

Die tatrichterliche Überzeugung

Überlegungen zu ihrer Bedeutung und revisionsgerichtlichen Prüfbarkeit

Von Dr. Alexander Baur, M.A./B.Sc., Hamburg*

I. Von Urteilsungetümen und Fehlerurteilsgefahren

Um welche strafrechtlichen Vorwürfe es im Strafverfahren vor dem LG Köln genau ging, lässt sich aus dem Revisionsbeschluss des 3. Strafsenats des BGH vom 30. Mai 2018 nicht entnehmen.¹ Offensichtlich spielten zwölf Einzeltaten, teilweise mit terroristischem Hintergrund, eine Rolle. Die Angeklagten hatten die Taten überwiegend eingeräumt, problematisch war allein der Nachweis einer Bandenabrede sowie einer bestimmten Tatmotivation. In den Augen des 3. Strafsenats hatte es das LG Köln daher mit einer allenfalls durchschnittlich schwierigen Beweislage zu tun. Dies hinderte die Große Strafkammer aber nicht daran, für ihre Verurteilung umfangreiche Feststellungen zu treffen, diese in einer wahren Fleißarbeit auf 400 Seiten zu dokumentieren und auf 720 weiteren Seiten zu würdigen. Der 3. Strafsenat macht aus seiner Stimmung bei der Prüfung des am Ende insgesamt 1.300 Seiten starken landgerichtlichen Urteils keinen Hehl. Der Umfang des Urteils lasse nur den Schluss zu, dass dessen Verfasser eine „unverzichtbare geistige Leistung“ schuldig geblieben seien. Notwendige gedankliche Vorarbeiten seien nicht erbracht, eine „wertende Auswahl zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem“ habe nicht stattgefunden. Obendrein zeige sich im Urteil ein „bedenklicher Umgang mit den Ressourcen der Justiz“ – man möchte ergänzen: auch und gerade denen des 3. Strafsenats. Diesen kostete es offenbar beträchtliche Mühe, „aus der Vielzahl überflüssiger Ausführungen diejenigen herauszufiltern, derer es zum Beleg der jeweiligen Schuld- und Rechtsfolgenaussprüche bedurfte.“²

Der großen Strafkammer des LG Köln wird man dennoch kaum vorwerfen wollen, sie habe die 1.300 Urteilsseiten aus fehlgeleiteter Bflissenheit oder gar – wie vom BGH zwischen den Zeilen unterstellt – zur Vermeidung einer geistigen Leistung zu Papier gebracht. Bei allem Verständnis für den Groll des 3. Strafsenats ist für Form, Umfang und Inhalt des erstinstanzlichen Urteils doch der eine oder andere Grund erkennbar. Wenn das LG Köln die Beweisaufnahme umfassend in den Urteilsgründen dokumentiert, bewegt es sich wenigstens mittelbar auf der Linie rechtspolitischer Reformbestrebungen. Insbesondere aus Verteidigerkreisen wird das revisionsrechtliche Rekonstruktionsverbot immer wieder in Frage gestellt und der Ruf nach einer Ausdehnung der Protokollierung der landgerichtlichen Hauptverhandlung sowie insbesondere der Beweisaufnahme über die bisherigen Möglichkeiten des § 273 Abs. 3 StPO hinaus laut.³ Eine Protokollierung sei schon deswegen geboten, weil es keine zweite Tatsacheninstanz gebe, die Missverständnisse des Tatgerichts

ausräumen und Überraschungsentscheidungen noch einmal ändern könnte.⁴ Für den Verurteilten sei das nur schwer erträglich; denn nicht nur im seltenen Ausnahmefall wähte er sich samt seinem Verteidiger nach dem Urteil „in einem anderen Film“ gewesen zu sein als das Gericht.⁵ Begleitet wird diese Diskussion von einem wiedererwachten öffentlichen, aber auch rechtswissenschaftlichen und kriminologischen Interesse am Fehlerurteil und seinen Folgen.⁶

Ungewollt mag schließlich der BGH selbst sein Scherflein zum Wortreichtum des Kölner Urteils beigetragen haben. Die Feststellung der für eine Verurteilung notwendigen Tatsachen und deren Würdigung ist – so eine allgemeine Beteuerung – zuvorderst Aufgabe des Tatgerichts. Mit der sogenannten erweiterten Revision⁷ wagt sich die obergerichtliche Rechtsprechung allerdings durchaus in diese Domäne des Tatrichters vor und schwankt dabei bisweilen sichtlich zwischen intensiver Kontrolle und großzügiger Distanzierung von der Tatfrage. Im dadurch entstehenden Graubereich zwischen tatrichterlicher Alleinverantwortung und revisionsgerichtlicher Nachprüfbarkeit⁸ ist es nicht immer abzusehen, unter welchen Voraussetzungen eine Beweiswürdigung in den Urteilsgründen einer späteren Prüfung standhält. Diese „Revisionslotterie“⁹ wird nicht nur von Verteidigern beklagt, sondern zeigt auch bei den Tatsachengerichten ihre Wirkung: Sind die Prüfungsmaßstäbe vage und Revisionsentscheidungen deswegen schwer zu prognostizieren, dürfte das vor allem in aufwendigen Verfahren zum nachvollziehbaren Bestreben führen, Urteile durch ein Mehr an Darlegung und Begründung „besonders revisionsfest“ zu machen.¹⁰ Ob ein

⁴ Vgl. dazu schon *Hofmann*, NStZ 2002, 569, und jüngst *Wehowsky*, NStZ 2018, 117.

⁵ Vgl. dazu u.a. *Ventzke*, HRRS 2010, 461; *Wehowsky*, NStZ 2018, 177 (186); *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 143 f.

⁶ Vgl. dazu u.a. im Überblick *Dunkel/Kemme*, Neue Kriminalpolitik 2016, 138; zu einem rechtstatsächlichen Forschungsprojekt vgl. *Kinzig/Stelly*, StV 2017, 610.

⁷ Vgl. dazu u.a. *Fezer*, in: Ebert/Rieß/Roxin/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 331 (332 ff.); *Frisch*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), S. 257; *Gericke*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, Vorbem. zu § 333 Rn. 5 m.w.N.; *Knauer*, NStZ 2016, 1 (3).

⁸ Ähnl. *Herdegen*, StV 1992, 527. Verfassungsrechtlich ist daran zu erinnern, dass bei einem Überschreiten der revisionsrichterlichen Kompetenzen ein Verstoß gegen das Prinzip des gesetzlichen Richters droht, vgl. BVerfG NStZ 1991, 499.

⁹ *Knauer*, NStZ 2016, 1 (3); *Schünemann*, ZStW 114 (2002), 1 (55); *Wagner*, ZStW 106 (1994), 259 (260); vgl. dazu auch *Fezer* (Fn. 7), S. 337.

¹⁰ Vgl. dazu *Fezer* (Fn. 7), S. 337; *Foth*, NStZ 1992, 444 (446, „Rückkopplungswirkung“).

* Der Autor ist Juniorprofessor für Strafrecht an der Universität Hamburg und Habilitand an der Universität Augsburg.

¹ BGH NStZ-RR 2018, 256. Das erstinstanzliche Urteil des LG Köln vom 30.1.2017 – 101 KLs 13/15 ist bislang nicht veröffentlicht.

² BGH NStZ-RR 2018, 256.

³ Vgl. dazu *Ventzke*, HRRS 2010, 461 (466).

Urteil dadurch besser nachvollziehbar und prüfbar ist sowie seine Qualität gesteigert und das Fehlurteilsrisiko verringert wird, darf man jedoch – ganz im Einklang mit dem 3. *Strafsenat* – bezweifeln. Für das Strafprozessrecht gibt die Entscheidung jedenfalls Anlass, die freie richterliche Beweiswürdigung, die Voraussetzungen der tatrichterlichen Überzeugung und deren revisionsrechtliche Prüfbarkeit noch einmal in den Blick zu nehmen.

II. Objektivität und Subjektivität der tatrichterlichen Überzeugung

1. Freie Beweiswürdigung und tatrichterliche Überzeugung

Der in § 261 StPO niedergelegte Grundsatz der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung bedeutet zunächst einmal nur die Befreiung von abstrakt formulierten und gesetzlich vorgegebenen Beweisregeln.¹¹ Der Verzicht auf gesetzliche Beweisregeln ist kein strafrechtliches Phänomen geblieben, sondern hat sich als Grundregel aller Prozessordnungen durchgesetzt (vgl. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 108 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 37 Abs. 1 FamFG, § 128 Abs. 1 S. 1 SGG, § 84 S. 1 ArbGG). Die Freiheit der Beweiswürdigung ist dabei keineswegs eine moderne Erfindung. Schon in der Aristotelischen Rhetorik heißt es: „Man muss über alles andere – wie gesagt – dem Richter möglichst wenig Gewalt lassen. Darüber aber zu entscheiden, ob etwas geschehen ist oder nicht, muss man notwendig den Richtern überlassen – der Gesetzgeber kann dies nämlich unmöglich vorhersehen.“¹² Das wortstarke Bekenntnis zur Freiheit der Beweiswürdigung der modernen Prozessordnungen lässt sich dennoch vor allem historisch und normgenetisch erklären und als deutliche Absage an die zwischenzeitlich geltenden gesetzlichen Beweisregeln verstehen.¹³ Das darf gleichwohl nicht mit einem rechtlichen Freibrief für den Tatrichter verwechselt werden.¹⁴ Auch wenn das Bekenntnis zur freien Beweiswürdigung im Schwurgerichtsgedanken wurzelt¹⁵ und enge Zusammenhänge mit der begründungslosen conviction intime aufweist,¹⁶ ist die richterliche Überzeugung heute immer auch eine conviction

raisonnée,¹⁷ die bestimmten rechtlichen Standards genügen muss – mit anderen Worten: Wie der Richter über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet, ist zwar gesetzlich nicht ausbuchstabiert und damit frei; um eine rechtsgelöste Entscheidung handelt es sich gleichwohl nicht.¹⁸ Der Verzicht auf eine gesetzliche Regelung der Beweiswürdigung allein sagt weder etwas über den Grad der persönlichen Freiheit, die dem einzelnen Richter bei seiner Überzeugung eingeräumt ist, noch über deren revisionsgerichtliche Kontrolle aus.¹⁹

Teilweise wird die Freiheit von gesetzlichen Beweisregeln dennoch mit der weitgehenden Subjektivierung und der mehr oder minder umfassenden Verlagerung des Tatnachweises in einen persönlichen, rechtlich nicht prüfbaren Verantwortungsbereich des Tatrichters in Verbindung gebracht. Für die Verurteilung sei es „notwendig aber auch genügend, daß der Sachverhalt für den Tatrichter zweifelsfrei feststeht; diese persönliche Gewißheit ist allein entscheidend.“²⁰ Beließe man es dabei, so hinge die Entscheidung über das Ergebnis der Beweisaufnahme wohl wirklich weitgehend von der tatrichterlichen Überzeugung als einem subjektiven Gewissheitserleben ab.²¹ Das Wesen der freien Beweiswürdigung bestünde dann nicht nur in der Freiheit von gesetzlichen Beweisregeln, „sondern auch in der Freiheit der Entschließung bei der Beantwortung der Schuldfrage gegenüber objektiv an sich möglichen Zweifeln.“²² Der strafrechtliche Schuldnachweis wäre geführt, wenn nach der persönlichen Überzeugung des Tatrichters der Angeklagte die Merkmale eines Straftatbestands erfüllt hat.

Die herrschende Meinung plädiert an dieser Stelle für stärkere rechtliche Bindungen: Um übermäßiges Zaudern und vorschnelles Überzeugtsein des Tatrichters gleichermaßen zu vermeiden, versucht sie, objektive und prüfbare Kriterien festzulegen. So müsse der Tatrichter einerseits immer dann zum Tatnachweis gelangen, wenn konkrete oder vernünftige Zweifel nicht mehr gegeben sind. Um ein zu leichtes und unüberlegtes Urteilen zu verhindern, soll andererseits allein

¹⁷ Ebenso *Kühne*, NJW 1997, 1951 (1952).

¹⁸ Vgl. dazu mit Blick auf die historische Entwicklung *Herdegen*, StV 1992, 527 (529).

¹⁹ Ebenso *Jerouschek*, GA 1992, 493 (497).

²⁰ So die vielzitierte Entscheidung des BGH GA 1954, 152; vgl. dazu auch BGH NJW 1951, 325: „Die richterl. Überzeugung von der Schuld des Angekl. braucht nicht das Ergebnis zwingender Schlüsse aus den einzelnen Beweistatsachen zu sein. Auch Erwägungen, die denkgesetzlich oder nach der allgemeinen Lebenserfahrung nur möglich sind, vermögen die richterl. Überzeugung vom Tathergang zu stützen; denn es gibt keine Norm dafür, welche Überzeugung der Richter bei einem bestimmten objektiven Beweisergebnis haben müsse oder dürfe oder nicht haben dürfe. Nur auf die denkgesetzlich unmögliche Grundlage darf das Gericht seine Überzeugung nicht stützen.“

²¹ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 89; *Eschelbach*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.6.2018, § 261 Rn. 45.

²² BGH GA 1954, 152.

¹¹ Vgl. zur rechtshistorischen Entwicklung, *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 214 ff.; *Schmidt*, Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozessrecht, 1994, S. 5 ff. Siehe dazu auch *Herdegen*, StV 1992, 527 (529); *ders.*, NSTz 1987, 193 (194); *Paulus*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 687 (698); *Rieß*, GA 1978, 257 (264).

¹² Arist. Rhet. I, 8, (1354b), übersetzt und hrsg. von F.G. Sieveke, München 1995.

¹³ Ebenso *Jerouschek*, GA 1992, 493 (497).

¹⁴ Ebenso *Jerouschek*, GA 1992, 493 (497); *Küper*, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 23 (28 f).

¹⁵ *Küper* (Fn. 14), S. 25.

¹⁶ *Herdegen*, StV 1992, 527 (528); *Fischer*, in: Hannich (Fn. 7), Einleitung Rn. 49; vgl. auch *Küper* (Fn. 14), S. 27 f.; *Kühne*, NJW 1997, 1951 (1952); *Paulus* (Fn. 11), S. 701.

das subjektive Gewissheitserleben nicht ausreichen. Das Ergebnis der tatrichterlichen Überzeugung müsse auch objektiv hochwahrscheinlich sein und sich rational darlegen lassen.²³ Teilweise wird dieser letzte Aspekt betont und grundsätzlich bestritten, dass ein persönliches Gewissheitserlebnis überhaupt irgendeine wesentliche Bedeutung für den Tatnachweis haben dürfe.²⁴ Für diesen sei zwar keine „mathematische Gewissheit“ zu fordern – diese sei schon aus erkenntnistheoretischen Gründen unmöglich zu erreichen²⁵ –, man müsse ihn aber doch von einer rational herzuleitenden und an Sicherheit grenzenden, also rein objektiven Wahrscheinlichkeit abhängig machen. Einem subjektiven Gewissheitserlebnis des Tatrichters bleibt nach der letzten Ansicht noch die Rolle eines bekräftigten Aktes der persönlichen Verantwortungsübernahme oder auch nur eines an sich bedeutungslosen psychologischen Begleitphänomens, das sich immer dann wie von alleine einstellt, wenn ein objektiv überzeugendes Beweisergebnis vorliegt.²⁶

2. Bedeutung der tatrichterlichen Überzeugung

Fragen der tatrichterlichen Überzeugung stellen sich im Strafrecht mit einer besonderen Schärfe. Denn dieses legt mit seinem materiellen Wahrheitsbegriff und der strikt geltenden Unschuldsvermutung die Hürden für den Tatnachweis und eine Verurteilung besonders hoch. Im Unterschied zu anderen Verfahrensordnungen und insbesondere zum Zivilrecht kennt der Strafprozess kaum Möglichkeiten, problematische Beweislagen durch die Annahme typischer Geschehensabläufe aufzulösen²⁷ oder diesen durch die Umverteilung der Beweislast zu begegnen. Die Instrumente zur Wahrheitsermittlung sind zudem rechtlich begrenzt. Bestimmte Arten der Beweiserhebung verbieten sich einem rechtsstaatlichen Strafverfah-

ren.²⁸ Die Verurteilung beispielsweise vom Vorliegen eines Geständnisses des Beschuldigten abhängig zu machen, ist schon deswegen kein gangbarer Weg, weil ein solches Geständnis mit den zur Verfügung stehenden Aufklärungsmitteln nicht mehr regelmäßig zu erlangen ist.²⁹ Soll die Strafrechtspflege angesichts hoher Verurteilungshürden und strenger Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens nicht zum Erliegen kommen und die Widerlegung der Unschuldsvermutung nicht bis zur Unmöglichkeitsgrenze erschwert werden, bleibt allein die Absenkung der für eine Verurteilung notwendigen Überzeugungs- und Verurteilungsschwelle auf ein praktikables Maß.³⁰

Legt man der tatrichterlichen Überzeugung dieses Verständnis zugrunde, dann ist sie so zu gestalten, dass sie Individualrechte im Strafverfahren zwar angemessen schützt und Fehlurteilsrisiken soweit irgend möglich senkt, dabei aber auch die Interessen einer effektiven Strafrechtspflege wahrt. Immer dann, wenn Individualrechtsschutz und Effektivität der Strafrechtspflege in Widerstreit geraten, muss sie für einen angemessenen Ausgleich sorgen.³¹ Es kann deswegen bei der Absenkung der Überzeugungs- und Verurteilungsschwelle auf ein praktikables Maß immer nur um die Bewältigung objektiv gegebener Restzweifel gehen. Diese können nach Erreichen einer bestimmten und entsprechend hohen objektiven Wahrscheinlichkeit entweder gleichsam mechanisch zu einer unter normativen Gesichtspunkten hinreichenden Verurteilungsgrundlage erklärt, oder sie können dadurch überwunden werden, dass man sie in den persönlichen Verantwortungsbereich des Tatrichters verlagert. Beide Male wird die Überzeugungs- und Verurteilungsschwelle erreicht, obwohl objektive Restzweifel nicht ausgeräumt wurden³² beziehungsweise zumindest nicht mit rechtsstaatlichen Mitteln oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand hätten beseitigt werden können.

Wenn im Zusammenhang mit der tatrichterlichen Überzeugung ein bestimmtes Maß objektiver Wahrscheinlichkeit

²³ Vgl. *Engländer*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 85 (92).

²⁴ *Hoyer*, ZStW 105 (1993), 523 (546); *Engländer*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 85 (94); *Stein*, in *Wolter* (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts* (1995), S. 233 (257); so wohl auch *Fincke*, GA 1973, 266 (269); vgl. dazu auch *Meurer*, in: *Jescheck/Vogler* (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, 1989, S. 533 (540 f., 545 ff.), der die praktische Divergenz der Ansätze bezweifelt.

²⁵ So schon RGZ 15, 338 (339): „Vermöge der Beschränkung der Mittel menschlichen Erkennens kann niemand [...] zu einem absolut sicheren Wissen von der Existenz eines Tatbestands gelangen.“; und RGSt 61, 202 (206): „Ein absolut sicheres Wissen [...] ist der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit überhaupt verschlossen.“ Vgl. auch BGH GA 1954, 152. Siehe dazu auch *Engländer*, ARSP-Beiheft 104 (2005), 85 (91); sowie krit. *Herdegen*, StV 1992, 527 (530).

²⁶ *Herdegen*, StV 1992, 527 (530); *Freund*, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, 1987, S. 50. Vgl. dazu auch BGH NJW 1999, 1562 (1564).

²⁷ Vgl. dazu BGH StraFo 2003, 381; BGH NSTZ-RR 2003, 371.

²⁸ Vgl. dazu im Kontext mit der tatrichterlichen Überzeugung *Fincke*, GA 1973, 266 (271 f.).

²⁹ Zum Zusammenhang mit der Überwindung der Folter vgl. *Bendix*, GA 1917, 31 (38): „Die ‚moderne‘ tatsächliche Feststellung, die auf der richterlichen Überzeugung gründet, ist das ‚moderne‘ prozesstechnische Mittel, das der Art nach, wenn auch dem Grade nach erheblich verfeinert und vergeistigt, den körperlichen Zwangsmitteln des für überwunden gehalten früheren Strafprozesses völlig gleichsteht.“ Vgl. dazu auch *Jerouschek*, GA 1992, 493 (498 f., 502).

³⁰ So schon *Bendix*, GA 1917, 31 (36); und ähnlich *Freund* (Fn. 26), S. 43. Alternativ ist noch an die Absenkung der materiell-rechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen zu denken, vgl. dazu *Bülte*, JZ 2014, 603 (606): „Je weitergehend prozessuale Beweiserleichterungen zugelassen werden, desto höher können die materiellen Hürden der Strafbarkeit sein, ohne die Effektivität des Strafrechts zu beeinflussen.“ Siehe dazu auch unten, III. 2. a).

³¹ Im Ergebnis ähnlich *Herdegen*, StV 1992, 527 (533); *Freund* (Fn. 26), S. 56 ff.; *Stein* (Fn. 24), S. 252.

³² Vgl. *Paulus* (Fn. 11), S. 690.

gefordert wird, so versteht man dies überwiegend statistisch.³³ Schon weil die Bestimmung – oder besser: Bezifferung – eines Fehlerurteilsrisikos oder, anders gewendet, der statistischen Wahrscheinlichkeit eines alternativen Sachverhalts, praktisch kaum zu leisten ist³⁴ und deswegen ein reines Denkkonstrukt bleiben muss, ist ein solches Verständnis aber nicht unbedingt zielführend. Eine naheliegende Alternative zu einem statistischen Wahrscheinlichkeitsverständnis (probabilitas) ist ein alltagspraktischer Wahrscheinlichkeitsbegriff.³⁵ Gemeint ist die Vorstellung einer nicht an bloßen Häufigkeitsbeziehungen, sondern an Plausibilitäten ausgerichteten Wahrscheinlichkeit, also einer „qualitativen Wahrscheinlichkeit“³⁶ im Sinne einer Wahrheitsähnlichkeit (verisimilitudo), die auf Konsens gerichtet ist und argumentativ verbindlich gemacht werden kann.³⁷ Damit wird die Wahrscheinlichkeit aus einem mathematischen in einen für das Recht typischen sprachlich-sozialen Zusammenhang gerückt,³⁸ der zwar objektive und rationale Inhalte in sich aufzunehmen weiß, diese aber nicht absolut setzt. Ein Charakteristikum eines alltagspraktischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs ist es, dass er in Teilen subjektiv geprägt ist. Die Wege zur Überzeugung von einer qualitativen Wahrscheinlichkeit sind immer auch subjektiver, intuitiver und – was nicht gänzlich

auszuschließen ist – möglicherweise irrationaler Natur.³⁹ Innerhalb gängiger Persuasionstheorien bleiben logische Ableitungen und probabilistische Aussagen zwar möglich und sind auch wirkmächtig,⁴⁰ die Überzeugung ist aber nicht auf sie beschränkt. Die moderne Kognitionsforschung unterscheidet dementsprechend systematisch-objektive und heuristisch-subjektive Prozesse, die zur Bildung einer Überzeugung führen können.⁴¹ Auf das Strafverfahren gewendet bedeutet dies: Objektive Wahrscheinlichkeit und subjektives Gewissheitserleben können sich zur tatrichterlichen Überzeugung ergänzen.

III. Verrechtlichung der tatrichterlichen Überzeugung

1. Objektive Grundlage und Freiheitsgrad der tatrichterlichen Überzeugung

Wenn sich objektiv gegebene Wahrscheinlichkeit und subjektives Gewissheitserleben zur tatrichterlichen Überzeugung ergänzen,⁴² so besagt dies noch nichts darüber, in welchem Verhältnis beide zueinander stehen müssen, damit die Überwindung der Unschuldsumutung auch unter normativen Gesichtspunkten zu rechtfertigen ist. Entscheidend wird dann nämlich, welches Maß an objektiven Restzweifeln durch das Gewissheitserleben des Tatrichters überbrückt werden darf und wann sich umgekehrt Beweislagen objektiv derart verdichten, dass die Entscheidung des Tatrichters dadurch bereits vorgegeben ist. Nur dazwischen liegt ein Bereich, in

³³ Engländer, ARSP-Beiheft 104 (2005), 85 (95); Fincke, GA 1973, 266 (267); Hoyer, ZStW 105 (1993), 523 (542 ff.); Kunz, ZStW 121 (2009), 572 (595 ff.); Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, Vor § 261 Rn. 4.

³⁴ Ebenso Frister, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 169 (180); Freund (Fn. 26), S. 19 f.; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 949; Paulus (Fn. 11), S. 692 f.; ähnlich auch Engländer, ARSP-Beiheft 104 (2005), 85 (94 f.).

³⁵ Ebenso Paulus (Fn. 11), S. 704: „Deshalb ist aus Rechtsgründen keine höhere Erkenntnisqualität zu fordern, als sie im sozialen Leben mit den dort gegebenen Mitteln bestmöglich zu leisten ist.“ (Hervorhebung im Original). Siehe dazu pointiert auch Herdegen, StV 1992, 527 (530): Der „Tatrichter ist allerdings kein Naturwissenschaftler“. BGHZ 53, 254 (256), spricht hier von einer „für das praktische Leben brauchbaren Gewißheit“.

³⁶ So bereits Bohne, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948, S. 12 ff.

³⁷ Arist. Rhet. II, 1 (1355b) (Fn. 12).

³⁸ Zur Bedeutung der Narration für die rechtliche Entscheidung vgl. Dannecker, in: Schoberth (Hrsg.), Urteilen lernen – Grundlegungen und Kontexte ethischer Urteilsbildung (2012), S. 267; und ders., in: Anderheiden/Kirste/Keil/Schaefer (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen, Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, 2013, S. 621; sowie zu intentionalen Erklärungsmodellen und zum Konzept der so genannten „dichten Erzählung“ vgl. Kempf, Forschungsmethoden der Psychologie, Bd. 1, 2009, S. 238 ff. So im Übrigen trotz eines statistischen Grundansatzes auch Kunz, ZStW 121 (2009), 572 (605).

³⁹ Ebenso Arist. Rhet., II, 3 (1356a) (Fn. 12); Beccaria, Über Verbrechen und Strafe, 1990 (Neudruck), S. 79: „Aber diese moralische Gewißheit der Beweise ist leichter zu fühlen als genau zu umschreiben.“ Bohne (Fn. 36), S. 15, 30 f.; Ortloff, Die gerichtliche Redekunst, 1887, S. 87: „Man stellt daher, soweit Urteile von rechtsgelehrten oder von Laienrichtern gegeben werden, die juristische und die moralische Überzeugung entgegen; indessen nicht ganz mit Recht, indem auch rechtsgelehrte Richter nicht gehindert sind, den allgemeinen Eindruck und moralische Gründe auf die Gewinnung ihrer Überzeugung mitwirken zu lassen [...]“. Ähnlich Frister (Fn. 34), S. 176; Kühne (Fn. 34), Rn. 957.1; und Velten (Fn. 33), Vor § 261 Rn. 5. Vgl. krit. dazu Engländer, ARSP-Beiheft 104 (2005), 85 (94); sowie zur ideengeschichtlichen Entwicklung Küper (Fn. 14), S. 29 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu u.a. Knape, Allgemeine Rhetorik, 2000, S. 34 f.

⁴¹ Zum „elaboration likelihood model“ (ELM) vgl. Petty/Cacioppo, Communication an persuasion, Central an peripheral routes to attitude change, 2010; zum „heuristic-systematic model“ (HSM) vgl. u.a. Chaiken/Wood/Eagly, in: Higgins/Kruglanski (Hrsg.), Social Psychology, 1996, S. 707; vgl. dazu auch Frister (Fn. 34), S. 177; Kunert, GA 1979, 401 (412); sowie krit. Herdegen, StV 1992, 527 (530).

⁴² Vgl. dazu krit. Paulus (Fn. 11), S. 694 f., der persönlichkeitsgebundenen Komponenten jede Legitimationskraft abspricht, eine Bedeutung der persönlichen Gewissheit aber in der richterlichen Verantwortungsethik sieht; krit. auch Freund, in: Eser/Goydke/Maatz/Meurer (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 409, 416.

dem es dem Tatrichter freisteht, ob er Restzweifel überwindet oder nicht.

Dem Verhältnis von objektiven und subjektiven Überzeugungsanteilen kann man sich zunächst von der Seite der Grundrechte annähern. Eine zu weitgehende Subjektivierung rückte die tatrichterliche Überzeugung bedenklich in die Nähe rechtsgelöster Willkür.⁴³ Es wäre schon unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten höchst problematisch, wenn die Verurteilung nicht soweit rechtlich gebunden wäre und auf objektiven, allgemeingültigen Kriterien beruhte, dass sie maßgeblich von der Persönlichkeit des Richters⁴⁴ abhinge und Folge von dessen individueller Überzeugungsfreudigkeit oder Zweifelsanfälligkeit wäre.⁴⁵ Um einen staatlichen Eingriff in die Freiheitsrechte des Einzelnen zu rechtfertigen ist ebenfalls ein hohes Maß an Objektivität vorauszusetzen, ehe ein mehrdeutiges Beweisergebnis durch das subjektive Gewissheitserleben des Richters zur Verurteilungsgrundlage gemacht und die Unschuldsvermutung als überwunden gelten darf.⁴⁶ Dabei ist allerdings zu bedenken, dass sogar empfindliche Eingriffe in das Freiheitsrecht auf objektiv zweifelbehafteter Tatsachengrundlage zu rechtfertigen sind. Auch das Strafrecht nimmt das Risiko für Fehlentscheidungen bewusst in Kauf, um seine übrigen Ziele zu erreichen. Das zeigt sich nicht nur daran, dass es aus Rechtsstaatsgründen eine Wahrheitsermittlung um jeden Preis nicht kennt,⁴⁷ aus Effektivitäts- und Verhältnismäßigkeitsgründen den Instanzenzug bisweilen ausschließt (§ 313 Abs. 1 StPO) oder aus Gründen des Rechtsfriedens die Wiederaufnahme strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen (§ 359 StPO) unterwirft, sondern in aller Schärfe auch im Maßregelrecht.⁴⁸ Letzterem sind schon konzeptionell erhebliche Irrtumsrisiken immanent. Die für die Verurteilung zu Maßregeln der Besserung und Sicherung und deren Aufrechterhaltung notwendige ungünstige Legalprognose ist – wie jede Prognose – von vornherein fehlerbelastet. Erwartungen an künftiges Handeln können bei weitem nicht den Grad an objektiver Wahrscheinlichkeit erreichen wie die Rekonstruktion vergangener Sachverhalte.

Vergleichsweise wenig Orientierung in diesem Spannungsfeld geben die Leitlinien der obergerichtlichen Recht-

sprechung, wonach für die Überwindung der Unschuldsvermutung ein „nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, demgegenüber vernünftige Zweifel nicht mehr aufkommen“⁴⁹ voraussetzen sei, der Schuldspruch „auf einer tragfähigen Beweisgrundlage“ und die „die objektive hohe Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des Beweisergebnisses ergibt“, aufzubauen habe.⁵⁰ Solche Bestimmungsversuche kommen ihrerseits nicht ohne Wertungen aus und verlagern das Problem allenfalls begrifflich.⁵¹ Trittsicherer dürfte es sein, sich der tatrichterlichen Überzeugung und ihren Freiheitsgraden anders und zwar mittelbar zu nähern.

2. Normative Einhegung der tatrichterlichen Überzeugung

a) Gestaltung der Überzeugung durch das materielle Recht

Die tatrichterliche Überzeugung ist gegen ein zu hohes Maß an Subjektivität mehrfach abgesichert.⁵² Sie ist zunächst einmal materiell-rechtlich angeleitet. Mit der tatbestandlichen Unrechtskonstruktion regelt der Gesetzgeber immer auch den Umfang der für eine Verurteilung notwendigen Überzeugungsgrundlage und gibt ein Beweisprogramm vor.⁵³ Für den Gesetzgeber bedeutet dies, dass er den Weg, den der Richter für seine Überzeugung nehmen muss, durch das materielle Recht prägen kann. Insbesondere Tatbestandsvoraussetzungen, bei denen es kaum vorstellbar ist, dass sich ein Tatrichter von deren Vorliegen mit Hilfe zulässiger Aufklärungsmittel überzeugen kann, sollte er meiden.⁵⁴ Denn solche Strafvorschriften liefern entweder aus praktischer Beweisnot leer oder wären nur mit einem hohen subjektiven Anteil innerhalb der Überzeugung zu bejahen.

Der Gesetzgeber kann die tatrichterliche Überzeugung von solchen Voraussetzungen entlasten, indem er schlicht auf sie verzichtet.⁵⁵ Die Beispiele hierfür sind Legion: Mit der

⁴³ Vgl. dazu auch *Freund* (Fn. 26), S. 53; *Stein* (Fn. 24), S. 257.

⁴⁴ So schon *Bendix*, GA 1917, 31 (34).

⁴⁵ *Bendix* zieht daraus unter anderem die Konsequenz, man müsse die Befangenheitsreglungen weiten, um den für den abzuurteilenden Sachverhalt „passenden Richter“ zu finden, vgl. *Bendix*, GA 1917, 31 (35): Es werde die Forderung wach, „daß der Angeklagte ein Recht erhalten müßte, von Richter abgeurteilt zu werden, die ihm, dem Prozeßstoff und den darin verstrickten Beweismitteln nicht wesensfremd, sondern wesensverwandt sind.“ Vgl. dazu auch *Frister* (Fn. 34), S. 187.

⁴⁶ Mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG siehe BVerfG NJW 2003, 2444 (2445); ähnlich auch *Jerouschek*, GA 1992, 493 (505).

⁴⁷ Im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung vgl. *Jerouschek*, GA 1992, 493 (504).

⁴⁸ Vgl. zum Maßregelrecht auch *Kühne* (Fn. 34), Rn. 963.

⁴⁹ BGH NJW 1951, 122; BGH NSTZ 1988, 236; BGH NSTZ-RR 2007, 90.

⁵⁰ BVerfG NJW 2003, 2444 (2445); vgl. dazu *Böse*, JR 2004, 37 (40 ff.); und *Jahn*, GA 2014, 588 (597).

⁵¹ Im Ergebnis ebenso. *Kunz*, ZStW 121 (2009), 572 (595); und *Freund* (Fn. 26), S. 48.

⁵² Zur Notwendigkeit einer solchen Absicherung vgl. BVerfG NJW 2003, 2444 (2445). Ebenso *Herdegen*, StV 1992, 527 (530); und *Küper* (Fn. 14), S. 46. Vgl. auch *Wehowski*, NSTZ 2018, 177 (181 f.).

⁵³ Vgl. *Freund* (Fn. 26), S. 12.

⁵⁴ Einschränkend *Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985, S. 70, der praktische Beweisschwierigkeiten hinnehmen will, wenn und soweit sie dogmatisch zu rechtfertigen sind.

⁵⁵ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsgrenze voraussetzungsarmer Tatbestände vgl. *Bülte*, JZ 2014, 603. Der Umstand, dass das Strafrecht die Hürden für den Tatnachweis und eine Verurteilung des Beschuldigten hochlegt und problematische Beweislagen nicht mit strafprozessualen Mitteln auflösen kann, hat bisweilen die paradoxe Folge, dass auf beweisproblematische Tatbestandsvoraussetzungen verzichtet und die strafrechtliche Verantwortlichkeit dadurch ausgedehnt wird.

Strafbewehrung der Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB) reagiert man auf eine kaum mögliche Zuordnung des Taterfolgs zu einem Täter.⁵⁶ Mit der Gleichstellung von Waffen und Scheinwaffen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB) wird der naheliegende Verteidigungseinwand abgeschnitten, es sei bei der Tatausführung ein ungefährliches Instrument verwendet worden.⁵⁷ Hängt die Strafbarkeit freilich von nur noch wenigen Tatbestandsmerkmalen ab, lastet auf der tatrichterlichen Überzeugung von eben diesen Voraussetzungen ein umso höheres Gewicht.

Als Alternative zum Verzicht auf beweisproblematische Tatbestandsvoraussetzungen kann das notwendige Beweismaß abgesenkt oder die Beweislast umverteilt werden.⁵⁸ Auch wenn sich dies angesichts der Unschuldsvermutung nicht gerade aufdrängt und strafrechtsdogmatisch nicht ganz leicht zu fassen ist,⁵⁹ dürfte es im Einzelfall dem völligen Verzicht auf eine Tatbestandsvoraussetzung gleichwohl vorzuziehen sein. Denn nicht zuletzt stützt sich dann eine Verurteilung weiterhin darauf, dass sich das Gericht vom Vorliegen mehrerer Tatbestandsmerkmale überzeugen konnte. Der Gesetzgeber nutzt diese Möglichkeit vereinzelt außerhalb des Kernstrafrechts. So verzichtet man bei der Ahndung unterlassener betriebs- und unternehmensbezogener Aufsichtsmaßnahmen nach § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG nicht völlig auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg, senkt aber die Anforderungen an den Tatnachweis, indem der Erfolg zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit gemacht und das Kausalitätserfordernis zugunsten einer Risikoerhöhungslehre aufgeweicht wird („...wenn eine [...] Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre“).⁶⁰ Einen Schritt weiter geht das Wertpapierhandelsrecht bei der Strafbarkeit wegen Insiderhandels (§ 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG; Art. 14 lit. a Marktmissbrauchsverordnung). Hier werden Schwierigkeiten des objektiven und subjektiven Kausalitätsnachweises mit einer Umkehr der Beweislast gelöst. Durch Erwägungsgrund Nr. 24 der Marktmissbrauchsverordnung⁶¹ wird die widerlegliche Vermutung

festgeschrieben, dass derjenige, der beim Erwerb oder der Veräußerung von Finanzinstrumenten Kenntnis einer Insiderinformation hat, diese Information auch nutzt.⁶²

Eine dritte Möglichkeit, mit Beweisschwierigkeiten umzugehen, ist schließlich der gänzliche Verzicht auf eine Strafbewehrung. So ist etwa die von der Rechtsprechung angenommene generelle Straffreiheit der Vollstreckungsverweigerung (§ 258 Abs. 2 StGB) bei Geldstrafen Beweisschwierigkeiten geschuldet. Aufgrund der Vertretbarkeit von Geldleistungen wäre es in den meisten Fällen nicht zweifelsfrei feststellbar, ob ein Dritter auf die Geldstrafe bezahlt oder eine sonst veranlasste finanzielle Zuwendung macht.⁶³

b) Regulation der Überzeugung durch das Verfahrensrecht

Die tatrichterliche Überzeugung wird ferner durch das Verfahrensrecht reguliert.⁶⁴ Denn anders als die Beweiswürdigung ist die Beweisaufnahme gesetzlich festgelegt und soll gewährleisten, dass alle Verfahrensbeteiligten genügend Einfluss auf die Überzeugung des Tatrichters nehmen können.⁶⁵ Insbesondere sorgt der Grundsatz, dass der Tatrichter seine Überzeugung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpfen muss (§ 261 StPO),⁶⁶ für das Wissen aller Prozessbeteiligten darüber, auf welche Informationen sich der Tatrichter bei seiner Entscheidung stützen kann. Das Strafverfahrensrecht räumt den Prozessbeteiligten zudem erheblichen Einfluss auf die tatrichterliche Überzeugung ein, indem es sie berechtigt, den Prozessstoff mitzugestalten (§ 244 Abs. 2–6 StPO), zu ihm gehört zu werden (§ 257 StPO) und diesen aus ihrer Sicht zu bewerten (§ 258 StPO).

Ergänzend sieht das Gerichtsverfassungsgesetz die Notwendigkeit einer Entscheidungsberatung und wechselseitigen Entscheidungskontrolle innerhalb des Spruchkörpers (§§ 192 ff. GVG; § 263 StPO)⁶⁷ vor und schafft dadurch eine weitere

sitz von Insiderinformationen für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter, sei es unmittelbar oder mittelbar, Finanzinstrumente, auf die sich diese Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert bzw. zu erwerben oder zu veräußern versucht, sollte unterstellt werden, dass diese Person diese Informationen genutzt hat. Diese Annahme lässt die Verteidigungsrechte unberührt.“

⁶² Vgl. dazu u.a. *Klöhn*, AG 2016, 426 (432 f.). Damit kodifiziert der Ordnungsgeber letztlich die Spector-Photo-Group-Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2010, 227 (231).

⁶³ BGHSt 37, 226 (229 ff.); vgl. dazu *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459 (463 f.).

⁶⁴ So bereits *Bendix*, GA 1917, 31 (38); vgl. auch *Fincke*, GA 1973, 266 (272): „Sicherung durch Verfahrensform“; und zu dieser Funktion des Verfahrens *Frister* (Fn. 34), S. 176, 191; siehe auch *Paulus* (Fn. 11), S. 697.

⁶⁵ Vgl. dazu auch *Jerouschek*, GA 1992, 493 (503), der die Bedeutung des Amtsermittlungsgrundsatzes betont.

⁶⁶ Vgl. dazu auch *Frister* (Fn. 34), S. 192.

⁶⁷ Vgl. dazu *Eisenberg* (Fn. 21), Rn. 94; und *Velten* (Fn. 33), Vor § 261 Rn. 10. So auch schon *Beccaria* (Fn. 39), S. 79 f., der sich in diesem Zusammenhang auch für eine Laienbeteiligung stark macht: „Darum halte ich jenes Gesetz für das beste, das dem Hauptrichter Beisitzer zur Seite stellt [...]“

⁵⁶ Vgl. dazu anstelle vieler *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 231 Rn. 1.

⁵⁷ Vgl. dazu auch BT-Drs. 13/9064, S. 18 (Auffangtatbestand).

⁵⁸ Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die Vorschrift des § 186 StGB und die Absenkung von Überzeugungsschwellen im Sanktionenrecht etwa in § 40 Abs. 3 StGB oder bei Prognoseentscheidungen; vgl. dazu auch *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 78 f.

⁵⁹ Vgl. dazu krit. *Bülte*, JZ 2014, 603.

⁶⁰ Vgl. anstelle vieler *Rogall*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 130 Rn. 113 ff. In vergleichbarer Weise sollen die Anforderungen an den Kausalitätsnachweis für eine künstliche Preisbildung bei der Strafbarkeit wegen Marktmanipulation herabgesetzt sein, vgl. dazu zuletzt u.a. BGH NJW 2014, 1896 (1899 f.).

⁶¹ Erwägungsgrund Nr. 24 der Marktmissbrauchsverordnung lautet: „Wenn eine juristische oder natürliche Person im Be-

Objektivitätsgewähr. Für die abschließende Sachverhaltsfeststellung in den Tatsacheninstanzen sind nämlich – mit wenigen und voraussetzungsreichen Ausnahmen (§ 313 Abs. 1 StPO) – stets Kollegialgerichte⁶⁸ zuständig (§ 76 Abs. 1 S. 1 GVG).

c) Lenkung der Überzeugung durch Darlegungs- und Begründungspflichten

Schließlich wird die tatrichterliche Überzeugung durch die Pflicht zur Darlegung und Begründung des Beweisergebnisses im Urteil gelenkt.⁶⁹ Die Notwendigkeit, die Beweiswürdigung nachvollziehbar darzulegen und die tatrichterliche Überzeugung von der Schuld des Verurteilten zu begründen, ist keine Selbstverständlichkeit. Der unbedarfte Blick in § 261 StPO oder auch die Vorschriften zum notwendigen Inhalt der Urteilsgründe (§ 267 StPO) könnte zu dem Schluss führen, dass die Anforderungen an eine Darlegung und Begründung der tatrichterlichen Überzeugung stark herabgesetzt sind. Anders als etwa im Zivil- oder Verwaltungsverfahrenrecht (§ 286 Abs. 1 S. 2 ZPO; § 108 Abs. 1 S. 2 VwGO) findet sich im Strafverfahrensrecht nämlich keine Vorschrift, die ausdrücklich vorsieht, dass im Urteil auch die Gründe angegeben werden müssen, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

Wenn die Freiheit von Beweisregeln einerseits nicht zu einer rechtsgelösten Entscheidung führt und die Überzeugung andererseits auch nicht länger durch die bloße Anwendung einfacher Beweisregeln hergestellt wird, dann entsteht aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) die Pflicht, Rechenschaft über die Gründe der konkreten Entscheidung zu geben.⁷⁰ Zutreffend fordert deswegen die ganz herrschende Meinung für die Beweiswürdigung und die tatrichterliche Überzeugung eine Darlegungs- und Begründungspflicht.⁷¹ Zu

weil in diesem Falle die Unwissenheit weit sicherer nach dem Gefühl als die Wissenschaft nach Lehrmeinungen urteilt.“ Ebenso *Frister* (Fn. 34), S. 188 f.

⁶⁸ Vgl. dazu bereits *Bendix*, GA 1917, 31 (43); und *Frister* (Fn. 34), S. 188.

⁶⁹ Zur lenkenden Wirkung solcher Begründungslasten vgl. *Baur/Wolf*, in: Ueding (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, Bd. 10, 2012, Sp. 129 ff. (Begründungslast); und aus Sicht der Verfahrensbeteiligten bereits *Ortloff* (Fn. 39), S. 88; vgl. dazu auch *Paulus* (Fn. 11), S. 697 f.; und *Küper* (Fn. 14), S. 35.

⁷⁰ Im Ergebnis ebenso *Herdegen*, StV 1992, 527 (529); *Jerouschek*, GA 1992, 493 (507 f.); *Schmidt* (Fn. 11), S. 64. Zur verfassungsrechtlichen Herleitung von Begründungspflichten aus Art. 20 Abs. 3 GG vgl. *Wagner*, ZStW 106 (1994), 259, (272 ff.). Eine Darlegungspflicht aus der Verrechtlichung der Beweiswürdigung herleitend *Fezer* (Fn. 7), S. 338.

⁷¹ Siehe dazu BGH NJW 1980, 2423; BGH NStZ 2007, 538; BGH NStZ-RR 2013, 51; BGH NStZ-RR 2014, 152; BGH BeckRS 2015, 06442; sowie *Weigend*, NStZ 1999, 57 (62); siehe auch *Jerouschek*, GA 1992, 493 (507 f.); *Meyer-Göfner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 60. Aufl. 2018, § 267 Rn. 12; *Paulus* (Fn. 11), S. 702 f. Vgl. zuletzt

verlangen ist dabei eine wertend-argumentative Nachvollziehbarmachung der für das Tatgericht im Einklang mit dem Verfahrensrecht feststehenden Verurteilungsgrundlage.⁷² Diese Darlegungs- und Begründungspflichten machen die tatrichterliche Überzeugung nicht nur ein gutes Stück weit prüfbar,⁷³ sondern verbürgen auch ein Mindestmaß an Objektivität. Denn das erkennende Gericht muss seine Überzeugung so ausrichten und gestalten, dass es im Urteil eine überzeugende Gesamtschau des Beweisergebnisses darlegen⁷⁴ und seine Entscheidung – auch und allen voran für das Revisionsgericht⁷⁵ – nachvollziehbar und plausibel machen kann.

Bestimmte Inhalte bleiben dabei allerdings im Dunkeln: Das Beratungsgeheimnis (§§ 43, 45 Abs. 1 S. 2 DRiG; § 193 GVG) verbietet die Offenlegung der Entscheidungsberatung und des Abstimmungsergebnisses.⁷⁶ Es verbirgt damit gerade solche Überzeugungsinhalte, über die im Richterkollegium keine Einigkeit bestanden hat. Von der Mehrheitsauffassung abweichende Überzeugungen einzelner Richter gehen, ohne dass eine – für die spätere Prüfung des Urteils besonders aufschlussreiche – Kontroverse im Urteil oder anderweit erkennbar würde, in der scheinbar einmütigen Kollektivüberzeugung des Gerichts auf.⁷⁷ Überdeckt werden Unstimmig-

auch den Überblick zur Beweiswürdigung im Indizienverfahren bei *Liebhart*, NStZ 2016, 134.

⁷² Ähnlich *Herdegen*, StV 1992, 527 (530); vgl. dazu auch BGH NStZ-RR 2010, 247; BGH NStZ-RR 2009, 183; BGH NStZ-RR 2014, 349; auf dieser Linie bewegt sich auch BGH NStZ-RR 2018, 256. Ausdrücklich für das Verwaltungsprozessrecht BVerwG NVwZ 2004, 627 (628): „Es gehört zu den dem Tatsachengericht durch § 108 Absatz I VwGO übertragenen Aufgaben, sich im Wege der freien Beweiswürdigung unter Abwägung verschiedener Möglichkeiten seine Überzeugung über den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu bilden.“ *Frister* spricht in diesem Zusammenhang von einer „begrifflichen Reflektion“, vgl. *Frister* (Fn. 34), S. 182.

⁷³ Die Begründung macht das Urteil erst revisionsrechtlich prüfbar; implizit zum Zusammenhang zwischen tatrichterlicher Begründung und revisionsgerichtlicher Prüfung *Knauer*, NStZ 2016, 1 (10); und *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (298).

⁷⁴ Vgl. zuletzt etwa BGH NStZ 2017, 600 (601); für den Vorsatznachweis jüngst BGH NStZ 2018, 37 (39).

⁷⁵ Ebenso *Baur*, in: Ueding (Fn. 69), Sp. 423, 430 (Iustum); zutreffend deswegen auch *Knauer*, NStZ 2016, 1 (9 f., Aufgabe der Revision ist die Kontrolle und Disziplinierung der Tatsachengerichte); und vgl. *Fezer* (Fn. 7), S. 353; sowie *Rosenau*, in: Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer (Hrsg.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 521 (527 f.).

⁷⁶ Nach herrschender Meinung schützt das Beratungsgeheimnis vor allem die Unbefangenheit des Richters und gilt bis zur Grenze einer drohenden Rechtsbeugung (§ 339 StGB), vgl. dazu *Staats*, Deutsches Richterrecht, 2012, § 43 Rn. 2, Rn. 8.

⁷⁷ Die Möglichkeit zum begründeten abweichenden Votum kennt nur das Verfassungsrecht, bei dem an dieser Stelle aber

keiten zusätzlich durch das Prinzip der Totalabstimmung;⁷⁸ denn auch unterschiedliche Auffassungen zum Vorliegen einzelner Strafbarkeitsvoraussetzungen finden sich im abschließenden Gesamtvotum des Spruchkörpers nicht.

IV. Die tatrichterliche Überzeugung in der Revision

1. Beschränkte revisionsgerichtliche Prüfbarkeit der tatrichterlichen Überzeugung

Wenn es sich bei der tatrichterlichen Überzeugung nicht um eine rechtsgelöste Entscheidung handelt und die Tatgerichte diese allen voran für das Revisionsgericht im Urteil darlegen und begründen müssen, dann hat sie folgerichtig auch Gegenstand der revisionsgerichtlichen Prüfung zu sein. Es wäre weder zweckmäßig noch dem Revisionsgericht zuzumuten, sehenden Auges eine offensichtlich rechtlich fehlerhafte tatrichterliche Überzeugung bestätigen zu müssen.⁷⁹ Fraglich bleibt die Kontrollintensität und Prüfungstiefe.⁸⁰ Das Revisionsgericht kann bei seiner Prüfung nur an die Darlegungen und Begründungen im Urteil anknüpfen und diese auf ihre Schlüssigkeit und Plausibilität prüfen.⁸¹ Das spricht zunächst einmal dafür, dass es ein Urteil dann aufheben darf, wenn dessen Darlegungen und Begründungen erkennbar widersprüchlich sind oder gegen Denkgesetze verstoßen.⁸²

Wer eine Teilsubjektivität der tatrichterlichen Überzeugung anerkennt, muss die revisionsgerichtliche Prüfungstiefe allerdings zwangsläufig beschränken. An den subjektiven Überzeugungskern kommt die Revision schon deswegen nicht heran, weil dieser nicht vollständig schriftlich mitteilbar,⁸³ in den Urteilsgründen nur schemenhaft dargelegt und durch das Beratungsgeheimnis sogar vor Offenlegung geschützt ist. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist gegen eine solche Beschränkung der revisionsgerichtlichen Prüfungstiefe nichts zu erinnern. Wenn Art. 19 Abs. 4 GG einen Instanzenzug nicht fordert,⁸⁴ dann verlangt er erst recht keine unbeschränkte revisionsgerichtliche Prüfungstiefe.⁸⁵ Dass ein

eröffneter Rechtsweg effektiv ausgestaltet sein muss, ändert daran nichts.⁸⁶ Denn die Effektivität der Revision hängt nicht allein an der umfassenden Prüfbarkeit der tatrichterlichen Überzeugung, sondern kann anderweit gewährleistet werden.⁸⁷ Das Effektivitätsgebot findet seine Grenze jedenfalls dort, wo eine revisionsgerichtliche Kontrolle nicht mehr sinnvoll möglich ist. Eine Prüfungspflicht ultra posse lässt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht ableiten. Die Revisionsgerichte wagen sich deswegen bemerkenswert weit vor, wenn Urteile aufgehoben werden, weil bestimmte Umstände nicht, lückenhaft oder unzureichend gewürdigt worden seien und das Tatgericht nicht „naheliegende Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung gesehen und bedacht“ oder nicht „alle konkret in Frage kommenden Alternativen ausgeschlossen“ habe.⁸⁸ Denn von Fällen handwerklich ungenügender Darlegungen und Begründungen einmal abgesehen, dürften einem Urteil konkrete Anhaltspunkte für einen Alternativsachverhalt nur dort zu entnehmen sein, wo es gerade darum geht, Zweifel an der festgestellten Entscheidungsgrundlage argumentativ auszuräumen.⁸⁹

Es keimt hier der Verdacht, dass die tatrichterliche Überzeugung bisweilen schlicht durch eine abweichende Wertung des Revisionsgerichts wieder in Zweifel gezogen wird. Prüft das Revisionsgericht die Überzeugung des erkennenden Gerichts auf ihre Lückenlosigkeit und den angemessenen Ausschluss naheliegender Alternativsachverhalte, dann kommt die Entscheidung, ein Urteil aufzuheben in zwei Konstellationen in Betracht: Entweder bestehen unterschiedliche Vorstellungsvermögen des jeweiligen Tat- und Revisionsgerichts über mögliche Geschehensabläufe oder eine abweichende Einschätzung darüber, wie nahe konkrete Anhaltspunkte für einen alternativen Sachverhalt liegen und wann diesbezügliche Umstände ausreichend gewürdigt sind. Es geschieht dann, was sich die Revisionsrechtsprechung selbst eigentlich versagt: Das Revisionsgericht ersetzt die Beweiswürdigung des Tatgerichts durch eine eigene.⁹⁰ Dafür,

wohl kaum je um Sachverhaltsdifferenzen, sondern um unterschiedliche Rechtsmeinungen gestritten wird, vgl. § 30 Abs. 3 BVerfGG.

⁷⁸ Vgl. dazu u.a. *Kuckein*, in: Hannich (Fn. 7), § 263 Rn. 3.

⁷⁹ Vgl. *Gericke*, in: Dencker/Galke/Voßkuhle (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tolksdorf*, 2014, S. 243 (246 f.).

⁸⁰ Ebenso *Herdegen*, StV 1992, 527.

⁸¹ Vgl. dazu und zur revisionsgerichtlichen Darstellungsprüfung *Gericke* (Fn. 79), S. 248 f.

⁸² Ebenso *Frister* (Fn. 34), S. 193.

⁸³ Vgl. *Frister* (Fn. 34), S. 178 ff.; *Rieß*, GA 1978, 257 (271).

⁸⁴ Dem Gesetzgeber ist es sogar unbenommen, der Exekutive in sachlich begründeten und begrenzten Bereichen justizfreie Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume einzuräumen und insoweit ein Letztentscheidungsrecht zuzugestehen; vgl. dazu *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz*, Stand: 15.8.2018, Art. 19 Rn. 75, m.w.N.

⁸⁵ Wegen der Besonderheiten des strafrechtlichen Eingriffs anders die wohl im strafprozessrechtlichen Schrifttum vor-

herrschende Ansicht, vgl. *Gericke* (Fn. 79), S. 247; *Knauer*, NStZ 2016, 1 (10 f.); *Rosenau* (Fn. 75), S. 539.

⁸⁶ BVerfGE 112, 185 (202).

⁸⁷ Zutreffend daher für eine Prüfungsnotwendigkeit „wenigstens auf dem Umweg über eine entsprechende Prozessrüge“, *Weigend*, ZStW (113) 2001, 271 (299); krit. *Rosenau* (Fn. 75), S. 539.

⁸⁸ Vgl. dazu BGH NStZ-RR 2018, 289 (290); oder auch BGH NStZ-RR 2016, 144 (145). Kritisch *Gericke* (Fn. 79), S. 251. Vgl. dazu aber *Freund* (Fn. 26), S. 22 f. („Alternativenaus-schlußmodell“).

⁸⁹ Vgl. dazu *Gericke* (Fn. 79), S. 249. Siehe dazu auch *Fezer* (Fn. 7), S. 336 f., der eine Kompetenz des Revisionsgerichts annimmt, auch „zwischen den Zeilen“ zu lesen, weshalb sich das Revisionsgericht vom Darstellungsgeschick des Tatrichters keineswegs hindern lasse, „in der Sache selbst Bedenken zu haben“.

⁹⁰ Grundlegend BGH GA 1954, 152 (153); vgl. dazu auch *Fezer* (Fn. 7), S. 336 f.; und *Jeroschek*, GA 1992, 493 (514). Vgl. auch *Frister* (Fn. 34), S. 194 ff., der darin jedoch keine Problematik zu sehen scheint, wenn sich das Revisionsgericht

dass dies unzulässig ist, gibt es gute Gründe. Denn dem Revisionsgericht mangelt es im Gegensatz zum Tatgericht nicht nur an Sachverhaltsnähe und Erkenntnismitteln, sondern auch an dessen verfahrensrechtlichen Bindungen.⁹¹ Begnügt sich das Revisionsgericht nicht mit der Prüfung der tatrichterlichen Darlegungen und Begründungen anhand objektiver Kriterien, sondern nähert sich dem subjektiven Kern der tatrichterlichen Überzeugung mit eigenen, zwangsläufig nicht minder subjektiven Wertungen an, dann hat das die immer wieder beklagte schwer vorhersehbare Beliebigkeit in der revisionsgerichtlichen Entscheidungspraxis zur Folge.⁹²

2. Annäherung über das Verfahrensrecht sowie über Vorsichts- und Beweisregeln

a) Stärkung des Verfahrensrechts in der Tatsacheninstanz und der Verfahrensrüge

Soll tatrichterliche Subjektivität nicht durch subjektive Wertungen des Revisionsgerichts ersetzt, sondern nach objektiven Kriterien auf Rechtsfehler geprüft werden, rückt zunächst das Verfahrensrecht in den Blick. Das Verfahrensrecht der Tatsacheninstanz ist der Bürge dafür, dass denkbare Sachverhaltsalternativen zuverlässig zum Gegenstand der mündlichen Hauptverhandlung werden und die tatrichterliche Überzeugung nicht lückenhaft bleibt.⁹³ Die Einhaltung verfahrensrechtlicher Vorgaben ist wiederum revisionsgerichtlich ohne Weiteres prüfbar. So gesehen setzt die Revisionsrechtsprechung mit ihrer – nicht zuletzt im Hinblick auf § 344 Abs. 2 S. 2 StPO⁹⁴ – äußerst restriktiven Linie bei der Verfahrensrüge und der vergleichsweise großzügigeren bei der Sachrüge

auf eine Zurückverweisung an den Tatrichter beschränkt. Die Veränderungen in der Revisionsrechtsprechung kritisch zuspitzend *Foth*, NStZ 1992, 444, der eine Zeit kommen sieht, in der die Rechtswirklichkeit besser mit „Die Tatgerichte erheben die Beweise. Deren tatsächliche und rechtliche Würdigung [...] obliegt den Revisionsgerichten.“ umschrieben sein könnte. Siehe dazu auch *Rosenau* (Fn. 75), S. 532 f.

⁹¹ Ähnlich *Herdegen*, StV 1992, 527 (533): „Die Beweiswürdigung, von der § 261 StPO spricht, setzt eine Hauptverhandlung voraus.“; *Jerouschek*, GA 1992, 493 (504); *Rieß*, GA 1978, 257 (271); vgl. auch *Frisch*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 4. Aufl. 2014, Vor § 333 Rn. 4; und *Velten* (Fn. 33), Vor § 261 Rn. 12.

⁹² *Franke*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2013, Vor § 333 Rn. 11; *Gericke* (Fn. 7), Vor § 333 Rn. 5; *Herdegen*, StV 1992, 527; *Jerouschek*, GA 1992, 493 (511); *Knauer*, NStZ 2016, 1 (2).

⁹³ Vgl. *Ventzke*, HRRS 2010, 461, der darin „eine völlig unspektakuläre Aufgabe jeder Strafverteidigung“ sieht. Vgl. dazu auch *Fezer* (Fn. 7), S. 350 f.

⁹⁴ Zu denken ist ferner an die Widerspruchslösung oder die Nutzung des Zwischenrechtsbehelfs nach § 238 Abs. 2 StPO; vgl. dazu auch *Frisch* (Fn. 91), Vor § 333 Rn. 11.

einen insgesamt fragwürdigen Akzent.⁹⁵ Ein Gutteil objektiver revisionsgerichtlicher Prüfung geht verloren, wenn man ein Urteil trotz eines Verfahrensfehlers hält, nur weil dieses nach einer „erweiterten Revision“ alles in allem und im Ergebnis als zutreffend bewertet wird.⁹⁶

De lege ferenda erwägenswert schiene es darüber hinaus, die tatrichterliche Überzeugung von verfahrensrechtlich nicht verwertbaren Beweismitteln von vornherein frei zu halten⁹⁷ und deswegen über Beweisverwertungsverbote nach Möglichkeit noch im Ermittlungsverfahren abschließend zu entscheiden.⁹⁸ Denn das Tatgericht darf zwar seine juristische Überzeugung nicht auf Tatsachen stützen, deren Verwertung unzulässig wäre. Man überschätzte das kognitive Vermögen des Tatrichters jedoch, wenn man von ihm nicht nur verlangte, dass er Darlegungen und Begründungen im Urteil frei von unverwertbaren Beweismitteln hält, sondern glaubte, er könne dafür sorgen, dass diese auch gänzlich ohne Einfluss auf seine subjektive Überzeugung blieben.

Rechtspolitisch ist schließlich die mittlerweile übliche Besetzungsreduktion großer Strafkammern (§ 76 Abs. 2 GVG) noch einmal zu überdenken. Ist die revisionsgerichtliche Prüfungstiefe beschränkt und fehlt es an einer zweiten Tatsacheninstanz, so ist die nicht vorhandene vertikale Kontrolle durch eine ausreichende horizontale Richtigkeitsgewähr auszugleichen.

b) Vorsichts- und Beweisregeln als Anknüpfungspunkte der revisionsgerichtlichen Prüfung

Die tatrichterliche Überzeugung wird zudem durch sogenannte Vorsichtsregeln prüfbar,⁹⁹ die der Beweiswürdigung in bestimmten prozessualen Konstellationen Problembewusstsein und besondere Sorgfalt abverlangen. In der Sache schränken sie schlicht die Freiheit der Beweiswürdigung

⁹⁵ Ebenso *Barton* JuS 2007, 977 (982); *Fezer* (Fn. 7), S. 341 ff., 352: „Die Bedeutung der ‚schützenden Formen‘ wird unangemessen reduziert.“; *Knauer*, NStZ 2016, 1 (2); *Ventzke*, NStZ 2008, 262. Von der Verfassungsrechtsprechung wird die restriktive Linie bei der Verfahrensrüge für zulässig gehalten, vgl. BVerfGE 112, 185 (208 ff.). Zur rechtstatsächlichen Entwicklung der Revision vgl. u.a. die Jahresstatistiken zum Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs sowie *Rosenau* (Fn. 75), S. 523 f.; und allg. zum Rechtsmittelrecht *Becker*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, 2000, S. 58 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu auch *Frisch* (Fn. 91), Vor § 333 Rn. 11.

⁹⁷ Ähnl. *Frister* (Fn. 34), S. 191.

⁹⁸ Das sieht heute schon § 100d Abs. 3 S. 3 StPO vor, freilich aus Gründen eines grundrechtlichen Kernbereichsschutzes; siehe dazu BT-Drs. 18/12785, S. 56; und BVerfG NJW 2016, 1781 (1789). In diese Richtung, allerdings ebenfalls mit grundrechtlicher Argumentation zuletzt BVerfG BeckRS 2017, 118442.

⁹⁹ Vgl. dazu *Eschelbach* (Fn. 21), § 261 Rn. 67. Zur verfassungsrechtlichen Gebotenheit derartiger Vorsichtsregeln bereits BVerfG NJW 2003, 2444 (2445).

ein,¹⁰⁰ indem sie vorgeben, was das Tatgericht bei bestimmten prozessualen Gegebenheiten zu beachten hat. Die Revisionsrechtsprechung hat eine ganze Reihe solcher – auch aussagepsychologisch fundierter – Vorsichtsregeln entwickelt, unter anderem für das Wiedererkennen einer Person durch Zeugen,¹⁰¹ das Zeugnis vom Hörensagen¹⁰² oder die nicht konfrontierte Aussage eines Belastungszeugen.¹⁰³ Das Tatgericht kann die Einhaltung solcher Vorsichtsregeln im Urteil darlegen und das Revisionsgericht sodann prüfen, ob sich jenes der Besonderheiten der prozessualen Lage bewusst war und diesen gerecht wurde.

Dem Strafprozessrecht sind trotz des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung der Sache nach auch Beweisregeln keineswegs fremd.¹⁰⁴ Auch sie sorgen für eine bessere revisionsgerichtliche Prüfbarkeit. Häufig als Erfahrungssätze bezeichnet,¹⁰⁵ handelt es sich bei ihnen im Kern um nichts anderes als Präzisierungen materiell-rechtlicher Tatbestandsmerkmale, die – aus Sicht des Tatrichters – schlicht vorgeben, unter welchen Voraussetzungen ein Tatbestandsmerkmal als erfüllt anzusehen ist. Eine Überzeugung darüber, ob das eigentliche, gesetzlich weitaus abstrakter formulierte und komplexere Tatbestandsmerkmal gegeben ist, wird so entbehrlich. Besonders umfassend wird die tatrichterliche Überzeugung etwa beim Nachweis einer alkoholbedingten absoluten Fahruntüchtigkeit (§ 316 Abs. 1 StGB) gebunden, wenn diese allein vom Erreichen einer bestimmten, objektiv unproblematisch festzustellenden Blutalkoholkonzentration abhängig gemacht wird.¹⁰⁶

Auch bei inneren Tatsachen, die ohnehin nur über äußere Umstände vage erschlossen und plausibilisiert werden können, entlasten Erfahrungssätze und eine vereinzelt zu beobachtende Abkehr von einem psychologischen hin zu einem

(teil-)normativen Verständnis¹⁰⁷ die tatrichterliche Überzeugung. Auch hier entstehen durch Präzisierungen des materiellen Rechts „Beweisanzeichen“¹⁰⁸ und ihrer Wirkung nach Beweisregeln,¹⁰⁹ die die Freiheit der Beweiswürdigung verringern und zur revisionsgerichtlichen Prüfbarkeit der tatrichterlichen Überzeugung beitragen. Denn gibt die Revisionsrechtsprechung Kriterien vor, anhand derer über das Vorliegen eines inneren Tatbestandsmerkmals zu entscheiden sein soll, dann wird die Tatsachenfeststellung zusehends in eine Rechtsfrage überführt, die dogmatisch diskutierbar ist. Zu einer ähnlichen Verrechtlichung der Beweiswürdigung führen Fahrlässigkeitsvarianten eines Tatbestands, die Beweisschwierigkeiten von inneren Tatbestandsmerkmalen auf die rechtliche Herleitung von Sorgfaltspflichten verschieben.

V. Tatrichterliche Entscheidungsverantwortung

Kann das Tatgericht unter Berücksichtigung strafverfahrensrechtlicher Vorgaben und bei Beachtung von Vorsichts- und Beweisregeln im hier verstandenen Sinne das materiell-rechtlich vorgegebene Beweisprogramm bewältigen und dabei die jeweiligen Voraussetzungen einer Strafbarkeit dem Revisionsgericht objektiv darlegen und plausibel begründen, so kann ein kritischer Bereich erreicht werden, in dem objektive Restzweifel zwar noch in bedeutendem Umfang, aber nicht in einem Maße, das einen Freispruch zwingend macht, vorhanden sind. Solche Restzweifel kann der Tatrichter durch persönliche Gewissheit überwinden – er muss es aber nicht. Dieser subjektive Akt ist nicht weiter zu objektivieren, er kann weder dargelegt noch begründet werden und ist deswegen auch der revisionsgerichtlichen Prüfung entzogen. Er wird aber nicht zuletzt durch das Verfahrensrecht reguliert.

Es scheint nicht ausgemacht, dass die in Reformdiskussionen geforderte umfassende (Video-)Dokumentation der Hauptverhandlung an dieser Stelle zu mehr Objektivität und

¹⁰⁰ Vgl. auch *Frisch* (Fn. 91), Vor § 333 Rn. 7. *Wehowski*, NSStZ 2018, 177 (181), spricht insofern zu Recht von einer „gebundenen Freiheit“ und einem „Beurteilungsspielraum in engem rechtlichen Rahmen“. Einen Zusammenhang zu Beweisregeln erkennt hier auch *Jerouschek*, GA 1992, 491 (494).

¹⁰¹ Vgl. dazu zuletzt und zu weit gehend BGH NSStZ-RR 2017, 90.

¹⁰² Grundlegend BVerfG NSStZ 1995, 600.

¹⁰³ Vgl. dazu die begrüßenswerte Klarstellung des BGH in NSStZ 2018, 51 (54), wonach ein verringerter Beweiswert der nicht konfrontierten Zeugenaussage nicht davon abhängig ist, ob die Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts der Justiz vorwerfbar ist.

¹⁰⁴ Vgl. *Freund* (Fn. 42), S. 426; *Jerouschek*, GA 1992, 493 (513); *Kühne* (Fn. 34), Rn. 952 ff.; vgl. dazu kritisch im Zusammenhang mit den Vorgaben des BGH zum Vorsatznachweis *Puppe*, NSStZ 2012, 409 (413).

¹⁰⁵ Vgl. dazu *Bülte*, JZ 2014, 603 (604), der allenfalls von einer „Beweisregel im weitesten Sinne“ ausgeht.

¹⁰⁶ Anstelle vieler *Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 316 Rn. 33 m.w.N.

¹⁰⁷ Vgl. dazu jüngst *Puppe*, JR 2018, 323 (325 f.); sowie u.a. *Roxin*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 243; vgl. dazu auch *Freund* (Fn. 26), S. 55.

¹⁰⁸ Vgl. dazu zuletzt BGH NSStZ 2018, 206 (207).

¹⁰⁹ BGH NSStZ 2018, 37 (39), stellt dies freilich in Abrede, zumindest soweit es um eine Gleichsetzung komplexer innerer Tatbestandsmerkmale mit einzelnen objektiven Gegebenheiten geht: „Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Tatrichter der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung bei der Prüfung der subjektiven Tatseite von Rechts wegen immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen hätte. Darin läge vielmehr eine vom Einzelfall gelöste Festlegung des Beweiswerts und der Beweisrichtung eines im Zusammenhang mit derartigen Delikten immer wieder auftretenden Indizes, die einer unzulässigen Beweisregel nahekäme und deshalb dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) widerspräche.“ Zwischen einer Präzisierung des materiellen Rechts durch die Rechtsprechung einerseits und Vorgaben für die Würdigung bestimmter Tatsachen andererseits scheint an dieser Stelle aber eine klare Grenzlinie nur schwer möglich. Richtiger dürfte es sein, hier unterschiedliche Blickwinkel auf dasselbe Phänomen zu erkennen.

einer besseren revisionsgerichtlichen Prüfbarkeit führen könnte.¹¹⁰ Vielmehr dürfte die Gefahr einer weiteren Verschiebung der Aufgabenteilung zwischen Tatsachen- und Revisionsgericht bei der Beweiswürdigung – allen gegenläufigen Beteuerungen zum Trotz¹¹¹ – nicht ganz leicht von der Hand zu weisen sein. Ist das Videoprotokoll der Hauptverhandlung erst einmal in der Welt, liegt es nahe, dass die dort gespeicherten Informationen nicht nur punktuell genutzt werden.¹¹² Zu sehr miteinander verschränkt sind Beweisaufnahme und Beweiswürdigung.¹¹³ Wie wenig dabei eine vollständige Dokumentation bei der revisionsgerichtlichen Arbeit hilft, zeigt das eingangs erwähnte Urteil des LG Köln: Die große Strafkammer dokumentierte dort fleißig die Beweisaufnahme und legte ihre Beweiswürdigung im Detail dar, dem 3. Strafsenat des BGH machte dies die Erfüllung seiner revisionsrechtlichen Prüfungspflichten dennoch nicht leichter.¹¹⁴ Die wertende Plausibilisierung der tatrichterlichen Überzeugung im Urteil, aber auch eine mit persönlicher Verantwortung des Richters einhergehende Überwindung von Restzweifeln sind deswegen nicht nur die Garantien einer effektiven Strafrechtspflege, sondern schaffen auch erst eine Urteilsqualität, die revisionsgerichtlich überhaupt sinnvoll zu bearbeiten und auf Rechtsfehler zu prüfen ist.¹¹⁵ Es ist und bleibt daher die Aufgabe der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Tatsacheninstanz, dass Alternativsachverhalte zuverlässig zum Gegenstand des Verfahrens werden, Missverständnissen vorgebeugt und Überraschungsentscheidungen vermieden werden. Wer die Revision stärken will, weil er Schwächen im erstinstanzlichen Verfahren erkennt, setzt den falschen Schwerpunkt; wer das erstinstanzliche Verfahren schlanker machen möchte und dort etwa Verteidigungsrechte

beschränken will,¹¹⁶ weil er insgeheim auf eine erweiterte revisionsrechtliche Prüfung setzt, begibt sich auf den falschen Weg.

Am Ende wird man sich vor Augen führen müssen, dass ein vom Tatrichter verantworteter Schuldspruch auch den Rechtsfrieden fördert.¹¹⁷ Diesem dient ein subjektiver Akt menschlicher Verantwortungsübernahme mehr, als wenn nach Erreichen einer objektiven Überzeugungs- und Verurteilungsschwelle Zweifel rein normativ überwunden und ein bestimmter statistischer Wahrscheinlichkeitswert mechanisch zur rechtlichen Wahrheit erklärt wird. Um es zuzuspitzen: Wer vernünftige Zweifel in Zahlen auflöst und in weniger als fünf oder auch fünfzig Prozent Irrtumsrisiko übersetzt, mag scheinbar die Entscheidung von Subjektivität und den Richter von Verantwortung entlasten. Für mehr Entscheidungsakzeptanz wird er kaum sorgen.

¹¹⁰ Anderer Auffassung auch aus revisionsrechtlicher Sicht *Knauer*, NStZ 2016, 1 (11); und *Wehowsky*, NStZ 2018, 177; für ein verfassungsrechtliches Dokumentationsgebot *Eschelbach* (Fn. 21), § 261 Rn. 64.6.

¹¹¹ Vgl. *Wehowsky*, NStZ 2018, 177 (186) und passim: keine Auswirkung auf die Sachrüge und Beibehaltung des bisherigen Revisionsrechts.

¹¹² So soll die Videokonserve nur für Aufklärungsrügen und dafür verwendet werden können, nachzuweisen, dass wesentliche Aussageinhalte von Zeugen nicht oder unzutreffend im Urteil wiedergegeben sind; vgl. *Wehowsky*, NStZ 2018, 177 (178).

¹¹³ Ebenso BVerfG NJW 2003, 2444 (2445). Der Schritt zur revisionsgerichtlichen Glaubwürdigkeitsbeurteilung ist dann nicht mehr groß. Zudem haben bereits heute Verfahrensrügen keinen Erfolg, wenn ein nicht beachteter Beweisumstand im Laufe der Hauptverhandlung für die Beweiswürdigung bedeutungslos wurde; vgl. dazu u.a. BGH NStZ-RR 2001, 174 (175); und zuletzt BGH, Beschl. v. 16.5.2017 – 1 StR 306/16, Rn. 27 (juris).

¹¹⁴ Vgl. dazu schon *Foth*, NStZ 1992, 444 (446): „Solche Urteile sind dem Revisionsrichter ein Greuel – aber sie passen folgerichtig zu einer Revisionsrechtsprechung, die sich zunehmend mit dem Tatsächlichen befasst.“

¹¹⁵ Mit Blick auf die Urteilsbegründung vgl. BGH NStZ-RR 2009, 183.

¹¹⁶ Vgl. dazu auch *Freund* (Fn. 26), S. 70: Das Fehlurteilsrisiko muss so beschaffen sein, dass „es im Falle seiner Verwirklichung von dem Angeklagten zu verantworten ist.“

¹¹⁷ Vgl. dazu auch *Frister* (Fn. 34), S. 174.