsschöpfung.⁴¹ Die bei der öffentlich auf dem Forum stattfindenden⁴² mündlichen⁴³ Hauptverhandlung zur Entscheidung berufenen Geschworen der „quaestiones perpetuae“⁴⁴ waren in ihrer Entscheidung, die sie noch nicht einmal zu begründen hatten⁴⁵, an keinerlei Beweisregeln gebunden – sie waren in ihrer Beweiswürdigung gänzlich frei⁴⁶. Sie entschieden⁴⁷ ohne Beratung⁴⁸ nur nach ihrem Gewissen, ihren persönlichen Ansichten, Gefühlen und ihrer eigenen Lebenserfahrung, manifestiert in einzelnen Erfahrungssätzen („Klugheitsregeln“⁴⁹), die als „allgemeines Merkmal jeder richterli-

³⁷ Vgl. *Wenger*, Institutionen, S. 187 und 192.

³⁸ *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 118.

³⁹ Vgl. *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 118.

⁴⁰ Vgl. hierzu nur *Kaser*, Rechtsgeschichte, S. 97f.

⁴¹ Vgl. *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 238f. und 329ff.

⁴² Vgl. zur Öffentlichkeit des Verfahrens nur *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 10, *Kunkel/Schermayer*, Rechtsgeschichte, S. 39 und *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 19f.

⁴³ Wobei dem Beschuldigten, der sich durch einen Anwalt vertreten lassen konnte, die 1½-fache der für die Anklage festgesetzten Redezeit zustand: vgl. *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 20.

⁴⁴ Diese bestanden aus 50–75 Senatoren oder Rittern unter dem Vorsitz eines Prätors oder eines Magistrats geringeren Ranges, vgl. *Kaser*, Rechtsgeschichte, S. 126 und *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 19. Einzig Straftaten von Sklaven und Freien wurden von den triumphiri capitales abgeurteilt, der untersten Gruppe römischer Magistrate.

⁴⁵ Vgl. *Mommsen*, Strafrecht, S. 435ff. und *Jürg Müller*, Grundsatz, S. 7.

⁴⁶ Ebenso *Mommsen*, Strafrecht, S. 435f., *Wenger*, Institutionen, S. 192, *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 362, *Endemann*, Beweislehre, S. 10, *Zachariae*, Handbuch II, S. 404, *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 10, *Birkmeyer*, Strafprozeßrecht, S. 809, *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 12 und 21, *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 113 und *Jürg Müller*, Grundsatz, S. 6.

⁴⁷ Dies erfolgte, indem an die Geschworenen Stimmtafeln mit Wachüberzug ausgeteilt wurden, die auf der einen Seite den Buchstaben a (für absolvo) und auf der anderen Seite den Buchstaben c (für condemno) enthielten, von denen sie einen Buchstaben entfernten und den Stab dann unter Verdeckung des Buchstaben in eine Urne warfen. Es entschied die einfache Mehrheit der gültigen Stimmen, Stimmgleichheit führte zum Freispruch. Ungültige Stimmen galten als Enthaltung. Vgl. *Mommsen*, Strafrecht, S. 443f.

⁴⁸ Dies war untersagt, um eine gegenseitige Beeinflussung zu verhindern, vgl. *Mommsen*, Strafrecht, S. 443.

⁴⁹ *Steinwenter*, ZRG 65 (1947) – Rom. Abt., 88.

chen Tätigkeit zu jeder Zeit“⁵⁰ auch im römischen Quaestionenprozess als Element der richterlichen Entscheidungsbildung zur Anwendung kamen⁵¹:

„[...] und es wird der Richter seine innere Überzeugung durch Schlüsse [ergänze: mit Hilfe von Erfahrungssätzen!], und Zeugnisse, und [durch das], was er als der Sache entsprechender und der Wahrheit gemäßer erfahren haben wird, bestätigen, denn man muss nicht auf die Menge [der Zeugen], sondern auf die lautere Glaubwürdigkeit der Zeugnisse, und auf die Zeugnisse sehen, denen das Licht der Wahrheit mehr zur Seite steht“ (Dig. 22, 5, 21, 3).⁵²

Als zumeist Rechtsunkundige waren die Richter so besonders den psychologischen Argumenten der rhetorisch versierten Fürsprecher zur Redlichkeit der eigenen und Unredlichkeit der anderen Partei oder bestimmter Zeugen ausgeliefert – der Beweis einzelner konkreter Tatsachen spielte oft nur eine untergeordnete Rolle.⁵³ Dieser Fehleranfälligkeit einer unbegrenzten freien Beweiswürdigung waren sich die Römer durchaus bewusst, wie die Fassung ihres Urteilsspruchs zeigte, wonach der Angeklagte die Tat begangen zu haben „scheine“⁵⁴. Die hiermit verbundene Gefahr beschrieb *Aurelius Augustinus*, der Bischof von Hippo, in einem Brief an den römischen Richter *Macedonius* im Jahre 413 n. Chr.:

„Wir Menschen alle oder doch fast alle lieben es, unsere Vermutungen Gewissheit zu nennen oder, wenn wir einige Wahrscheinlichkeitsgründe dafür haben, für sicher zu halten. Und doch sind manche wahrscheinliche Dinge unwahr, wie manche unwahrscheinliche wahr.“⁵⁵

In der Kaiserzeit übernahm zunehmend der beamtete Vorsitzende selbst die Beweisaufnahme und drängte die Geschworenen immer weiter zurück, bis er schließlich selbst entschied und ihm in Aufgabe der prozessualen Zweiteilung der gesamte Prozess zur Verhandlung und Entscheidung oblag.⁵⁶ Um seine subjektive Entscheidungsmacht zu disziplinieren und um die Wirklichkeit der rechtserheblichen Tatsachen wieder in den Mittelpunkt zu stellen⁵⁷, wurden mit einer „ungeheuren geistigen Leistung“⁵⁸ zahlreiche Erfahrungssätze⁵⁹ über die Zulässigkeit und den Beweiswert der Beweise herausgebildet und dem Richter in Form von wissenschaftlichen Ausführungen, Präjudizien und Erlassen⁶⁰ vorgeschrieben⁶¹: Geständnisse waren bei-

⁵⁰ Gerhard Walter, Beweiswürdigung, S. 14.

⁵¹ Vgl. hierzu Wenger, Institutionen, S. 288 f., Kaser, Zivilprozessrecht, S. 278 Fn. 12 und Gerhard Walter, Beweiswürdigung, S. 14.

⁵² Deutsche Übersetzung nach Otto/Schilling/Sintenis, Corpus Iuris Civilis II, S. 638.

⁵³ Vgl. Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 362.

⁵⁴ Vgl. Mommsen, Strafrecht, S. 448.

⁵⁵ Zitiert nach Peters, FS Gmür, S. 312.

⁵⁶ Vgl. hierzu Glaser, Handbuch I, S. 67 f. und Geppert, Unmittelbarkeit, S. 10.

⁵⁷ Vgl. zu letzterem Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 362.

⁵⁸ Ursula Westhoff, Grundlagen, S. 77.

⁵⁹ So ausdrücklich Heescher, Untersuchungen, S. 29.

⁶⁰ Vgl. Endemann, Beweislehre, S. 17.

⁶¹ Vgl. hierzu Kaser, Rechtsgeschichte, S. 234 f., Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 595 und Wenger, Institutionen, S. 282 und 288 f. Endemann, Beweislehre, S. 17 spricht davon, dass nicht nur zufällig der Verfall des rechtlichen und sittlichen Lebens mit der Störung der freien Beweiswürdigung verbunden gewesen sei.

spielsweise auf ihre Glaubwürdigkeit zu überprüfen und, wenn sie mit dem übrigen Beweisergebnis nicht in Einklang standen, für eine Verurteilung nicht mehr hinreichend⁶², wurden sie doch vermehrt durch Folter erlangt⁶³, für deren Beendigung auch viele falsche Geständnisse abgegeben wurden. Wegen der grundsätzlichen Unzuverlässigkeit einer Zeugenaussage wurde dem unter hellenistischem Einfluss an Bedeutung gewonnenem⁶⁴ Urkundsbeweis der aus dem Orient stammende⁶⁵ grundsätzliche Vorrang vor dem Zeugenbeweis eingeräumt (Codex Iustinianus 4, 20, 1):

„Gegen ein festgeschriebenes Zeugnis wird ein ungeschriebenes nicht zugelassen.“⁶⁶

Hierhinter stand die „Erfahrung, dass die Schrift als sichtbare und vom Urheber losgelöste Verkörperung eines Gedankeninhalts dauerhafter sei als die vergängliche, von der geistigen und sittlichen Zuverlässigkeit, namentlich vom Gedächtnis abhängige Aussage des Zeugen“⁶⁷. Waren jedoch keine Urkunden vorhanden, so wurden dennoch bestimmte Personen nicht als Zeugen zugelassen, so beispielsweise unfreie Personen⁶⁸, Prostituierte⁶⁹, Personen unter 25 Jahren⁷⁰, „Familiengenossen“⁷¹, Freigelassene (Sklaven) im Verhältnis zum Freilasser⁷², Personen, die im gleichem Haus wohnten⁷³, Eltern⁷⁴ und Kinder gegeneinander⁷⁵, ein wegen Amtsmisbrauch Verurteilter⁷⁶ oder ein „wegen einer Schmähschrift Verurteilter“⁷⁷: Einige waren „wegen der Ehrfurcht [... gegenüber einer bestimmten] Person, andere

⁶² Vgl. Glaser, Beiträge, S. 278.

⁶³ Vgl. zum Aufkommen der Folter in der Kaiserzeit nur Mommsen, Strafrecht, S. 437 f. und Glaser, Beiträge, S. 278 f. Zwar war bereits von Augustus angeordnet worden, dass nur beim Vorliegen gewisser Indizien gefoltert werden durfte, hieran hielt sich die Praxis in den ersten Jahren der Monarchie jedoch nur in den allerwenigsten Fällen, vgl. Geib, Geschichte, S. 616.

⁶⁴ Vgl. Wenger, Institutionen, S. 191.

⁶⁵ Wenger, Institutionen, S. 283.

⁶⁶ Deutsche Übersetzung nach Otto/Schilling/Sintenis, Corpus Iuris Civilis V, S. 565.

⁶⁷ Kaser/Hackl, Zivilprozessrecht, S. 600.

⁶⁸ Codex Iustinianus (4, 20, 11).

⁶⁹ Dig. 22, 5, 3 § 5.

⁷⁰ Dig. 22, 5, 20.

⁷¹ Codex Iustinianus (4, 20, 3), ergänzt durch Dig. 22, 5, 4: „Durch das Julische Gesetz [...] wird bestimmt, dass Niemand wider Willen genötigt werden soll, ein Zeugnis in einem Prozess gegen seinen Schwiegervater, Schwiegersohn, Stiefvater, Stiefsohn, die Andergeschwisterkinder und die Kinder von Andergeschwisterkindern, oder solche, welche noch auf einem früheren Grade stehen, abzulegen“ (deutsche Übersetzung nach Otto/Schilling/Sintenis, Corpus Iuris Civilis II, S. 635).

⁷² Dig. 22, 5, 3 § 5.

⁷³ Dig. 22, 5, 24.

⁷⁴ Wohl aber generell auch Frauen (Dig. 22, 5, 18): „Daraus, dass das Julische Gesetz von den Ehebrüchen eine verurteilte Frauensperson davon abhält, ein Zeugnis abzulegen, schliesst man, dass auch Frauenspersonen das Recht haben, ein Zeugnis vor Gericht abzulegen“ (deutsche Übersetzung nach Otto/Schilling/Sintenis, Corpus Iuris Civilis II, S. 637 f.).

⁷⁵ Codex Iustinianus (4, 20, 6).

⁷⁶ Dig. 22, 5, 15.

⁷⁷ Dig. 22, 5, 21.

wegen ihrer Unbedachtheit im Überlegen, noch andere wegen des Schandflecks und der Infamie ihrer Lebenswandels zum Zeugnis nicht zuzulassen⁷⁸. Für die Glaubwürdigkeitsprüfung der übrigen Personen wurden dem Richter bestimmte Kriterien an die Hand gegeben, die jedoch nicht erst die Beweismittelprüfung, sondern bereits das Zulassen einer bestimmten Person als Zeugen wegen individueller Besonderheiten verhindern sollte (Dig. 22, 5, 3):

„Die Glaubwürdigkeit der Zeugen ist genau zu prüfen. Und darum werden in Betreff der Person derselben vorzüglich die Verhältnisse eines jeden auszuforschen sein, ob er ein Decurio, oder ein Plebejer sei, und ob er von ehrbarem und tadellosem Lebenswandel, oder mit einem Schandfleck bezeichnet und tadelhaft, oder ob er reich oder arm sei, so das er sich leicht Etwas um eines Gewinnes willen zu Schulden kommen lässt, oder ob er ein Feind desjenigen sei, gegen den er das Zeugnis ablegt, oder ob er ein Freund desjenigen sei, für den er Zeugnis gibt, denn wenn das Zeugnis frei von Verdacht ist, sowohl in Betreff der Person, von welcher er abgelegt wird, indem sie ehrbar ist, als auch in Betreff des Grundes, weil weder zum Gewinn, noch zur Gunst, noch zur Feindschaft ein Grund vorhanden ist, so ist [der Zeuge] zuzulassen.“

Für den Beweiswert von Zeugenaussagen ordnete der Codex Iustinianus (4, 20, 9) seit 334 n. Chr. die Zwei-Zeugen-Regel⁷⁹ („*unus-testis-Regel*“) an, die heute noch immer als geflügeltes Allgemeingut bezeichnet werden kann:

„Gleichermaßen haben Wir festgesetzt, dass kein Richter in irgendeiner Sache das Zeugnis eines Einzigen so leicht zulasse. Und jetzt verordnen Wir offenkundig, dass die Aussage Eines Zeugen schlechterdings nicht gehört werde [„*unius omnino testis responsio non audiatur*“], sollte auch dasselbe durch den Senatorstand glänzen.“⁸⁰

Selbst zwei übereinstimmende Zeugenaussagen genügten jedoch dann nicht, wenn sie nicht durch weitere Beweismittelaussagen unterstützt wurden; die Zeugen sollten dann erst gar nicht gehört werden (Codex Iustinianus: 4, 20, 4):

„Es ist ausgemacht, dass eine bloß durch Zeugnis geführte und mit andern gesetzlichen Beweismitteln nicht unterstützte Sache keine Wirkung hat.“⁸¹

Sämtliche Beweisregeln (einschließlich der „*unus-testis-Regel*“) sollten bestimmte Beweismittel bereits von vornherein ausschließen. Hinsichtlich der zugelassenen Beweismittelaussagen herrschte so (entgegen einigen Stimmen im heutigen Schrifttum⁸²) faktisch weiterhin der Grundsatz freier Beweismittelprüfung⁸³ (Dig. 22, 5, 3 § 2 – aus einem Rescript des Kaisers *Hadrianus*):

⁷⁸ Dig. 22, 5, 3 § 5 (deutsche Übersetzung nach *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Iuris Civilis II, S. 635).

⁷⁹ Umfassend zu dieser, die einzelnen Epochen der Menschheitsgeschichte umspannend, *Wacke*, JA 1982, 346 ff.

⁸⁰ Deutsche Übersetzung nach *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Iuris Civilis V, S. 566.

⁸¹ Deutsche Übersetzung nach *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Iuris Civilis V, S. 565.

⁸² So beklagen ein Ende der freien Beweismittelprüfung in der Kaiserzeit *Gerhard Walter*, Beweismittelprüfung, S. 21 (wegen der Existenz der „*unus-testis-Regel*“) und *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 11.

⁸³ So im Ergebnis auch *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II, S. 607 f., *Kaser/Hackl*, Zivilprozessrecht, S. 361 f., *Endemann*, Beweislehre, S. 18, *Glaser*, Handbuch I, S. 65 f., *Bertram Schmitt*, Beweismittelprüfung, S. 115 und *Heescher*, Untersuchungen, S. 30.

„Es kann auf keine sichere Weise hinlänglich bestimmt werden, welche Beweisgründe und in welchem Maße sie zum Beweis irgend einer Sache hinreichen; dass man durchaus nicht die Untersuchung sogleich an eine einzige Art des Beweises binden müsse, sondern dass du nach deiner inneren Überzeugung abwägen musst, was du entweder glauben, oder für zu wenig bewiesen halten sollst.“⁸⁴

Es galt also weiterhin Ciceros Satz „Apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent“⁸⁵.

II. Der altgermanische Strafprozess

In frühester Zeit existierte dagegen noch kein einheitlicher altgermanischer Prozess⁸⁶, es herrschte vielmehr eine territoriale Zersplitterung⁸⁷ der einzelnen Stammes- und Volksrechte⁸⁸. In ihrem Grundsatz übereinstimmend sahen sie das Recht als „heilige Ordnung der Lebensverhältnisse“ an⁸⁹ und damit jede Rechtsverletzung als Friedensbruch⁹⁰, der sich – wenn er sich gegen Einzelpersonen richtete⁹¹ – nicht nur gegen den unmittelbar Verletzten, sondern gegen dessen gesamte Sippe richtete.⁹² Um eine sich hieraus ergebende, den öffentlichen Frieden bedrohende Fehde auszuschließen, wurde – kam es nicht bereits zu einem privaten Sühnevertrag⁹³ – auf private Ladung der betroffenen Partei⁹⁴ beim Erscheinen des Angeklagten⁹⁵ der „Kampf mit der Waffe“ umgewandelt „in einen gerichtlichen Kampf ums

⁸⁴ Deutsche Übersetzung nach *Otto/Schilling/Sintenis*, *Corpus Iuris Civilis* II, S. 634.

⁸⁵ Cicero, *Schriften*, S. 76 mit deutscher Übersetzung (S. 77): „Bei einem guten Richter gelten Beweise mehr als Zeugen.“

⁸⁶ Vgl. nur *Conrad*, *Rechtsgeschichte* I, S. 25, *Brunner*, *Rechtsgeschichte* I, S. 252 und *Dahm*, *Recht*, S. 14..

⁸⁷ *Conrad*, *Rechtsgeschichte* I, S. 25.

⁸⁸ Ab 500 n. Chr. wurden diese auch niedergeschrieben: um 500 n. Chr. zuerst die *Lex Salica*, vgl. nur die Zusammenfassung bei *Bertram Schmitt*, *Beweiswürdigung*, S. 82 Fn. 16.

⁸⁹ *Conrad*, *Rechtsgeschichte* I, S. 25.

⁹⁰ Vgl. zu diesem Begriff und seinen Unterformen *Schröder/Künßberg*, *Rechtsgeschichte*, S. 79 f., *Schwerin/Thieme*, *Grundzüge*, S. 29, *Schwerin*, *Rechtsgeschichte*, S. 40 und *Brunner/Schwerin*, *Grundzüge*, S. 18. Wer den Frieden nicht hält, soll ihn seinerseits nicht genießen (so ausdrücklich in einem Landfriedensgesetz Kaiser Friedrichs I. von 1158), vgl. *Brunner*, *Rechtsgeschichte* I, S. 211.

⁹¹ Schwere Friedensbrüche (*scelera*, *flagitia*), die sich gegen das gemeine Wesen richteten, wurden von Amts Wegen verfolgt, vgl. *Schröder/Künßberg*, *Rechtsgeschichte*, S. 79.

⁹² Innerhalb einer Sippe übte diese die Strafgewalt selbst aus, innerhalb einer Hausgemeinschaft der Hausherr, vgl. *Conrad*, *Rechtsgeschichte* I, S. 29 und 46 sowie *Brunner/Schwerin*, *Grundzüge*, S. 18 f.

⁹³ Vgl. hierzu *Brunner*, *Rechtsgeschichte* I, S. 253, *Conrad*, *Rechtsgeschichte* I, S. 47, *Schwerin*, *Rechtsgeschichte*, S. 44 und *Gmür/Roth*, *Grundriss*, Rn. 24.

⁹⁴ Vgl. nur *Brunner*, *Rechtsgeschichte* I, S. 254, *Conrad*, *Rechtsgeschichte* I, S. 29 und *Brunner/Schwerin*, *Grundzüge*, S. 21.

⁹⁵ Gegen einen abwesenden Beklagten konnte keine Verurteilung in der Sache selbst ergehen, vgl. *Zachariae*, *Handbuch* I, S. 125. Er verfiel aber in Buße, wenn er sein Ausbleiben nicht durch echte Not („*sunnis*“) entschuldigen konnte: *Brunner/Schwerin*, *Grundzüge*, S. 24.

Recht⁹⁶ als einen „zwischen zwei Parteien vor Gericht öffentlich und mündlich geführten, auf dem Anklage- und Verhandlungsgrundsatz beruhender, vom Parteibetrieb getragener [ergänze: streng formeller⁹⁷] Rechtsstreit“⁹⁸ mit dem Ziel eines den Parteien gerichtlich aufgezwungenen Sühnevertrages⁹⁹. Gestand der Kläger, wurde ihm die vom Kläger begehrte Sühne auferlegt.¹⁰⁰ Leugnete er die Klage Wort für Wort (jedes nicht negierte Wort galt als zugestanden)¹⁰¹, so kam es zum Beweisverfahren.

In den streng gläubigen altgermanischen Stämmen herrschte die Erkenntnis der eigenen (menschlichen) Unvollkommenheit und der göttlichen Mitwirkung an der Findung des Urteils vor – nur Gott als oberster Richter kenne das Verborgene und vermöge es zu beurteilen¹⁰². Der Beweis wurde daher nicht dem nur mit der formellen Verhandlungsleitung betrauten Richter oder dem von ihm getrennten „Urteiler“-Kollegium der Schöffen („rachimburgi“)¹⁰³ gegenüber erbracht, sondern gegenüber dem Prozessgegner¹⁰⁴ und damit letztlich gegenüber allen Stammesangehörigen¹⁰⁵. Angelegt war er auf den Nachweis der eigenen Vertrauenswürdigkeit im streng auf Vertrauen angelegten, von magisch-religiösen Vorstellungen geprägten Stammesverband¹⁰⁶. Das „Urteiler“-Kollegium bestimmte lediglich Beweisführer, Beweismittel, eine Frist zur Beweiserbringung sowie eine Buße im Falle des Scheiterns des Beweises – seine Entscheidung war zugleich Beweis- und Endurteil (sog. „zweizüngiges Urteil“¹⁰⁷ – „juret aut componat“)¹⁰⁸. Die Parteien erkannten dieses in ihrem „Urteilerfüllungsgelöbnis“ als Teil des ihnen aufgezwungenen Sühnevertrages untereinander an (Ausdruck des Verhandlungsprinzips).¹⁰⁹

⁹⁶ *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 83. Vgl. auch *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 253.

⁹⁷ Selbst leichte Formfehler wie ein Stottern konnte den Prozessverlust zur Folge haben, vgl. *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 38 ff., *Glaser*, Handbuch I, S. 54 f. und *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 84.

⁹⁸ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 26; vgl. auch *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 32.

⁹⁹ Vgl. nur *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 253 und 255.

¹⁰⁰ Vgl. *Zachariae*, Handbuch I, S. 127, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 32, *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 29, *Geyer*, Strafprozeßrecht, S. 43 und *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 46.

¹⁰¹ Vgl. hierzu *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 22 und *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 255.

¹⁰² Vgl. *Peters*, FS Gmür, S. 312 f.

¹⁰³ Vgl. *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 8 und *Grimm*, Rechtsalterthümer II, S. 494: „die urtheilenden rachinburgen“.

¹⁰⁴ Vgl. *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 30, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 33, *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 256 und *Kries*, Strafprozeßrecht, S. 12.

¹⁰⁵ Vgl. *Michael Huber*, Beweismaß, S. 51: „für alle erkennbar“.

¹⁰⁶ Vgl. zu diesem Hintergrund des auf den ersten Blick irrational anmutenden Beweisverfahrens *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 89 f. und *Dilcher*, JuS 1989, 877.

¹⁰⁷ *Kroeschell*, Rechtsgeschichte I, S. 36 und *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 47.

¹⁰⁸ Vgl. *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 29, *Grimm*, Rechtsalterthümer II, S. 500, *Geyer*, Strafprozeßrecht, S. 44, *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 46, *Kroeschell*, Rechtsgeschichte I, S. 36 sowie *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 253 ff.

¹⁰⁹ *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 256, *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 47 und *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 22.

Die Beweispflicht und damit – da die Führung eines Gegenbeweises ausgeschlossen war¹¹⁰ – das Beweisrecht wurde aus sicherem Rechtsgefühl heraus der Partei auferlegt, „deren Vorbringen an sich schon wahrscheinlich war (der heute sogenannte prima-facie-Beweis)“¹¹¹: Da die Erhebung der Klage an sich keine größere Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung des Klägers bot als das Leugnen des Beklagten für die Richtigkeit von dessen Behauptungen, solange dem Kläger keine besonderen Beweismittel zur Verfügung standen (der die eigene Wahrnehmung aussagende Zeuge war grundsätzlich ausgeschlossen!¹¹²), wurde grundsätzlich dem Beklagten – der näher am Beweis sei¹¹³, wisse doch er primär, ob er die Missetat begangen habe – das Beweisrecht eingeräumt, sich vom Klagevorwurf durch Beweis zu reinigen¹¹⁴, vor allem durch Eid mit einer bedingten Selbstverfluchung¹¹⁵ (bei der Vorstellung, dass den Göttern die Vergangenheit bekannt sei¹¹⁶, so dass „der freie Mann den Reinigungseid [mittelhochdeutsch: „unschult“¹¹⁷] nur leisten würde, wenn er die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen hätte“¹¹⁸). Zumeist wurde er hierbei verstärkt durch eine regional sowie nach der Schwere des Tatvorwurfs verschiedene Anzahl von Eideshelfern¹¹⁹ (in der Regel Sippenangehörige¹²⁰), die lediglich schworen, „der ayd, den erbenant [Beklagter] gesworen habe, der sey rain und nicht mayn“¹²¹. Bei einer Eidesunwürdigkeit des Beklagten (insbesondere bei einer Rechtlosigkeit) oder einem Mangel an Eideshelfern konnte – was jedoch nur selten vorkam¹²² – hilfsweise ein Gottesurteil in Anspruch genommen werden, sei es eine Probe zum Beweis eines Friedens mit der Natur (wobei der Glaube vorherrschte, dass jemand, der sich in den Unfrieden gesetzt hatte, auch mit der Natur in Unfrieden leben musste)¹²³ oder der Zweikampf¹²⁴.

¹¹⁰ Vgl. nur *Hans-Udo Bender*, Merkmalskombinationen, S. 20.

¹¹¹ *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 47. Auf Wahrscheinlichkeitserwägungen bei der Verteilung der Beweisrolle verweisen auch *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 498.

¹¹² Vgl. *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 49 und *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 532.

¹¹³ *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 501.

¹¹⁴ Vgl. zu diesem Grundsatz *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 29f., *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 48, *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 499f., *Geyer*, Strafproceßrecht, S. 45, *Glasser*, Handbuch I, S. 55 und *Birkmeyer*, Strafproceßrecht, S. 814.

¹¹⁵ *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 47 und *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 257. Das althochdeutsche Wort „swerjan“ bedeutet daher ursprünglich „zauberisch singen“: *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 48 und *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 257.

¹¹⁶ *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 182.

¹¹⁷ *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 48.

¹¹⁸ *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 87.

¹¹⁹ Zur Anzahl nach Schwere der Tat und Höhe der Buße: *Grimm*, Rechtsalterthümer II, S. 496f.

¹²⁰ Vgl. *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 40, *Planck*, Gerichtsverfahren II, S. 129ff., *Kube*, Geschichte, S. 21 ff. und *Cosack*, Eidhelfer, S. 27 ff.

¹²¹ Vgl. *Schlosser*, Zivilproceß, S. 346, *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 260, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 33, *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 22f. und *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 40.

¹²² So *Rogge*, Gerichtswesen, S. 198.

¹²³ Vgl. zu den einzelnen Proben nur *Brunner*, Rechtsgeschichte I, S. 262f., *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 47 und *Schröder/Künßberg*, Rechtsgeschichte, S. 93.

¹²⁴ Vgl. zu diesem nur *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 48.

Wurde der Täter jedoch auf „handhafter Tat“ betroffen¹²⁵, so konnte er nach lautem Hilferuf („Gerüft“¹²⁶) gefangen und gefesselt mit den angebundenen Beweisstücken am Körper (insbesondere der geraubtem Habe auf dem Rücken oder am Hals¹²⁷) und damit „mit der Tat selbst“¹²⁸ sofort (sprich: „ehe die Tat übernächtigt“ war¹²⁹) vor Gericht gebracht werden¹³⁰. Dort sprach der „blickende Schein“¹³¹ („die auf Augenschein gegründete Wahrscheinlichkeit“¹³²) gegen ihn und damit die erfahrungsgesteuerte Vermutung, dass er tatsächlich der Täter war, so dass im Sinne einer „Beweisrechtsumkehr“ der Kläger seinerseits den Angeklagten (der faktisch einem Friedlosen gleichgestellt wurde und daher weder antworten noch einen Eid schwören konnte¹³³) durch einen Eid überführen konnte. Hierbei wurde der Kläger unterstützt durch „Schreimannen“, die auf das „Gerüfte“ des Verletzten die Rechtmäßigkeit der Ergreifung bezeugten.¹³⁴

In *fränkischer Zeit* (Völkerwanderung – 888 n. Chr.)¹³⁵ wandelte sich durch das Aufkommen merowingischer und fränkischer königlicher Gewalt die Schutzpflicht den eigenen Sippenangehörigen gegenüber zu einer Treuepflicht gegenüber dem König und der Rechtsverstoß als Friedensbruch zu einem Delikt gegen den König, der für die Friedenswahrung verantwortlich war.¹³⁶ Um Rechtsverstöße zu bekämpfen, entsandten die merowingischen Könige daher Sendboten („missi dominici“) aus¹³⁷, Rügegeschworene eidlich zu verpflichten, ihnen in ihrem Bezirk begangene Straftaten mitzuteilen, die dann von Amts wegen auch ohne private Klage (anfangs nur gegen Räuber und Diebe) verhandelt wurden¹³⁸ – es entstanden so „öffentliche Strafverfolgungsbehörden“¹³⁹, deren Befugnisse immer mehr erweitert wur-

¹²⁵ Laut der Definition des späteren Sachsenspiegels, Zweites Buch, Art. XXXV: „Die handhafte Tat iz daz, wor man einen man mit der Tat begrifet odir in der vlucht der tat [...]“

¹²⁶ Vgl. *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 30 ff., *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 33, *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 24 und *Schröder/Künßberg*, Rechtsgeschichte, S. 95.

¹²⁷ Vgl. *Planck*, Gerichtsverfahren I/2, S. 767, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 30 und *Schröder/Künßberg*, Rechtsgeschichte, S. 95.

¹²⁸ *Planck*, Gerichtsverfahren I/2, S. 765.

¹²⁹ *Planck*, Gerichtsverfahren I/2, S. 769. Wurde hiergegen verstoßen, so konnte der Angeklagte dies rügen: vgl. *Planck*, Gerichtsverfahren I/2, S. 775.

¹³⁰ In der Frühzeit durfte er sogar erschlagen und die Klage dann gegen den Toten erhoben werden, vgl. *Sohm*, *Lex Salica*, S. 137 ff.; ähnlich *Planck*, Gerichtsverfahren I/2, S. 766.

¹³¹ *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 86; ähnlich *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 30: die Tat sollte „scheinbar werden“.

¹³² *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 30.

¹³³ Vgl. *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 505 und *Planck*, Gerichtsverfahren I/2, S. 765 ff.

¹³⁴ Vgl. hierzu *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 40, *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 30, *Glaser*, Handbuch I, S. 57, *Kries*, Straffprozeßrecht, S. 14 und *ders.*, Beweis, S. 11.

¹³⁵ Vgl. zu dieser Einteilung nur *Gmür/Roth*, Grundriss, Rn. 31.

¹³⁶ Vgl. zu dieser Entwicklung *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 208 und *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 41.

¹³⁷ Vgl. hierzu etwa die Anweisungen Karls des Großen an seine Sendboten – Ein Capitula missorum (803), abgedruckt bei *Kroeschell*, Rechtsgeschichte I, S. 79 ff.

¹³⁸ Vgl. nur *Gmür/Roth*, Grundriss, Rn. 221.

¹³⁹ *Gepfert*, Unmittelbarkeit, S. 9.

den.¹⁴⁰ Der von einem Rügegeschworenen vor einem Gaugericht¹⁴¹ Angeklagte konnte sich wie in germanischer Zeit durch einen Eid reinigen (bei Eidesunfähigkeit durch Gottesurteile, die christlich uminterpretiert wurden¹⁴²), der durch den wachsenden Einfluss des Christentums auf die Reliquien oder die Evangelien zu leisten war¹⁴³, unterstützt durch Eideshelfer (freie männliche Stammes- und Standesgenossen)¹⁴⁴, auf deren Auswahl der Beweisgegner Einfluss hatte¹⁴⁵ (mit der Folge einer höheren Beweiskraft¹⁴⁶). Im nunmehr eingeschränkten¹⁴⁷ Handhaftverfahren – für das es weder einer Klage noch einer Ladung bedurfte¹⁴⁸ – versicherte sich der Richter bei den „Schreimannen“, ob sie von dem Vorfall überhaupt Kenntnis hatten – sie bestätigten dann aber nur das Beweisthema und lieferte nicht den Eid auf eigene Wahrnehmungen¹⁴⁹.¹⁵⁰ Bevor dem Angeklagten aber hierdurch die Möglichkeit des Reinigungseides genommen wurde, wurden vermehrt Sachverständige zum möglichen Tathergang (vor allem Ärzte zur möglichen Todesursache) beigezogen, die dem Gericht den bisherigen (wenngleich begrenzten¹⁵¹) wissenschaftlichen Stand vermittelten¹⁵² und so die durch die Handhaft bestehende Vermutung der Täterschaft des Angeklagten bestätigen oder widerlegen sollten, bevor ein Handhaftfall angenommen wurde. Obgleich die streng formelle Beweislehre so nach und nach durch erfahrungstheoretische Elemente materieller Wahrheit aufgelockert wurde, blieb sie im Kern erhalten.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu nur *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 45.

¹⁴¹ Vgl. zum Begriff nur *Gmür/Roth*, Grundriss, Rn. 61. Zu den Besonderheiten vor dem Königsgericht siehe nur *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 83 f., *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 102 und *Gmür/Roth*, Grundriss, Rn. 72.

¹⁴² Dies sah ausdrücklich die zwischen 770–780 vorgenommene Reform des Gerichtswesens von Karl dem Großen vor, vgl. *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 147 f., *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 102 und *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 539.

¹⁴³ Vgl. nur *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 80 und *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 217.

¹⁴⁴ Vgl. *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 525.

¹⁴⁵ Vgl. hierzu *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 148, *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 101 und *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 519, *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 217, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 99 und *Schröder/Künßberg*, Rechtsgeschichte, S. 391.

¹⁴⁶ *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 519 f.

¹⁴⁷ In Einschränkung der den öffentlichen Frieden störenden Selbsthilfe war eine Tötung des auf handhafter Tat erwischten Täters nur noch bei Diebstahl, Brandstiftung, Ehebruch und bei Widerstand und Fluchtversuch des Täters möglich: vgl. *Mitteis/Lieberich*, Rechtsgeschichte, S. 98 und *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 221.

¹⁴⁸ Vgl. *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 81 und *Schröder/Künßberg*, Rechtsgeschichte, S. 406.

¹⁴⁹ Vgl. hierzu *Kries*, Beweis, S. 97 f., *Planck*, Gerichtsverfahren II, S. 79 f., *Rogge*, Gerichtswesen, S. 240 und *Kube*, Geschichte, S. 32.

¹⁵⁰ War der Richter bei der Festnahme sogar dabei, bedurfte es keiner Überführung: *Schröder/Künßberg*, Rechtsgeschichte, S. 406.

¹⁵¹ *Kube*, Geschichte, S. 33 berichtet von einer Methode nach alamannischem Volksrecht, die Schwere einer Knochenverletzung nach dem Klang zu bestimmen, die die Knochen beim Werfen gegen einen Schild machten.

¹⁵² Vgl. hierzu *Hans-Udo Bender*, Merkmalskombinationen, S. 24.

III. Der kanonisch-italienische Strafprozess

Am Ausgang des 5. Jahrhunderts war der gesamte Westen des römischen Reichs in den Händen germanischer Heerkönige, die nach ihrem germanischen Stammesrecht lebten. Parallel davon galt das römische Recht für die römische Bevölkerung („Personalität des Rechts“), auf die jedoch nach und nach auch das germanische und fränkische Recht angewandt wurde.¹⁵³ Zeitgleich hierzu entwickelte sich in der seit Theodosius I. (379–395) anerkannten katholischen Reichskirche¹⁵⁴ eine kirchliche Strafgewalt mittels von kirchlichen Organen erlassener Gesetze (sog. *canones*)¹⁵⁵ über Vergehen der Geistlichen, das mit der Ablösung des Kaisertums durch das Papsttum in der Führung des Abendlandes um 1100 mit *Urban II.* mehr und mehr in das bürgerliche Strafrecht Italiens übergriff.¹⁵⁶ Im Anschluss an den römischen Prozess der Kaiserzeit¹⁵⁷ war die Privatklage (mit der Möglichkeit der Gegenklage¹⁵⁸) noch der Grundsatz des Verfahrens. Bei offenkundigen Delikten („per notorium“) und auf Grund von Gerüchten („per infamationem“), die Gemeindemitglieder einem Bischof bei dessen Rundreisen auf Befragen („inquisio“) mitzuteilen hatten, konnte der Richter jedoch von Amts wegen einschreiten und das Verfahren ohne privaten Ankläger gegen den Angeklagten führen.¹⁵⁹ Dieser Grundsatz griff auf den gesamten kanonischen Prozess über – der Parteienprozess war zum „Inquisitionsprozess ex officio“¹⁶⁰ geworden, deren Öffentlichkeit – die Verfehlungen Geistlicher sollten vor Laien geheim gehalten werden¹⁶¹ – immer weiter eingeschränkt wurde, bis der Richter schließlich nur aufgrund des Akteninhalts entschied¹⁶².

Ob der Angeklagte die ihm zu Last gelegte Tat begangen hatte, entschied der Richter wie im römischen Recht nach seiner Überzeugung von der materiellen Wahrheit.¹⁶³ Das *Corpus Iuris Canonici* (CIC) als Gesetzbuch der katholischen

¹⁵³ Vgl. zu dieser Entwicklung *Kunkel/Schermaier*, Rechtsgeschichte, S. 204.

¹⁵⁴ Vgl. *Feine*, Rechtsgeschichte, S. 65 ff.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu *Hans-Udo Bender*, Merkmalskombinationen, S. 14.

¹⁵⁶ Anfangs galt es bereits als Sakrileg (mit der Anwendbarkeit der kirchlichen Strafgewalt), wenn aus einem 30 Schritte im Umkreis um eine Kirche gelegenen Haus etwas gestohlen wurde, vgl. *Burckhardt*, Präsumtionen, S. 21. Später fand es generell Anwendung bei Wucher, Meineid, Ehebruch und widernatürlicher Unzucht, vgl. *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 116 Fn. 272 mwN.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu *Jacobi*, ZRG 34 (1913) – Kann. Abt., 223.

¹⁵⁸ Vgl. *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 28.

¹⁵⁹ Der angeklagte Kleriker konnte sich hierbei (der Einfluss des germanischen Rechts wird deutlich) anfangs noch durch Eid mit Eideshelfern reinigen (umfassend hierzu *Endemann*, Beweislehre, S. 457 und *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 35 f.). Erst unter Papst *Innocenz III.* mit seinem Vierten Lateranischen Konzil von 1215 wurde in diesen Fällen der Reinigungseid durch eine gerichtliche Untersuchung und damit einer Suche nach materieller Wahrheit ersetzt, vgl. *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 12 und *Geyer*, Strafproceßrecht, S. 32 f.

¹⁶⁰ *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 12.

¹⁶¹ Ebenso *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 36.

¹⁶² Vgl. *Hippel*, Strafprozess, S. 22.

¹⁶³ Vgl. nur *Uhrmann*, Geständnis, S. 83.

Kirche sieht in seiner Fassung vom 25. Januar 1983 in Can. 1608 CIC noch immer vor:

„§ 1. Zu jeder Urteilsfällung ist erforderlich, dass der Richter die moralische Gewißheit über die durch Urteil zu entscheidende Sache gewonnen hat.

§ 2. Die Gewißheit muss der Richter dem entnehmen, was aufgrund der Gerichtsakten bewiesen ist.“

Aufgrund der fehlenden Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme konnte der Richter keinen persönlichen Eindruck vom Angeklagten oder dem Zeugen erhalten. Damit der Richter aber nicht „ex sua conscientia“ und damit willkürlich entschied, wurden ihm noch detailliertere Beweisregeln über Zulässigkeit und Beweiswert der einzelnen Beweise auferlegt¹⁶⁴, als sie im römischen Prozess galten:

Das Beweisrecht unterschied – soweit die Beweismittel zulässig waren – zwischen vollen („probatio plena“) und halben Beweisen („probatio semiplena“) ¹⁶⁵: Zeugen unter vierzehn Jahren, Frauen, Laien in Verfahren gegen Geistliche (um Anklagen gegen Bischöfe weitgehend unmöglich zu machen¹⁶⁶), Sklaven, Exkommunizierte sowie Personen in einer Beziehung zu den Prozessparteien, die „ihrer Natur nach den zur Zeugenaussage erforderlichen Willen derselben zu beeinflussen geeignet“ war, wie z.B. Ehegatten, Verwandten und Hausgenossen, waren zeugnisunfähig.¹⁶⁷ Ein zeugnisfähiger Zeuge reichte weiterhin nicht aus, er war grundsätzlich ein nur halber Beweis.¹⁶⁸ Widersprachen sich die Zeugen, so war mehr zu glauben „dem Älteren als dem Jüngeren, dem Höheren als dem Niedrigen, dem Adligen als dem Nichtadligen, dem Mann als der Frau, dem Wahrheitsliebenden als dem Lügenhaften, dem Reichen als der Armen“¹⁶⁹. Widersprachen die Zeugenaussagen ihren in der Urkunde aufgenommenen Aussagen, so hatten die Zeugenaussagen Vorrang, da „den lebenden Stimmen mehr zu glauben ist als den toten“¹⁷⁰. Widersprach die öffentliche Urkunde den Aussagen anderer Zeugen, so behielt die Urkunde ihren Vorrang, wobei eine öffentliche Urkunde bereits Vollbeweis erbrachte¹⁷¹. Bei privatrechtlichen Urkunden war das Verhältnis zu den Zeugenaussagen im Einzelfall geregelt. Lag mit einer hiernach ihren Beweiswert behaltenden Aussage nur ein halber Beweis vor, konnte dieser zum Vollbeweis „aufgefüllt“ werden („Singula quae non prosunt, unita iuvant!“¹⁷²) durch eine Eidesauflage¹⁷³, durch ein Geständnis (Dieses erbrachte als „probatio optima“ be-

¹⁶⁴ Vgl. zur damaligen Diskussion um die Beschränkung der Beweiswürdigung nur *Nörr*, Stellung, S. 62ff. mwN.

¹⁶⁵ Grundlegend hierzu *Uhrmann*, Geständnis, S. 84f., *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 29f. und *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 117.

¹⁶⁶ *Jacobi*, ZRG 34 (1913) – Kann. Abt., 300.

¹⁶⁷ Vgl. hierzu *Jacobi*, ZRG 34 (1913) – Kann. Abt., 300ff.

¹⁶⁸ Vgl. nur *Jacobi*, ZRG 34 (1913) – Kann. Abt., 306ff. Ein Bischof konnte anfangs nur durch 72, ein Pastor durch 64 und ein Diakon durch 27 Zeugen überführt werden.

¹⁶⁹ *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 38.

¹⁷⁰ Vgl. *Gerard Walter*, Beweiswürdigung, S. 38.

¹⁷¹ Vgl. *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 31.

¹⁷² *Uhrmann*, Geständnis, S. 86.

¹⁷³ Vgl. *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 38.

reits für sich vollen Beweis!¹⁷⁴), das zumeist mittels Folter (zulässig durch bestimmte Anfangsindizien) erlangt wurde¹⁷⁵, oder durch einen Schluss mittels einer Präsumtion¹⁷⁶. Präsumtionen waren materiell-rechtliche Vermutungen, „begründete Deutungen einer unsicheren Tatsache“¹⁷⁷ mit (praesumptiones iuris¹⁷⁸) oder ohne der Möglichkeit eines Gegenbeweises (praesumptiones legis oder praesumptiones iuris et de iure¹⁷⁹), die im Verhältnis zu den Vermutungen des römischen Kaiserrechts „in einer ganz willkürlichen und wirklich lächerlichen Weise vermehrt“¹⁸⁰ an die Stelle eines richterlichen Entscheidungsspielraums traten, der „nach Zweckmäßigkeit und Erfahrung“ gehandhabt wurde¹⁸¹: So wurde beispielsweise vermutet, dass derjenige, der dem Bischof nicht gehorchte, vom Teufel besessen sei¹⁸², dass derjenige, der sich in der Jugend sittlich verhalten hatte, auch im Alter sittlich verhalte¹⁸³, dass wenn zwei Menschen zwar vom Vorwurf des Ehebruchs freigesprochen wurden, sie aber später die Ehe vollzogen, sie früher doch den Ehebruch begangen haben¹⁸⁴, dass von zwei gemeinsam Umkommenden der Schwächere zuerst gestorben sei¹⁸⁵ oder beim Vorliegen einer äußeren Gesetzesverletzung diese vorsätzlich geschehen sei¹⁸⁶. War für einen Schluss von einem Indiz aus eine gesetzliche Beweisregel nicht vorhanden, so durfte der Richter nicht nach seiner Erfahrung einen Schluss ziehen, sondern er musste dies zwei Sachverständigen (Es galt die Zwei-Zeugen-Regelung auch für Sachverständige!¹⁸⁷) mit deren wissenschaftlichem Erfahrungswissen vorbehalten¹⁸⁸, die hieraus einfache tatsächliche Vermutungen für den Richter aufstellten (Praesumptiones hominis). So war der Richter im gesetzlichen Grundsatz zwar

¹⁷⁴ Vgl. nur *Uhrmann*, Geständnis, S. 87.

¹⁷⁵ Die Folter zur Erlangung eines Geständnisses wurde zwar vom 4. Lateranischen Konzil untersagt, später gegen der Ketzerinquisition aber trotzdem immer häufiger angewandt, ohne dass ausreichende Anfangsverdachtsmomente vorlagen, vgl. *Glaser*, Beiträge, S. 280.

¹⁷⁶ Vgl. zu deren Entwicklung umfassend *Kiefner*, ZRG 78 (1961) – Rom. Abt., 308 ff.

¹⁷⁷ So die Definition in Can. 1584 CIC.

¹⁷⁸ *Kiefner*, ZRG 78 (1961) – Rom. Abt., 315.

¹⁷⁹ *Burckhardt*, Präsumtionen, S. 12, *Kiefner*, ZRG 78 (1961) – Rom. Abt., 317 und *Nothdurft*, Entwicklung, S. 65.

¹⁸⁰ *Burckhardt*, Präsumtionen, S. 20.

¹⁸¹ So ausdrücklich *Kiefner*, ZRG 78 (1961) – Rom. Abt., 345.

¹⁸² *Burckhardt*, Präsumtionen, S. 21.

¹⁸³ *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 35.

¹⁸⁴ *Burckhardt*, Präsumtionen, S. 12.

¹⁸⁵ *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 35.

¹⁸⁶ So auch Can. 1321 § 3 CIC 1983: „Ist die äußere Verletzung des Gesetzes oder des Verwaltungsbefehls erfolgt, so wird die Zurechenbarkeit [gemeint: wegen Vorsatzes oder Fahrlässigkeit zurechenbar, vgl. Can. 1321 § 1] vermutet, es sei denn, anderes ist offenkundig.“ Hierzu *Warder*, JuS 1972, 308: „Man wird dem Can. 2200 § 2 CIC 1917 [= Can. 1321 § 3 CIC 1983] nicht Konsequenz absprechen können. Ein Rechtssystem, das weder eine Gewalteinteilung noch einen unabhängigen Richter in unserem Sinne kennt, das aber auch nur dann schwer bestrafen will, wenn subjektiv schwere Sünde vorliegt, greift auch folgerichtig auf die praesumptio doli zurück.“

¹⁸⁷ Vgl. nur *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 31 und *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 118.

¹⁸⁸ Vgl. *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 31.

faktisch frei, tatsächlich aber bestimmten nicht mehr wie im klassischen römischen Prozess „Freiheit in Form und Würdigung [...], sondern doktrinäre Starre“ den Prozess¹⁸⁹. Die Furcht vor der Subjektivität des Richters¹⁹⁰ hatte zu einer starren Bindung an gesetzlich formulierte Vermutungen oder tatsächliche wissenschaftliche Vermutungen geführt, jeweils basierend auf Erfahrungswissen.

Dieser kanonische Inquisitionsprozess drang nach und nach in die weltlichen Gerichte Italiens über und war dort um 1400 zur regelmäßigen Verfahrensform geworden, wo die Beweisregeln weiter modifiziert wurden¹⁹¹, so dass man von einem „kanonisch-italienischen Strafverfahren“ sprechen kann¹⁹².

IV. Der deutsche Strafprozess im Mittelalter

Durch das Wachsen germanischer Städte kam es zu einer Auflösung der sich gegenseitig unterstützenden Sippengemeinschaften und damit zu einer „sozialen Entwurzelung“¹⁹³, die zur Etablierung eines schnell wachsenden Berufsverbrechertums aus entlassenen Söldnern, Raubrittern und unbeschäftigten Dienstpersonen führte¹⁹⁴, die den Handel ganzer Länder und Regionen bedrohte¹⁹⁵. War diesem mit dem streng formalen fränkischen Prozess nicht Herr zu werden (Möglichkeit des Reinigungseides!), so wurde vor allem in Süddeutschland das Handhaftverfahren mit seiner Verweigerung des Reinigungseides¹⁹⁶ von auf handhafter Tat erwischte Personen auf „landschändliche“ Schwerverbrecher („*nocivus terrae*“, der Täter besonders schwerer, zum Tode ziehender unehrlicher Taten¹⁹⁷) wegen deren „bösen Leumunds“ ausgeweitet, der erfahrungsmäßig gegen sie sprach. Es genügte daher für den Ankläger, unterstützt durch sechs Schreimannen¹⁹⁸ (deswegen: „Übersiebnungsverfahren“), die Eigenschaft des Angeklagten als eines „schändlichen Mannes“ (und nicht die Tatbegehung!) zu beschwören.¹⁹⁹ Standen für die Tat des „Land-

¹⁸⁹ Gerhard Walter, Beweiswürdigung, S. 39.

¹⁹⁰ Ebenso Gerhard Walter, Beweiswürdigung, S. 39.

¹⁹¹ Vgl. Kries, Strafprozeßrecht, S. 24 f. und Hippel, Strafprozess, S. 23.

¹⁹² Ebenso Geppert, Unmittelbarkeit, S. 13.

¹⁹³ Bertram Schmitt, Beweiswürdigung, S. 96.

¹⁹⁴ Vgl. zu dieser Entwicklung Eberhard Schmidt, FS Siber I, S. 108 und Andreas Roth, Gewalt, S. 160 ff.

¹⁹⁵ So Bertram Schmitt, Beweiswürdigung, S. 97.

¹⁹⁶ Siehe hierzu oben Erster Hauptteil, Erstes Kapitel, A, II.

¹⁹⁷ Schwerin/Thieme, Grundzüge, S. 222 f., Eberhard Schmidt, Einführung, S. 83 und Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk, Rechtsgeschichte II, S. 220 ff.

¹⁹⁸ Vgl. hierzu auch Sachsenspiegel (von ca. 1220), Erstes Buch, Art. LXVI: „I. Wen man mit der hanthaften tat vehet, also also her gevangen wirt, also sal man in vor gerichte brengen unde selbende sal in der kleger verzug. 2. Also tut man den vervesten man, ob man de tat gezuget, da her umme vervest wart. 3. Doch en sal (man) nimande verteiltten sinen lip mit der vestunge noch mit der achte, da her nicht bi namen in komen ist.“

¹⁹⁹ Vgl. hierzu Eberhard Schmidt, Einführung, S. 82 ff., ders., FS Siber I, S. 142 f., Geppert, Unmittelbarkeit, S. 9, Schwerin/Thieme, Grundzüge, S. 222, Schröder/Künßberg, Rechtsgeschichte, S. 855 und Gerhard Walter, Beweiswürdigung, S. 52 ff.

schändlichen“ keine eidesfähigen Schreimänner dem Kläger zur Verfügung, so griff in diesen Fällen die Obrigkeit auch ohne private Anklage ein²⁰⁰ – in diesem Bereich war unter Trennung von bürgerlichen und „peinlichen Sachen“²⁰¹ die Officialmaxime entstanden, die sich mehr und mehr im ganzen Prozess durchsetzte.

Konnte sich der Angeklagte anfangs noch grundsätzlich – von den Handhafterfällen abgesehen – durch Eid mittels Eidhelfern reinigen, so stellte dies ein Hindernis bei der Verfolgung des Berufsverbrechertums dar. „Dem Gefangenen Gelegenheit zum Reinigungseide zu geben, konnte nicht der Sinn der amtlichen Bemühungen und des ganzen Kraftaufwandes [amtlicher Verfolgung] sein.“²⁰² Erhöhte Anforderungen wurden jedoch nicht an den Eid als vielmehr an die Eideshelfer gestellt, deren Überzeugung von der Persönlichkeit des Eidleistenden für ihre Zulassung nicht mehr ausreichte. Vielmehr mussten sie in einer Umstellung des auf Bestätigung gerichteten formellen Beweisverfahrens auf den römischen Gedanken einer objektiven Tatsachenfeststellung²⁰³ aus eigener Wahrnehmung das Tatgeschehen selbst wahrgenommen haben, was in einem vorherigen Verhör geklärt wurde.²⁰⁴ Gegen ihre Aussagen wurde der Gegenbeweis nun zugelassen²⁰⁵, so dass es zu einem Widerspruch zwischen Beweis- und Gegenbeweiszeugen (oder zur Vorlage von Urkunden, die auch zugelassen wurden²⁰⁶) kommen konnte.²⁰⁷ Wurde dieser anfangs noch durch Zweikampf entschieden²⁰⁸, so wurde der Zweikampf mit der Zeit wegen der Zweifel an seiner Wirksamkeit in den Augen der vordringenden Kirche abgeschafft.²⁰⁹ Nun mussten die Schöffen entscheiden, wenn die Parteien anfragten, ob denn nun (trotz der Gegenzeugen) „genug zu recht fürgebracht und geweiht sei“²¹⁰. So trafen die Schöffen trotz des vorherigen Beweis- und Endurteils (nochmals: bloße Vorgabe, wer etwas zu beweisen habe und was die Folgen ausbleibenden Beweises waren) letztlich – ohne an Beweisregeln gebunden zu sein – nach eigener Überzeugung die Entscheidung, wer den Prozess gewann. Hierbei ließen sie sich zwangsläufig davon leiten, was sich ihrer Meinung nach tatsächlich abgespielt habe, wessen Aussage sie also für wahrscheinlicher hielten²¹¹, teilweise sogar bereits beraten durch Sachverständige,

²⁰⁰ Vgl. hierzu das Beispiel bei *Eberhard Schmidt*, FS Siber I, S. 135 Fn. 134.

²⁰¹ Vgl. *Hippel*, Strafprozess, S. 28 und *Andrea Schmidt*, Grundsätze, S. 18.

²⁰² *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 89.

²⁰³ Vgl. zu dieser Entwicklung nur *Jacobi*, ZRG 34 (1913) – Kan. Abt., 294, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 218, *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 216 und *Gmür/Roth*, Grundriss, Rn. 222.

²⁰⁴ Vgl. *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 218, *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 217, *Brunner/Schwerin*, Grundzüge, S. 178, *Kries*, Beweis, S. 134 ff., *Planck*, Gerichtsverfahren II, S. 62 ff., *Schlosser*, Zivilprozeß, S. 363 und *Hälschner*, Strafrecht I, S. 60 ff.

²⁰⁵ Vgl. nur *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 509.

²⁰⁶ Vgl. *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 510, *Schwerin*, Rechtsgeschichte, S. 217, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 99, *Schröder/Künßberg*, Rechtsgeschichte, S. 391 f. sowie *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß V, S. 100, 125 f. und 129.

²⁰⁷ Vgl. hierzu *Schlosser*, Zivilprozeß, S. 385 f.

²⁰⁸ Vgl. *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 509.

²⁰⁹ Vgl. *Schlosser*, Zivilprozeß, S. 339.

²¹⁰ Vgl. *Schlosser*, Zivilprozeß, S. 386.

²¹¹ So insbesondere im westgotischen Recht: *Brunner/Schwerin*, Rechtsgeschichte II, S. 509.

insbesondere Wundärzte oder Münzmeister (in Geldfälschungssachen)²¹². Aus einem streng formellen Beweissystem war durch das Zulassen von Gegenbeweisen eine freie richterliche Beweiswürdigung (unter Einsatz der jeweiligen allgemeinen Lebenserfahrung) auf der Suche nach materieller Wahrheit entstanden, die ohne Kontrolle „Zufälligkeiten und Willkür in einem hohen Maße Tür und Tor“ öffnete²¹³:

Die Ermittlungen amtlicher Behörden wurden durch unzureichende Transportmittel und Verkehrsverbindungen sowie dem hiermit verbundenen hohen Kostenaufwand jedoch erschwert, so dass zumeist Zeugen für das Übersiebnungsverfahren fehlten und der Beweis gegen einen Verdächtigen nicht geführt werden konnte. Es lag nahe, auf den verhafteten Beschuldigten als Beweismittel zurückzugreifen, so dass seine Aussage mehr und mehr in den Mittelpunkt der Untersuchung rückte.²¹⁴ War ein Geständnis wegen der bei einer Verurteilung drohenden drakonischen Strafen dieser Zeit freiwillig nicht zu erlangen, so wurde etwa ab Ende des 12. Jahrhunderts immer verbreiteter die Folter eingesetzt²¹⁵, deren Anwendung der Obrigkeit ohne Voraussetzungen überlassen wurde²¹⁶. Die Richtigkeit des Geständnisses sollte zwar grundsätzlich auf seine Glaubwürdigkeit geprüft werden, was aus Zweckmäßigkeitgesichtspunkten aber kaum geschah.²¹⁷ Das Verfahren spielte sich nur noch in nicht öffentlichen Folterkammern ab. In dem öffentlichen „endlichen Rechtstag“ war das Geständnis zwar zu wiederholen. Leugnete der Angeklagte aber, wurde er mit dem Zeugnis der die Folter leitenden Schöffen überführt.²¹⁸ Willkür und Missbrauch von Folter und Verurteilung waren an der Tagesordnung, so dass am 1495 neu gegründeten Reichskammergericht eine Flut an Klagen von Bürgern einging, dass die Obrigkeit „leute unverschuldet an recht und redlich ursach zum todt verurteilen und richten haben lassen sollen“²¹⁹, was auf dem Freiburger Reichstag von 1497/98 den Anstoß zur Einleitung einer allgemeinen Reform der Strafrechtspflege gab.²²⁰

²¹² So *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 99 mwN.

²¹³ *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 103.

²¹⁴ Vgl. zu dieser Entwicklung nur *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 218 und *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 90f.

²¹⁵ Siehe zur Frage, ob dies durch eine Verbreitung des kanonischen Rechts in Deutschland gefördert wurde: *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 391, *Schwerin/Thieme*, Grundzüge, S. 218, *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 92f. und *Gmür/Roth*, Grundriss, Rn. 223.

²¹⁶ Vgl. *Kries*, Beweis, S. 149 und 154 sowie *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 102.

²¹⁷ Vgl. *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 105, *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 107 und *Andrea Schmidt*, Grundsätze, S. 22.

²¹⁸ Vgl. *Eberhard Schmidt*, FS Siber I, S. 37f. und *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 55.

²¹⁹ *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 107.

²²⁰ Vgl. *Conrad*, Rechtsgeschichte I, S. 392, *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 107, *ders.*, FS Siber I, S. 172f. und *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 15 Fn. 42.

V. Der Strafprozess der *Constitutio Criminalis Carolina*

In dieser schwierigen Zeit wurde dankbar auf das kanonisch-italienische Recht zurückgegriffen („wunderbare, welthistorische Tatsache der Renaissance des römischen Rechts“²²¹), das deutsche Gelehrte durch Studien an italienischen Universitäten nach Deutschland trugen. Begünstigt wurde dies durch den starken Einfluss der dieses Recht bereits ausübenden Kirche sowie die Vorstellung vom „Heiligen Römischen Reich deutscher Nation“ als rechtmäßigem Erbe des römischen Reiches, von dem deutsche Kaiser ihren Anspruch als Nachfolger der römischen Caesaren ableiteten²²². An die erfahrungsgeliteten, rationalen Beweisregeln des kanonisch-italienischen Prozesses, die als „unumgänglich nothwenige Garantien“²²³ und „unschätzbare Palladium der Sicherheit der Bürger gegen Einfluss von Willkür, Leichtsinne und Einsichtigkeit auf die Rechtsprechung“²²⁴ angesehen wurden, wurde so die freie Entscheidungsmacht auch des deutschen Richters bei seiner Anordnung der Folter zur Erlangung eines Geständnisses gebunden und damit das alt-herkömmliche mit dem neuen Recht „homogen“ verbunden²²⁵.

Nach ersten Ansätzen in der Wormser Reformation von 1498²²⁶ schuf *Johann Freiherr von Schwarzenberg*, der Vorsitzende des bischöflichen Gerichts, in diesem Sinne nach der *Constitutio Criminalis Bambergensis* (CCB) von 1507 mit der 1532 auf dem Reichstag in Regensburg verabschiedeten Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (*Constitutio Criminalis Carolina* – CCC)²²⁷ ein Gesetz, das „im wahrsten Sinne hat Epoche machen können“²²⁸ und über Jahrhunderte den deutschen Strafprozess bestimmte²²⁹. In deren durch eine private Anklage²³⁰ oder von Amts wegen eingeleiteten, weitgehend heimlichen²³¹ Verfahren konnte der

²²¹ *Wach*, Handbuch I, S. 131.

²²² Vgl. zu den Gründen der Rezeption *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 38 f. und *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 122 ff.

²²³ *Zachariae*, Gebrechen, S. 197.

²²⁴ *Bauer*, Zeitschrift für deutsches Strafverfahren NF. 2 (1844), 109. *Beling*, Beweisverbote, S. 3 bezeichnete die Beweisregeln als „ausgeklügelte Sätze, die den Richter im Feststellen von Thatsachen am Gängelband hielten“.

²²⁵ *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 15.

²²⁶ Ausführlich hierzu *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 123 ff.

²²⁷ Vgl. umfassend hierzu *Eberhard Schmidt*, ZRG 53 (1933) – Germ. Abt., 1 ff. und *Hellmuth von Weber*, ZRG 77 (1960) – Germ. Abt., 288 ff.

²²⁸ *Eberhard Schmidt*, ZRG 53 (1933) – Germ. Abt., 2.

²²⁹ Ebenso *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 56.

²³⁰ Art. 6 ff. CCC. Ein Privatankläger kam jedoch bei einem Freispruch in die Gefahr, dem Angeklagten Ersatz zu leisten, und musste dafür vor Beginn Kautionsleistung leisten (Art. 12 CCC) – konnte er dies nicht, kam er zusammen mit dem Angeklagten in Haft (Art. 14 CCC). Das Gesetz tat also alles, „dem privaten Kläger seine Rolle gründlichst zu verleiden“ (*Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 126), so dass das „Annemen der angegebenen übelthetter von der oberkeyt vnd ampts wegen“ (Art. 6 CCC) zum Regelfall aufstieg.

²³¹ Die Öffentlichkeit war nur noch im (aus „guter gewohnheyt willen“ – Art. 123 CCB) beibehaltenen endlichen Rechtstag (Art. 82 ff. CCC) zugelassen. Die eigentliche Beweisaufnahme

Richter, „auff den grundt der warheytt“ (Art. 56 S. 1 CCC) gekommen, den Angeklagten zwar wie bislang nur zu „peinlicher straff“ verurteilen „auß eygen bekennen“ (Geständnis – Art. 22 CCC)²³², subsidiär²³³ durch „zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhaftigen guten zeugen, die von eynem waren wissen sagen“ (Art. 67 CCC). Das Geständnis blieb also im Mittelpunkt des Verfahrens. Um zu ihm zu gelangen, durfte aber nach der *Constitutio Criminalis Carolina* nur bei „redlich anzeygung“ (Art. 20) gefoltet werden, wenn also durch „eynen guten zeugen“ die „hauptsach der missethat“ oder mit „zweyen guten zeugen“ eine „gnugsame anzeygung“ bewiesen (!) wurde (Art. 23 CCC). Unbekannte Zeugen (Art. 63 CCC)²³⁴, bestochene Zeugen (Art. 64 CCC) und Zeugen vom Hörensagen (Art. 65 S. 2 CCC) genügten jeweils für eine „gnugsame anzeygung“ nicht, sondern nach einer richterlichen Prüfung nur die Zeugen, „die vnbeleumdet, vnd sunst mit keyner rechtmessigen vrsach zuerwerffen sein“ (Art. 66 CCC). Dafür, wann die Aussagen zweier solcher Zeugen eine „gnugsame anzeygung“ bildeten, stellte *Schwarzenberg* in Anlehnung an das kanonisch-italienische Recht als Herzstück der *Constitutio Criminalis Carolina* eine detaillierte Indizienlehre als „kodifizierte Sätze der Lebenserfahrung“²³⁵ auf, die „von Hunderten von Richtern in Tausenden von Prozessen im Laufe der Zeiten“ gemacht wurden²³⁶ („ein bedeutender Schatz an Erfahrung und Menschenkenntnis“²³⁷!) und von denen Teile selbst heute noch für eine Verurteilung ausreichen²³⁸. So genügte es insbesondere, wenn der Angeklagte einem Zeugen „vngeöthter ding gesagt hett, daß er die beklagten oder verdachte missethat gethan, oder solche missethat vor der geschicht zuthun gedrohen hett, vnd die thatt auch darauff in kurtzer zeit eruolgt wer“ (Art. 32 CCC). Ferner sollte ein Zusammentreffen folgender „arkwonigen vmbstenden“ für eine „gnugsame anzeygung“ ausreichen, obwohl „man nit alle beschreiben kan“ (Art. 25 CCC):

fand jedoch insbesondere bei der Erlangung eines Geständnis zuvor statt und wurde nur auf den endlichen Gerichtstag wiederholt.

²³² Dieses war vom Richter sorgfältig zu überprüfen durch „fleissige mögliche erkundigung vnd nachfrage“ über den Tathergang und Umstände, „die keyn vnschuldiger also sagen vnd wissen kundt“; ansonsten wurde weitergefoltet: Art. 55 CCC. Wurde das Geständnis auf dem endlichen Rechtstag widerrufen, so konnten wie bisher die beiden Schöffen, die die Folter leiteten, über die Ablegung des Geständnisses als Zeugen vernommen werden (Art. 91 CCC).

²³³ Dies ergibt sich aus Art. 69 CCC, wonach der Zeugenbeweis dem Angeklagten vorgehalten wurde, um doch zu einem Geständnis zu gelangen, vgl. *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 18 Fn. 56 und *Glaser*, Beiträge, S. 285.

²³⁴ Es sei denn, „es würd dann durch den, so die zeugen stellet, stattlich fürbracht, daß sie redlich vnd vnuerleumbt weren“.

²³⁵ *Käßer*, Wahrheitserforschung, S. 33.

²³⁶ *Frauke Stamp*, Wahrheit, S. 78; ähnlich *Bauer*, Zeitschrift für deutsches Strafverfahren N.F. 2 (1844), 106 („Inbegriff der aus Vernunft und Erfahrung geschöpften Regeln“) und *Peters*, FS Gmür, S. 313: „Diese Beweisregeln knüpften an die menschliche Erfahrung an.“

²³⁷ *Sarstedt*, FS Ernst E. Hirsch, S. 171.

²³⁸ So die berechnete Einschätzung von *Gerhard Walter*, Beweiswürdigung, S. 58; in diese Richtung auch *Bertram Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 130 und *Hans-Udo Bender*, Merkmalskombinationen, S. 34, der sogar bedauert, dass Teile dieser Indizienlehre heute in Vergessenheit geraten seien.