

# Entwicklung und Kritik der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Glaubhaftigkeitsanalyse\*

## Epistemische Gerechtigkeit und Implikationen für Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen

Von Dr. Jan Christoph Bublitz, Hamburg

### I. Einleitung

Wenngleich die Bewertung von Aussagen zu den häufig beschworenen „ureigenen Aufgaben“ des Tatgerichts zählt, ist das Hinzuziehen von Sachverständigen zur Glaubhaftigkeitsbegutachtung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen ins-besondere im Sexualstrafrecht verbreitete Praxis. Daran dürfte sich durch dessen jüngste Reform nichts ändern. Strafrechtswissenschaftliches Interesse verdient die psychologische Aussageanalyse jedoch nicht allein, weil Gerichte Sachverständige anleiten (§ 78 StPO) und Gutachten würdigen müssen. Tatrichter haben auch bei ihren eigenen Bewertungen von Zeugenaussagen die Grundsätze der Aussageanalyse zu berücksichtigen. Erkenntnisse und Kontroversen über ihre Möglichkeiten und ihre Grenzen betreffen somit „ureigene Fähigkeiten“ jedes Tatrichters. Darüber hinaus wirft die Aussageanalyse grundsätzliche wissenschafts- und strafverfahrenstheoretische Fragen auf. In den vergangenen Jahren waren Glaubhaftigkeitsanalysen regelmäßig Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen<sup>1</sup> und ebenso vielschichtiger rechtspolitischer Kritik, v.a. aus viktimologischer und feministischer Perspektive.<sup>2</sup> Dieser Beitrag zeichnet einige Aspekte der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundessozialgerichts der vergangenen Jahre vor dem Hintergrund der rechtspolitischen Kritik nach. Ein Schwerpunkt liegt auf dem Vorwurf, die Aussageanalyse würde Aussagende, v.a. Opferzeugen, benachteiligen. Dieser Vorwurf soll durch die ethische Idee der epistemischen Gerechtigkeit plausibilisiert werden.

Die Erörterung wird drei Desiderata für die künftige rechtliche Aussageanalyse erbringen: Erstens ist der Status

---

\* Die Arbeit an diesem Beitrag wurde durch die Volkswagenstiftung i.R.d. Projekts „Recht und Ethik der Erinnerung“ (AZ 89457) gefördert. Der Verf. möchte der Wiss. Mitarbeiterin *Judith Papenfuß* sowie einem anonymen Redakteur der ZIS für kritische Anmerkungen danken.

<sup>1</sup> Überblick bei *Miebach*, NStZ-RR 2018, 36; zuvor *Pfister*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2008, 3; vgl. auch *Barton*, in: Barton/Dubelaar/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“, 2018, S. 207.

<sup>2</sup> *Fegert/Gerke/Rassenhofer*, Nervenheilkunde 2018, 525; *Fegert/Rassenhofer/Schneider*, Sexueller Kindermissbrauch – Zeugnisse, Botschaften, Konsequenzen, 2013; *Meißner*, Kindesmisshandlung und -vernachlässigung 2013, 146; *Louis*, Die Hatz gegen Traumatologen, EMMA v. 25.10.2017, abrufbar unter:

<https://www.emma.de/artikel/besonders-feine-kreise-334951> (22.2.2021); vgl. auch *Stang/Sachsse*, Trauma und Justiz, 2. Aufl. 2014, Kap. 6; *Pfeiffer*, Gegen die Gewalt, 2019. Zu weiteren im Folgenden nicht thematisierten Einwänden siehe *Hohoff*, NStZ 2020, 387.

der vom BGH eingeführten Nullhypothese, der Unwahrnehmung einer Aussage, klärungsbedürftig. Ursprünglich als methodisches Kriterium für die Beurteilung der Güte von Glaubhaftigkeitsgutachten formuliert, wird sie heutzutage auch von oberen Gerichten als eine quasi-Beweisregel verstanden und verwendet. Aufgrund der sie umwehenden Unklarheiten und latenter Widersprüche zur Idee der epistemischen Gerechtigkeit sollten die Nullhypothese aufgegeben und rechtliche Regelungen zur Würdigung von Beweisen von wissenschaftsmethodischen Vorgaben getrennt werden. In der Folge sollte, zweitens, deutlicher unterschieden werden zwischen Aussagen, die sich aus methodischen Gründen nicht weiter analysieren lassen, und solchen, bei denen der Wahrheits- bzw. Erlebnisgehalt in Abrede steht und die daher nicht glaubhaft sind. Drittens sollte entgegen der Rechtsprechung des BGH und des BSG der Versuch unternommen werden, den strengen Maßstab der Verifizierung von Aussagen durch Widerlegen von Alternativhypothesen durch relative Wahrscheinlichkeiten ihres Zutreffens zu ersetzen.

Des Weiteren wirft die wissenschaftliche Aussageanalyse kritisches Licht auf ein klassisches Problem des Strafverfahrensrechts: Verurteilungen aufgrund einer einzigen belastenden Aussage des Verletzten (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen). Aufgrund einer im Folgenden näher zu charakterisierenden widerlegbaren Vermutung, die durch fachgerechte Gutachten aufgestellt wird, sowie derzeitigen methodischen Grenzen der Aussageanalyse dürfte die notwendige richterliche Gewissheit über die Tatbegehung auch bei gutachterlich beglaubigten Aussagen in Abwesenheit weiterer, außerhalb der Aussage liegender Indizien nur schwer zu gewinnen sein. Der derzeitige Stand der Aussageanalyse führt mithin in folgendes Paradoxon: Einerseits verbessert der Einsatz wissenschaftlicher Methoden die Erkenntnis, andererseits geht er mit einer genaueren Bestimmbarkeit ihrer Grenzen einher. Diese liegen in Bereichen unterhalb hinreichender Gewissheit. Da sich Gerichte mangels besserer Sachkunde über wissenschaftlich taxierte Erkenntnisgrenzen nicht hinwegsetzen können, dürften trotz besserer Erkenntnismöglichkeiten regelmäßig unüberwindbare Zweifel verbleiben.

### II. Vorgaben der Leitentscheidung des BGH

Ausgangspunkt für die Erörterung bildet die Leitentscheidung des BGH aus dem Jahre 1999.<sup>3</sup> Dem vormaligen methodischen Wildwuchs, der zu einigen aufsehenerregenden Entscheidungen führte („Worms“, „Montessori“), setzte das Gericht mit Blick auf § 244 Abs. 4 StPO verbindliche methodische Vorgaben entgegen, von denen im Folgenden drei relevant sind: das hypothesengeleitete Vorgehen, die methodische Annahme der Unwahrheit der Aussage (sog. „Nullhy-

---

<sup>3</sup> BGHSt 45, 164.

pothese“) sowie die Bestätigung einer Hypothese durch Falsifizierung ihrer Alternativen. Die erste Vorgabe genießt heute große Akzeptanz, die zweite sieht sich grundsätzlicher Kritik ausgesetzt, die dritte ist vor allem wegen ihrer Strenge umstritten.

Hypothesengeleitetes Vorgehen bedeutet, die Aussage im Licht verschiedener Hypothesen zu prüfen.<sup>4</sup> Zu diesen zählen in der Regel, dass eine Aussage auf echten Erlebnissen beruhe, dass sie erlogen oder durch fehlerhafte Erinnerungen zustande gekommen sei.<sup>5</sup> Hypothesengeleitetes Vorgehen verlangt, dass jeder Einzelbefund zu allen Hypothesen in Verbindung gesetzt wird, um Verzerrungen wie confirmation bias oder die sog. prosecutors fallacy zu vermeiden (der Umstand, dass eine Person kein Alibi besitzt, mag psychologisch die Hypothese der Täterschaft stützen, ist jedoch ebenso gut mit jener der Nichttäterschaft vereinbar, weswegen er recht besehen keine der beiden Hypothesen stützt).<sup>6</sup>

Falsifizierung bedeutet, dass eine Hypothese bestätigt wird, indem die Alternativen zu ihr widerlegt werden. In den Worten des BGH: „Das methodische Grundprinzip besteht darin, einen zu überprüfenden Sachverhalt so lange zu negieren, bis die Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar ist“.<sup>7</sup> Was wie eine Reminiszenz an *Hegels* Negation der Negation klingen mag, besagt, dass die Richtigkeit einer Aussage nicht aus sich heraus bewiesen wird, sondern durch Widerlegung alternativer Erklärungen, etwa der Falschaussage oder Fehlerinnerung. Erst und nur wenn diese mit den gesammelten Fakten unvereinbar sind, gilt die zu überprüfende Aussage als wahr.<sup>8</sup> Dieses Vorgehen ist an den Falsifikationismus von *Karl Popper* angelehnt.<sup>9</sup> Es ist eine starke, wenngleich nicht die einzige Möglichkeit, eine These zu beweisen (genauer: sie vorläufig zu akzeptieren). Zudem legt der BGH auch die zu falsifizierende Hypothese fest, er fordert die Verwendung der Nullhypothese, der zufolge „der

Sachverständige [...] bei der Begutachtung zunächst [annimmt], die Aussage sei unwahr“.<sup>10</sup> Die Aufgabe der Prüfung liegt im Versuch, diese Annahme zu widerlegen. Gelingt dies, gilt die Aussage als bestätigt, scheitert es, bleibt die Unwahrannahme bestehen, sie kann nicht ausgeräumt werden. Da die Unwahrannahme mit der Unschuldsumutung „korrespondiert“ bzw. „korreliert“, kommt ihr eine gewisse Plausibilität in Verwendung in rechtlich relevanten Verfahren zu.<sup>11</sup>

### III. Kritik an Nullhypothese und Unwahrannahme

#### 1. „Enormes Unverständnis“ gegenüber Betroffenen

Gleichwohl regt sich vielfältiger Widerspruch gegen sie. In der Unwahrannahme komme ein prinzipielles Misstrauen gegenüber Aussagenden, regelmäßig Opferzeugen, zum Ausdruck; diesen werde Lüge oder Irrtum unterstellt, jedenfalls werde ihnen nicht geglaubt, ihre Sicht der Dinge werde nicht anerkannt. Insbesondere bei traumatisierten Personen könne dies Symptome verstärken und sekundäre Viktimisierung fördern.<sup>12</sup> Hierin komme ein „enormes Unverständnis“ seitens der Justiz für potentielle Verletzte vor allem von Sexualdelikten zum Ausdruck.<sup>13</sup>

Diese Kritiklinie dürfte in Teilen ein methodisches Vorgehen mit einer substanziellen Annahme bzw. einer zwischenmenschlichen Haltung verwechseln. Gutachter sind nicht gehalten, Zeugen als (bewusst oder unbewusst) unwahr aussagend zu betrachten oder zu behandeln, jedenfalls nicht mehr, als es das kritische Hinterfragen einer Aussage zwangsläufig mit sich bringt. Der BGH konkretisierte die Nullhypothese in einer Entscheidung im Folgejahr als „gedanklichen Arbeitsschritt“ bzw. eine „Prüfstrategie“ zur Be-

<sup>4</sup> Dazu *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. 2014, Rn. 292 ff. Zum Ganzen auch: *Volbert/Steller/Galow*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Bd. 2, 2010, S. 623.

<sup>5</sup> Die Aussageanalyse kann nicht Wahrheit oder Falschheit einer Aussage belegen, sondern untersucht lediglich, ob eine Aussage einen Erlebnishintergrund hat bzw. ob sie ohne einen solche ebenso hätte zustande kommen können. Gleichwohl wird v.a. in rechtlichen Beiträgen häufig von „Wahr-“ bzw. „Unwahrannahme“ gesprochen. Dies ist bei richtigem Verständnis unschädlich und wird hier beibehalten. Kritisch *Fischer*, in: Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 191 (198): „Gefahr, dass die Ebenen von Faktizität, Realität, Wirklichkeit und Wahrheit zu einem unklaren Nebel verschwimmen“.

<sup>6</sup> *Nickerson*, Review of General Psychology 1998, 175; *Thompson/Schumann*, Law and Human Behavior 1987, 167; *Singelnstein*, StV 2016, 830.

<sup>7</sup> BGHSt 45, 164 (167 f).

<sup>8</sup> BGHSt 45, 164 (168).

<sup>9</sup> *Popper*, Die Logik der Forschung, 1935.

<sup>10</sup> BGHSt 45, 164 (168); Zweifel an der Verbindlichkeit der Vorgabe bei *Fischer* (Fn. 5), S. 211.

<sup>11</sup> *Volbert*, Kindesmissbrauch und -vernachlässigung 2009, 52 (55); *Deckers*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 473 (491). Die etwas unglückliche Übernahme des Begriffs „Nullhypothese“ aus der Statistik ist oft angemerkt worden, etwa *Bender/Nack/Treuer* (Fn. 4), Rn. 298, für die methodisch-inhaltliche Kritik jedoch unbeachtlich.

<sup>12</sup> Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs, Bilanzbericht 2019, Bd. 1, S. 220.

<sup>13</sup> *Fegert/Rassenhofer/Schneider* (Fn. 2); s.a. die Angaben Betroffener gegenüber der Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs (Fn. 12), S. 216 ff. Weißer Ring Stiftung (Hrsg.), Belastungen von Opfern in Ermittlungsverfahren, 2017. Hingewiesen sei auch auf gegenläufige Erfahrungen von Verteidigungsseite, die auf ein Übermaß an „wohlgemeinter Opferempathie“ hinweist, wegen der Opferzeugen u.a. nicht kritisch vernommen werden würden, *Schroth/Deckers*, in: Widmaier/Müller/Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 49 Rn. 45; *Odebralski*, Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren, Ein Praxishandbuch, 2020, S. 43.

urteilung der Glaubhaftigkeit.<sup>14</sup> Sie muss weder die Explorationssituation prägen, noch Begutachteten gewahr werden. Ist dies dennoch der Fall, mag das auf Unsensibilitäten des Sachverständigen zurückgehen.<sup>15</sup> Diese sind vom BGH freilich nicht vorgegeben. Im Allgemeinen bedingt wissenschaftliches Vorgehen, Thesen zu beweisen, in dem sie erfolglos zu widerlegen versucht werden. In diesem Sinne sind Hypothesen eben keine argumentativen Prämissen.

## 2. Missverständnis als Beweisregel

Gleichwohl liegt in dieser Kritik ein wahrer Kern. Durch die Unwahrannahme des BGH kann es zu einer doppelten Anwendung der Unschuldsumutung kommen, ein erstes Mal auf Ebene der Aussagenanalyse, ein zweites Mal im Anschluss an die Beweiswürdigung.<sup>16</sup> Diese Verdoppelung dürfte über Gebühr pro reo und contra Verletzte wirken. Deutlich wird dies vor allem in Konstellationen, in denen mehrere Hypothesen – etwa, die Aussage sei erlebnisbasiert oder beruhe auf einer Fehlerinnerung – unwiderlegt bleiben. Aufgrund der vom BGH vorgegebenen Negationsstrategie können dann auch in allen Belangen zutreffende Aussagen *nicht* bestätigt werden, eben weil ihre Alternativen nicht verworfen werden können.<sup>17</sup> Die Aussageanalyse gelangt in solchen Fällen nicht zu eindeutigen Bewertungen (im Folgenden: nicht eindeutig bewertbare Aussage). Der Blick durch die höchstrichterliche Rechtsprechung zeigt, dass solche nicht wenigen Entscheidungen zugrunde liegen.<sup>18</sup> Typische Gründe sind etwa die Detailarmut der Aussage, wegen der keine Konstanzprüfung möglich ist, oder der Umstand, dass Betroffene den Vorfall ausführlich mit Therapeuten, Hilfeeinrichtungen oder Familienangehörigen besprochen, was zur Unwiderlegbarkeit der sog. Suggestionshypothese führt.<sup>19</sup> Die negatorische Strategie erlaubt in solchen Situationen keine eindeutigen Antworten, eine Bestätigung der Glaubhaftigkeit muss ausbleiben. Das heißt freilich nicht, dass die Aussagen falsch sind. Es indiziert dies nicht einmal. Denn der Nicht-Nachweis der Glaubhaftigkeit ist etwas anderes als der Nachweis der Nicht-Glaubhaftigkeit.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2001, 45 (46); vgl. Ott, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 261 Rn. 124.ggf. prüfen, siehe Jahr!

<sup>15</sup> Siehe dazu Fegert/Gerke/Rassenhofer (Fn. 2), aber auch die Replik von Volbert/Schemmel/Tamm, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2019, 108.

<sup>16</sup> Meißner, Kindesmisshandlung und -vernachlässigung 2013, 146 (152); Plaum, Kindesmisshandlung und -vernachlässigung 2009, 4.

<sup>17</sup> Etwa Köhnken, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Bd. 3, 2018, S. 25 (27).

<sup>18</sup> Ein gerichtlich vielbeauftragter Gutachter schätzt den Anteil dieser Fälle auf rund ein Drittel, persönliche Korrespondenz mit dem Verf.

<sup>19</sup> Zuletzt etwa BGH, Urt. v. 8.7.2020 – 5 StR 80/20; Deckers, in: Deckers/Köhnken (Fn. 17), S. 181; Stang/Sachsse (Fn. 2), Kap. 6; zum daraus folgenden „traumatherapeutischen Dilemma“ Bublitz, Ethik in der Medizin 2020, 65.

An dieser interdisziplinären Schnittstelle im Übergang von Aussagemethodologie zu Beweisrecht beginnen Ungenauigkeiten und Missverständnisse. Zunächst ist zu fragen, wie nicht eindeutig bewertbare Aussagen richtig zu beschreiben sind. Oftmals finden sich Formulierungen der Art, „die Unwahrannahme konnte nicht widerlegt“ werden. Auf diese drängt sich eine Beweiswürdigung, nach der Zweifel an der Tatbegehung nicht ausgeräumt werden konnten, geradezu auf. Vergleichen wir diese etwa mit folgender Feststellung: „Die Annahme der Wahrheit der Aussage konnte nicht widerlegt werden“. Würde auf eine so gewürdigte Belastungsaussage ein Freispruch ergehen, erscheint die Beweiswürdigung zumindest lückenhaft. Doch innerhalb der Falsifikationslogik ist der Gehalt beider Feststellungen gleich. Sofern sie zu unterschiedlichen Folgerungen verleiten, wirkt ein Framing-Effekt pro reo.<sup>20</sup> Vorzugswürdig wäre daher eine neutrale, auf Grenzen der Methodik verweisende Beschreibung: Eine Beurteilung der Aussage sei aus methodischen Gründen nicht möglich, was weder Wahrheit noch Unwahrheit präjudiziere.

Dieser psychologische Effekt geht mit Missverständnissen der ursprünglich als methodisches Gütekriterium für Gutachten formulierten Nullhypothese als Beweisregel einher. Dafür drei Beispiele. Das OLG Brandenburg gibt die Vorgaben des BGH wie folgt wieder: „Der Tatrichter muss daher im Wege einer umfassenden Gesamtwürdigung alle möglicherweise entscheidungsbeeinflussenden Umstände darstellen und in seine Überlegungen einbeziehen, insbesondere ist die Aussage des einzigen Belastungszeugen einer sorgfältigen Glaubhaftigkeitsprüfung zu unterziehen [...]. Grundsätzlich ist in Aussage-gegen-Aussage-Fällen davon auszugehen, dass die Aussage des Belastungszeugen unwahr ist.“<sup>21</sup> Hier wird die Annahme zu einer Beweisregel, die nicht nur die Methodik der Glaubhaftigkeitsprüfung betrifft, sondern die Gesamtwürdigung. Doch das ist irrig: Auch in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen ist *nicht* davon auszugehen, dass eine belastende Aussage unwahr ist.

Das OLG Nürnberg schreibt, dass das Tatgericht die für den Angeklagten „streitende Unschuldsumutung zutreffend unter dem Gesichtspunkt der Unglaubhaftigkeitshypothese in den Blick genommen“ habe.<sup>22</sup> Diese Formulierung lässt die Vermischung von Beweisregeln, Entscheidungsregeln und Aussagemethodik besorgen. Ähnlich das OLG Frankfurt in einer Zivilsache: „Es ist deshalb erforderlich [...] in erster Linie Anhaltspunkte zu finden, die dafürsprechen, dass die Auskunftsperson die Wahrheit sagt [...]. Dabei nimmt man zunächst an, die Aussage sei unwahr (sog. ‚Nullhypothese‘). [...] Dies bedeutet, dass jede Zeugenaussage solange als unzuverlässig gilt, als die Nullhypothese nicht eindeutig

<sup>20</sup> Die Formulierung der Optionen ist rational invariant, darf sich also durch die Darstellung nicht ändern. Psychologisch tut sie dies dennoch. Klassisch Tversky/Kahneman, Science 4481 (1981), 453.

<sup>21</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.11.2019 – (1) 53 SS 104/19 (72/19), Rn. 11.

<sup>22</sup> OLG Nürnberg NJW 2010, 37922 (3794).

widerlegt ist.“<sup>23</sup> Auch hier wird der rein „gedankliche Arbeitsschritt“ zu einer substanziellen Annahme über die Bewertung einer Aussage. Vor dem Hintergrund dieser gerichtlichen Ausführungen verwundert es nicht, dass dieses Verständnis der Nullhypothese von Verteidigerseite aufgegriffen wird. In einem Handbuch heißt es, „die Aussage des Belastungszeugen [ist] an der Nullhypothese zu messen. Solange diese nicht zweifelsfrei widerlegt werden kann, gilt die Aussage als unwahr“.<sup>24</sup>

Hier droht die Hypothese in der Tat zur Prämisse zu werden.<sup>25</sup> Somit möge der BGH präzisieren: Ist die Nullhypothese eine bei Würdigung der Aussage zu berücksichtigende Beweisregel, derzufolge belastende Aussagen als unwahr anzusehen sind, sofern deren Glaubhaftigkeit aussageanalytisch nicht bestätigt wurde? Als solche scheint sie jedenfalls in praxi mitunter verstanden zu werden. Dieses Verständnis führt dazu, dass nicht positiv beglaubigten Aussagen keinerlei Beweiswert zukommt. Das dürfte falsch sein.

### 3. Epistemische Gerechtigkeit im Strafverfahren

Die Verwendung der Unwahrannahme als Beweisregel führt zu dem von Opfervertretern monierten Nichtglauben von Betroffenen. Dieser Vorwurf lässt sich durch die Idee der *epistemischen Gerechtigkeit* rekonstruieren. Sie ist eine Form der politischen Gerechtigkeit, die seit einigen Jahren erhöhte Aufmerksamkeit in der Philosophie erfährt und sich auch zur Analyse des Rechts anbietet. Sie betrifft Ungleichbehandlungen von Personen als Wissenssubjekte, etwa in Bezug auf die Anerkennung ihres Wissens, dem Einräumen von Möglichkeiten zum Mitteilen ihres Wissens, dem Ernstnehmen ihrer Aussagen oder der Zuschreibung entsprechender geistiger Fähigkeiten.<sup>26</sup> Ein zentraler Aspekt sind Ungleichbehandlungen in Bezug auf Zuschreibungen von Glaubhaftigkeit. Einer Person oder Gruppe prinzipiell mehr oder weniger Glauben als einer anderen zu schenken, ohne dass dafür epistemische Gründe sprechen, ist ein paradigmatischer Fall einer Verlet-

zung.<sup>27</sup> Diese Idee bietet eine interessante Folie zur Analyse des Strafprozesses. Ein Gebot zur Achtung epistemischer Gerechtigkeit findet sich im Strafverfahrensrecht zwar nicht ausdrücklich, doch Ansätze sind in verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Prinzipien angelegt. Im Strafprozess wird man epistemische Gerechtigkeit so verstehen können, dass jedem Beteiligten *prima vista* gleiche Chancen zukommen müssen, die Überzeugungsbildung des Gerichts zu beeinflussen. Eben dies lässt sich aus dem Gebot des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG),<sup>28</sup> dem Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), der Notwendigkeit der Unvoreingenommenheit und Neutralität des Gerichts sowie dem aus der EMRK abgeleiteten Grundsatz der Waffengleichheit folgern.<sup>29</sup> Das BVerfG schreibt: „Der Anspruch auf rechtliches Gehör fordert, dass das erkennende Gericht die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis nimmt und in Erwägung zieht. Maßgebend für diese Pflichten des Gerichts ist der Gedanke, dass der Verfahrensbeteiligte Gelegenheit haben muss, durch einen sachlich fundierten Vortrag die Willensbildung des Gerichts zu beeinflussen.“<sup>30</sup> Diese Sicht entspricht auch der gesellschaftlichen Erwartung an Gerechtigkeit und Neutralität der Justiz. Epistemische Gleichheit betrifft also gleiche geistige Einwirkungsmöglichkeiten auf die Überzeugungsbildung des Gerichts durch Stellungnahmen zur Sache. Nicht betrifft sie hingegen die Vornahme anderer Verfahrenshandlungen oder Konsequenzen für den Fall, dass die Überzeugungsbildung über Zweifel nicht hinausgelangen konnte. Epistemische Gleichheit steht daher nicht in Widerspruch zum *in-dubio*-Grundsatz.

Konkret folgt aus epistemischer Gerechtigkeit etwa, dass Aussagen und Einlassungen nicht allein aufgrund der prozessualen Rollen der Beteiligten stärker oder schwächer gewichtet werden dürfen. Auch allgemeine Befunde über die Häufigkeit von Fehlbezeichnungen bei bestimmten Delikten der Art, Männer würden bei Sexualdelikten besonders häufig oder selten die Wahrheit sagen, dürfen den Wert einer konkreten Belastungsaussage nicht berühren. Vielmehr muss der Ausgangspunkt in der Gleichwertigkeit aller Aussagen bzw. Einlassungen liegen.<sup>31</sup> Dieser Gedanke findet sich in der

<sup>23</sup> OLG Frankfurt, NJW-RR 2013, 664; vgl. auch OLG Hamburg, Urt. v. 14.10.2016 – 9 U 96/16: „Die Angaben des Zeugen sind derart widersprüchlich und unzuverlässig, dass sie in keiner Weise geeignet sind, den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsatz der sog. Nullhypothese, d.h. der Annahme, dass die Zeugenaussage zunächst einmal als unwahr zu betrachten ist, zu widerlegen“.

<sup>24</sup> Odebralski (Fn. 13), S. 48.

<sup>25</sup> Nach Eschelbach, in: Fischer/Hoven (Hrsg.), Verdacht, 2016, 29 (36), würden Tatrichter die Nullhypothese zunehmend erwähnen, aber die Beweiswürdigung davon nicht beeinflussen lassen. Auch das spricht dafür, dass ein angemessener Umgang mit ihr noch nicht gefunden wurde.

<sup>26</sup> Der Begriff geht zurück auf Fricker, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, 2007, S. 1: „a wrong done to someone specifically in their capacity as knower. I call them *testimonial* and *hermeneutical injustice*. Testimonial injustice occurs when prejudice causes a hearer to give a deflated level of credibility to a speaker’s word“.

<sup>27</sup> Ein anderer Anwendungsfall ist erhöhtes Vertrauen in Aussagen von Berufszeugen, dazu Theun, *Polizeibeamte als Berufszeugen in Strafverfahren*, 2019.

<sup>28</sup> „Der Einzelne soll [...] als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen [...] können“, BVerfGE 107, 395 (409).

<sup>29</sup> Dazu Safferling, *NStZ* 2004, 181. Die Waffengleichheit ist epistemisch, insofern sie sich auf „Parität des Wissens“ bezieht. Dies ist unschwer auf „Parität von Einwirkungschancen“ auszudehnen. Sie ist in Strafverfahren freilich weniger ausgeprägt als im Zivilverfahren, im Grundsatz jedoch auch dort anerkannt, etwa BVerfG NJW 2013, 1058; Lohse/Jakobs, in: Hannich (Fn. 14), EMRK Art. 6 Rn. 48; „materiell substanziell gleiche Einflusschance“, Gaede, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 3/2, 2018, EMRK Art. 6 Rn. 302.

<sup>30</sup> BVerfG NVwZ-RR 2002, 802.

<sup>31</sup> Schroth/Deckers (Fn. 13), § 49 Rn. 40.

Rechtsprechung des BGH, auch in Strafsachen, und lässt sich als Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes in epistemischer Hinsicht verstehen.<sup>32</sup> Zwar gilt die Waffengleichheit primär im Verhältnis von Anklage zu Verteidigung und nur in Ansätzen zwischen letzterer und der Nebenklage.<sup>33</sup> Epistemische Gerechtigkeit sollte jedoch prima facie auch Nebenkläger umfassen, da ihnen Anspruch auf rechtliches Gehör im weiteren Sinne zukommt (§ 397 Abs. 1 StPO).<sup>34</sup> Das Institut der Nebenklage bezweckt geradezu die Sicherung epistemischer Zwecke, sie soll die Möglichkeit verschaffen, die eigene Sicht darzulegen und sich gegen Leugnung oder Verharmlosung eigener Verletzungen zu wehren.<sup>35</sup> Ohne die Unterschiede in prozessualen Rollen der Beteiligten zu verkennen, müssen die Chancen zur geistigen Einwirkung auf die Überzeugungsbildung des Gerichts durch eine Aussage zunächst gleich sein. Diese sind sodann freilich auch im Lichte unterschiedlicher Interessen zu würdigen.

Eine Unwahrannahme, nach der belastende Aussagen im Ausgangspunkt als unzutreffend gelten, verletzt demnach die epistemische Gleichheit, sie benachteiligt Nebenkläger in den Chancen zur Anerkennung ihrer Sicht, ohne dass dies vom Zweifelssatz geboten wäre (er gilt auf anderer Stufe). Die Ungleichbehandlung zeigt sich vor allem bei nicht eindeutig bewertbaren Aussagen, die als unwahr angesehen werden, obwohl dafür *nichts* sprechen muss, außer dass Alternativen nicht widerlegt werden können. Gegen eine Ungleichbehandlung ließe sich anführen, dass die Unwahrannahme alle Aussagen gleichermaßen betreffe. Doch dies stimmt in mehrerer Hinsicht nicht: Empirisch gibt es nicht zu jeder Belastungsaussage eine entlastende Einlassung, u.a. weil Angeklagte regelmäßig schweigen. Zudem werden fast ausschließlich Belastungsaussagen gutachterlich überprüft.<sup>36</sup> Insbesondere soll einer jüngeren Bemerkung des BGH zufolge die Nullhypothese bei Einlassungen von Angeklagten gerade nicht gelten.<sup>37</sup> Deswegen betrifft die Unwahrannahme vor allem Belas-

tungsaussagen, was im Lichte epistemischer Gleichheit problematisch ist. Im Grundsatz sind alle über den Zweifelssatz hinausgehenden Annahmen, die bestimmte Gruppen oder Beteiligte strukturell de iure oder de facto in der Anerkennung ihrer Sicht benachteiligen, rechtfertigungsbedürftig. Als Rechtfertigungen kommen vorrangig epistemische Ziele, die Förderung der Wahrheitsfindung, in Betracht. Diese liegen bei Ungleichbehandlung durch die Unwahrannahme jedenfalls nicht auf der Hand.

#### 4. Freie Beweiswürdigung

Vielmehr greift die Unwahrannahme auch in die Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung ein, ohne dass dies zur Sicherung der Rationalität geboten erscheint – im Gegenteil.<sup>38</sup> Sie gleicht keine typischen Mängel oder Fehler in der Beweiswürdigung aus. Stattdessen schafft sie eine Sonderregel für die Aussagewürdigung. Im Allgemeinen gilt, dass der indubio-Satz nicht auf einzelne Indizien anzuwenden ist. Warum die Erkenntnisziele eine Ausnahme bei der Würdigung von belastenden Aussagen nahelegen, wäre zu erklären. Die Leitentscheidungen des BGH schweigen dazu. *Fischer* bezeichnet die Nullhypothese dementsprechend als „Fremdkörper“.<sup>39</sup> In der Sache dürfte Tatrichtern mehr geholfen sein, wenn Sachverständige verschiedene Hypothesen und die jeweils für und gegen sie sprechenden Umstände ohne Vorprägung oder Vorannahmen darlegen, denn diese sind gerichtlich zu würdigen. Auch dem Schrifttum zufolge soll der Unwahrannahme keine eigenständige Bedeutung neben der Unschuldsumutung zukommen.<sup>40</sup> Dann spricht vieles dafür, sie nicht ab initio anzunehmen, sondern allein als Entscheidungsregel anzusehen, die bei verbleibenden Zweifeln nach abgeschlossener Beweiswürdigung zur Anwendung gelangt.<sup>41</sup> Nach alledem: Die Idee der epistemischen Gerechtigkeit sowie die Grundsätze der Beweiswürdigung sprechen gegen ein Verständnis der Nullhypothese als Beweisregel.<sup>42</sup> Un-

noch Belastungsaussagen im Ausgangspunkt als unwahr anzusehen.

<sup>38</sup> Verfassungsrechtlich ist eine Beschränkung der freien Überzeugungsbildung durch Grundsätze der Beweiswürdigung grundsätzlich zulässig, aber eben zur Sicherung rationaler Ergebnisse, mithin zur Förderung epistemischer Ziele, vgl. BVerfG NJW 2003, 2444 (2445).

<sup>39</sup> *Fischer* (Fn. 5), S. 213.

<sup>40</sup> *Ott* (Fn. 14), § 261 Rn. 128.

<sup>41</sup> So die ständige Rspr. und h.M., BGH NStZ 2012, 171; BGH NStZ-RR 2017, 183 (184); *Liebhart*, NStZ 2016, 134, m.w.N.

<sup>42</sup> Aus Verteidigersicht ist einzuwenden, dass die Nullhypothese de facto als Korrektiv einer weitverbreiteten gerichtlichen Haltung *contra reum* fungiert, v.a. in Sexualstrafsachen. Sie sichert die Unschuldsumutung gegenüber punitiven Gerichten. Jedenfalls anekdotisch spricht einiges für die Richtigkeit dieser Berichte, in Hamburg liegt die Freispruchquote in Sexualstrafsachen bei 5 %, *Pfeiffer* (Fn. 2), S. 52. Dieser Wert ist jedoch bundesweit nicht repräsentativ, aus feministischer Sicht wird auf niedrige Verfolgungsquoten hingewiesen, zu allem *Hoven*, NK 2018, 392; *Barton*, in:

<sup>32</sup> Der BGH deutet dies an in BGH NStZ 2004, 635 (636); BGH NStZ-RR 2005, 45.

<sup>33</sup> Dazu ablehnend BGHSt 30, 309 (311). Zur Stellung von Verletzten im Strafverfahren siehe etwa die Beiträge in Abraham/Bublitz/Geneuss/Krell/Wegner (Hrsg.), *Verletzte im Strafrecht*, 2020.

<sup>34</sup> Nach h.M. ist dies kein Anspruch gem. Art. 103 Abs. 1 GG, etwa *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, Vor § 395 Rn. 7.

<sup>35</sup> *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Aufl. 2020, Vor § 395 Rn. 1. *aktual*.

<sup>36</sup> So ein anerkannter, viel zitierter Gutachter in persönlicher Korrespondenz; siehe auch *Schmuck/Brügge-Niemann*, NJOZ 2014, 601.

<sup>37</sup> BGH, Beschl. v. 26.5.2020 – 5 StR 27/20. Andererseits heißt es in ständiger Rspr.: „An die Bewertung der Einlassung eines Angekl. sind die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Beurteilung von Beweismitteln“; BGH NStZ-RR 2017, 183 (184), BGH NStZ-RR 2004, 88; BGH NStZ-RR 2005, 45 (46). Man wird richtigerweise sagen müssen: Weder sind Einlassungen in dubio als wahr zu unterstellen,

wahrnehmung und Unschuldsvermutung lassen sich analytisch trennen und sollten getrennt werden.<sup>43</sup>

## 5. Alternative: Gleichrangigkeit

Die Alternative zur Nullhypothese liegt in der Gleichrangigkeit nicht falsifizierbarer Hypothesen i.R.d. Aussageanalyse – es ist mithin von *keiner* Hypothese auszugehen, aber gleichwohl hypothesengeleitet vorzugehen, indem unterschiedliche Hypothesen geprüft werden. Sofern sich Hypothesen nicht auf eine verengen lassen (wie bei nicht eindeutig bewertbaren Aussagen), greift keine Unwahrnehmung, sondern mehrere Hypothesen bleiben offen. Diese sind in die weitere Beweiswürdigung einzustellen.

Es ist demnach wie folgt zu differenzieren. Die Aussageanalyse kann zwei primäre Ergebnisse erbringen: Entweder eine der untersuchten Hypothesen – Erlebnisbezug, Unwahrheit, Suggestion, etc. – kann durch Falsifizierung ihrer Alternativen bestätigt werden (eindeutig bewertbare Aussagen), oder dies ist nicht der Fall, weil mindestens eine Alternative verbleibt (nicht eindeutig bewertbare Aussagen). Beide Konstellationen sind begrifflich auseinanderzuhalten. Derzeit scheint etwa ein „negatives“ Gutachten manchmal unwahre Aussagen der ersten und manchmal nicht eindeutig bewertbare Aussagen der zweiten Gruppe zu bezeichnen.<sup>44</sup> Das macht einen Unterschied etwa bei der Frage, ob Gerichte von einem Gutachten abweichen (was erhöhte Begründungslasten auslöst). Zur Klarheit wird im Folgenden von „positiven Gutachten“ gesprochen, wenn Alternativen zur Wahrnehmung ausgeschlossen werden können, es sich also um eine glaubhafte Aussage handelt. Bei einer nicht eindeutig bewertbaren Aussage darf das Gericht nicht von ihrer Unwahrheit ausgehen, sondern muss sich mit den unwiderlegten Hypothesen im Rahmen der Beweiswürdigung im Lichte der gesamten Beweissituation und unter Berücksichtigung anwendbarer Beweislasten und Beweismaße auseinandersetzen. Der Zwei-

felssatz findet selbstverständlich Anwendung, aber eben erst im Anschluss an die Beweiswürdigung, nicht am Anfang.<sup>45</sup>

## 6. Verdichtung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen?

Es mag einwendet werden, dass sich jedenfalls in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen die Anforderungen des BGH an eine Verurteilung eben doch zu einer Beweisregel verdichten. Doch auch das ist nicht klar. Der BGH fordert in dieser Konstellation eine „besondere Glaubhaftigkeitsprüfung“. Dass dies die Unwahrnehmung miteinschließt, ist soweit ersichtlich nicht entschieden. In den zahlreichen einschlägigen Entscheidungen findet diese jedenfalls keine ausdrückliche Erwähnung.<sup>46</sup> Die Anforderungen des BGH lassen sich daher auf verschiedene Weise lesen:

1. In Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen greift eine spezielle Beweisregel, nach der Belastungsaussagen als unwahr anzusehen sind, es sei denn ihre Wahrheit ist positiv beglaubigt. Folglich kann bei nicht eindeutig bewertbaren Aussagen keine Verurteilung erfolgen.<sup>47</sup>
2. Bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen muss die Glaubhaftigkeit besonders sorgfältig und umfassend geprüft werden. Das ist eine den Grundsatz der Sachaufklärung konkretisierende Verfahrensvorgabe (§ 244 Abs. 2 StPO). Wenn diese Prüfung durchlaufen ist, können Aussagen jedoch frei gewürdigt werden. Die Würdigung von nicht eindeutig bewertbaren Aussagen wird nicht präjudiziert.
3. Auch nicht positiv beglaubigten Aussagen kommt ein Beweiswert zu. Allerdings ist dieser gering. In Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen verbleiben regelmäßig so gewichtige Zweifel, dass die für eine Verurteilung hinreichende Überzeugung nicht gewonnen werden kann, sofern die Belastungsaussage nicht positiv beglaubigt werden kann. Verbleibende Restzweifel dürften regelmäßig entscheidungserheblich sein.<sup>48</sup>

---

Rotsch/Brüning/Schady (Hrsg.), Strafrecht – Jugendstrafrecht – Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015, 2015, S. 41. Das Problem wäre kriminologisch aufzuarbeiten und ihm müsste anders begegnet werden.

<sup>43</sup> So wohl auch *Steller*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2020, 188 (196): „auf die Metapher der ‚Nullhypothese‘ kann verzichtet werden“; ebenso *Menges*, in: Dencker/Galke/Voßkuhle (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tolksdorf, 2014, S. 313 (321).

<sup>44</sup> Diese Unterscheidung hat u.a. Bedeutung i.R.d. § 244 Abs. 4 StPO, demzufolge ein Antrag abgelehnt werden kann, wenn die gegenteilige Behauptung bereits erwiesen ist. Gelangt ein Gutachten zu einem nicht eindeutigen Ergebnis und wird ein weiteres beantragt, kann dies nicht gem. § 244 Abs. 4 StPO abgelehnt werden, da eine nicht eindeutig begutachtbare Aussage nicht das Gegenteil einer inhaltlich richtigen ist. Dazu BGH, Urt. v. 12.7.2017 – 1 StR 408/16. Eine Ablehnung könnte erfolgen, weil auch das zweite Gutachten die bereits festgestellten methodischen Grenzen nicht überwinden kann (§ 244 Abs. 3 Nr. 4).

---

<sup>45</sup> Dass der Zweifelssatz erst i.R.d. Beweiswürdigung zum Tragen kommt und nicht bei der Bewertung einzelner Beweismittel, ist h.M., siehe etwa BGH, Urt. 16.12.2015 – 1 StR 423/15.

<sup>46</sup> Es stünde der Natur des „gedanklichen Prüfungsschritts“ auch entgegen. Dazu, dass Gerichte die Nullhypothese nicht anwenden müssen, auch *Nack*, StV 2002, 558 (560). Anderes deutet an BGH, Beschl. v. 26.5.2020 – 5 StR 27/20: „nur für belastende [...] Aussagen geltende“ Nullhypothese.

<sup>47</sup> Eine inverse Formulierung bei *Bender/Nack/Treuer* (Fn. 4), Rn. 300: Der Ausgangspunkt der als „unrichtig unterstellten [belastenden] Aussage“ habe den „Nebeneffekt, dass er die Entscheidungsregel in-dubio [...] stützt: Gelangt man nicht zu einer sicher wahren Aussage, kann sie einer Verurteilung auch nicht als wahr zugrundegelegt werden“.

<sup>48</sup> Der BGH scheint es jedenfalls für möglich zu halten, bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen ohne positive Beglaubigung verurteilen zu können, so wohl BGH, Beschl. v. 22.5.2012 – 5 StR 15/12.

Die Varianten 2 und 3 ergänzen einander und besitzen den Vorteil, keine systemwidrigen Beweisregeln und kontrafaktischen Unwahrnahmen aufzustellen und ohne Sonderregeln für Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen auszukommen. Zudem wahren sie die Idee der epistemischen Gerechtigkeit. Eine neutrale Haltung anstelle der Unwahrnehmung könnte Legitimitätszweifeln an der Strafjustiz entgegenwirken, ohne die Unschuldsvermutung preiszugeben. Sie ist somit vorzugswürdig.

#### IV. Falsifizierung versus relative Wahrscheinlichkeiten

Die bisherige Erörterung samt Abkehr von der Nullhypothese führt zu mehr begrifflicher Klarheit, nicht aber zu inhaltlichen Veränderungen von Glaubhaftigkeitsbeurteilungen. Diese treten erst bei Verschiebung der Maßstäbe der Beurteilung auf. Auch das setzt jedoch die Entkoppelung von prozessualen Beweisstandards und der Methodik der Aussagenanalyse voraus. Für diese Trennung sprechen insbesondere Verfahren, bei denen erleichterte Maßstäbe gelten, etwa i.R.d. Opferentschädigungsgesetzes. Dort kann gem. § 6 Abs. 3 i.V.m. § 15 KOVwVfG die Glaubhaftmachung, das „Dartun einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ ausreichen. In diesem Zusammenhang ergingen mehrere Urteile des BSG bezüglich der dritten Vorgabe des BGH, die Bestätigung einer Aussage durch Falsifizierung ihrer Alternativen. Dieser Methodik ist immanent, dass eine Bestätigung ausbleiben muss, solange mehrere Hypothesen nicht falsifizierbar sind. Dies wirft die Frage auf, ob ein weniger strenger Maßstab angelegt werden kann, der statt binärer Ja/Nein-Antworten auch relative Wahrscheinlichkeiten zu geben vermag, indem einzelne Hypothesen als deutlicher wahrscheinlicher als ihre Alternativen ausgewiesen werden.

Die Angabe solcher „relativer Wahrscheinlichkeiten“ forderte das BSG in einer ersten Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2013.<sup>49</sup> Es legte dar, dass der in OEG-Verfahren oftmals anwendbare Beweismaßstab der Glaubhaftmachung anspruchloser sei als die Falsifikation von Alternativhypothesen.<sup>50</sup> Daher gab es Instanzgerichten auf, den „Sachverständigen mithin auf den insoweit geltenden Beweismaßstab hinzuweisen und mit ihm zu klären, ob er sein Gutachten nach den insoweit maßgebenden Kriterien erstatten kann“. Anstatt nach „(sehr) hoher Wahrscheinlichkeit“ sei nach „relativer Wahrscheinlichkeit“ zu fragen.<sup>51</sup> Statt Hypothesen auszuschließen, soll die Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit beziffert werden.

Damit fordert das BSG in der Sache ebenfalls eine Befreiung der Aussagenanalyse vom strafrechtlichen Zweifelsatz. Jedoch konnte diese Forderung in nachfolgenden OEG-Verfahren vor Landessozialgerichten offenbar nicht umgesetzt werden. Sachverständige hielten die Angabe relativer Wahrscheinlichkeiten aus methodischen Gründen für nicht möglich. Unter dem Eindruck dieser Kritik gab das BSG die methodische Forderung nur drei Jahre später wieder auf. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 führte es aus: „Aussa-

gepsychologische Gutachten sind von ihrer Logik her nicht darauf ausgerichtet, die differentielle Wahrscheinlichkeit von alternativen Hypothesen zu prüfen“.<sup>52</sup> Ein der Entscheidung zugrundeliegendes Gutachten weist darauf hin, dass Methodik der Begutachtung und der Falsifizierbarkeitsmaßstab nicht dem Recht entstammten, sondern wissenschaftlich vorgegeben seien, sie folgten Geboten der Logik und wissenschaftlicher Inferenzregeln.<sup>53</sup>

Daran ist zutreffend, dass die Maßstäbe nicht dem Recht entnommen wurden, sondern sich in der Fachwissenschaft gebildet haben. Deren Methodik kann vom BSG nicht ex cathedra umgeworfen werden. Andererseits ist diese Replik in ihrer Allgemeinheit wissenschaftstheoretisch unzutreffend, jedenfalls ungenau. Das Falsifikationsprinzip ist nicht die einzige Möglichkeit zur Erlangung wissenschaftlich beglaubigter Erkenntnisse. Falsifizierbarkeit mag als eine notwendige Eigenschaft wissenschaftlicher Aussagen angesehen werden, die tatsächliche Falsifikation ihrer Alternativen ist es aber nicht. Wissenschaftstheoretisch sei nur auf die Möglichkeit abduktiver Schlüsse auf die beste Erklärung hingewiesen. Diese setzten nicht den Ausschluss alternativer Erklärungen voraus, sondern lediglich, dass von mehreren möglichen Erklärungen für das Explanandum eine als die beste (wahrscheinlichste, anspruchloseste, mit anderen Erklärungen konsistente) Erklärung ausgewiesen werden kann. Dieser Standard ist weicher. Prinzipielle wissenschaftstheoretische Einwände gegen die Forderung des BSG bestehen somit nicht.

Allerdings mag es sein, dass die spezifische Methodik der Aussageanalytik solche abduktiven bzw. relativen Schlüsse nicht ermöglicht. Das wäre entsprechend darzulegen. Die BSG-Entscheidung verweist diesbezüglich lediglich auf Gutachten, ohne die angeführten Gründe mitzuteilen. Gegen die Unmöglichkeit relativer Schlüsse spricht, dass offenbar bereits heute entsprechend verfahren wird. So dürften sich Hypothesen nur in wenigen Fällen in einem strengen Sinn falsifizieren lassen, etwa weil aufgrund mangelnder Kompetenz oder Kenntnisse des Zeugen eine bestimmte Aussage ohne Erlebnisbezug nahezu unmöglich ist. In den meisten Fällen dürfte es sich jedoch um probabilistische Zurückweisungen von Hypothesen handeln.<sup>54</sup> Dies liegt u.a. nahe, weil viele der in der Aussagenanalyse in Bezug genommenen Befunde etwa der Gedächtnisforschung auf Normalitätsannahmen („gedächtnistypische Leistung“) beruhen. Testungen gegen solche Standards erlauben ohnehin lediglich Vermutungen mit hoher oder niedriger Wahrscheinlichkeit. Zudem finden sich unter den (paraphrasierten) Wiedergaben von Feststellungen der Sachverständigen in Urteilen Formulierungen der Art, es erscheine unwahrscheinlich, dass dieses oder jenes der Fall gewesen sei. Eben solche Wahrscheinlichkeitsangaben dürf-

<sup>52</sup> BSG, Urt. v. 15.12.2016 – B 9 V 3/15 R, Rn. 45.

<sup>53</sup> So die Ausführung eines Sachverständigen, wiedergegeben in LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 29.1.2015 – L 10 VE 28/11, Rn. 57 ff.

<sup>54</sup> So auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 1429: „allenfalls Wahrscheinlichkeitsaussagen“.

<sup>49</sup> BSG, Urt. v. 17.4.2013 – B 9 V 1/12, Rn. 48 ff.

<sup>50</sup> BSG, Urt. v. 17.4.2013 – B 9 V 1/12, Rn. 57

<sup>51</sup> BSG, Urt. v. 17.4.2013 – B 9 V 1/12, Rn. 58.

ten sich im Vergleich mit alternativen Erklärungen herausgebildet haben, mithin relativ sein. Ferner scheint unter Experten derzeit keine Einigkeit über die vom BSG angenommene Unmöglichkeit der Angabe relativer Wahrscheinlichkeiten zu herrschen.<sup>55</sup> Weitere Forschung und Klärungen innerhalb der Fachwissenschaft sind daher anzuregen.

Aus diesen Gründen könnte sich die zweite Entscheidung des BSG als voreilig erweisen. Jedenfalls sollte sie nicht als Hemmnis für methodische Weiterentwicklungen in Richtung relativer Angaben verstanden werden, auch sollten Gutachter nicht mit Verweis auf „Gewissheiten“ angeleitet werden.<sup>56</sup> Ebenso wenig sind Gutachten, die relative Erwägungen anstellen, eo ipso methodisch fehlerhaft.<sup>57</sup> Sollte sich die Angabe relativer Wahrscheinlichkeiten als möglich erweisen, ist dies auch für Begutachtungen im Rahmen von Strafverfahren anzuregen und der strengere Maßstab der Falsifizierbarkeit aufzugeben. Die Beweiswürdigung bleibt Aufgabe des Tatrichters; der Sachverständige liefert entsprechende Feststellungen. Die Angabe relativer Wahrscheinlichkeiten ist dabei hilfreicher als Nichtfeststellungen aufgrund strengerer Maßstäbe.

#### V. Verhältnis der freien Beweiswürdigung zu Sachverständigengutachten

Damit ist eine letzte, vom BGH wiederholt behandelte Themenstellung angesprochen, das Verhältnis des Gutachtens zur freien Beweiswürdigung.<sup>58</sup> Das Tatgericht hat zunächst zu prüfen, ob das Gutachten fachgerecht ist. Diese liefern ein Indiz für die Würdigung der begutachteten Aussage,<sup>59</sup> welche freilich „ureigene Aufgabe“ des Tatgerichts bleibt und mit der Annahme verbunden ist, dass das Gericht über die dafür notwendige Sachkunde tatsächlich verfüge. Das Hinzuziehen eines Sachverständigen sei nur dann geboten, wenn der Sach-

verhalt solche Besonderheiten aufweist, die Zweifel an der Sachkunde aufkommen lassen, etwa bei Gedächtnisbesonderheiten oder psychischen Erkrankungen. Die Annahme hinreichender Sachkunde ist keine evidenzbasierte Vermutung, sondern eine rechtliche Fiktion: Wie treffsicher Gerichtliche Aussagen würdigen, ist nicht bekannt. Zwar mag die Annahme der Sachkunde aufgrund rechtsinterner Erwägungen (Prozessökonomie) gerechtfertigt sein, doch darf sie nicht darüber hinwegtäuschen, dass Sachverständige regelmäßig über die höhere Sachkunde verfügen, wenngleich auch die Validität ihrer Methodik nur grob einschätzbar ist (sogleich).<sup>60</sup> Gerichte wenden im Grunde nur eine vereinfachte Version der aussagepsychologischen Methodik an.<sup>61</sup> Daher sind im Lichte der Erkenntnisziele fachgerechte Sachverständigengutachten gerichtlichen Einschätzungen der Glaubhaftigkeit vorzuziehen.

Der Hinweis, Tatgerichte dürften sich Gutachten nicht lediglich zu eigen machen,<sup>62</sup> soll vor allem sicherstellen, dass kein wesentlicher Teil der ureigenen Aufgabe delegiert oder ausgelagert wird, und Entscheidungen Gutachten bloß referierend wiedergeben werden.<sup>63</sup> Die Würdigung der Aussage obliegt weiterhin dem Gericht, es hat Gutachten eigenständig zu durchdenken und Schlüsse zu ziehen. Diese dürfen von denen der Sachverständigen abweichen, eine direkte Bindungswirkung besteht aufgrund der freien Beweiswürdigung nicht.<sup>64</sup> Allerdings ersetzt das Gericht damit eine im Allgemeinen bessere Erkenntnisquelle durch eine schlechtere. Deswegen ist darzulegen, in welchem Punkt das Gutachten fehlt.<sup>65</sup> Das Gericht kann dieses also nicht einfach übergehen oder dessen Befunde durch eine eigene Beurteilung ersetzen. Es muss ersichtlich werden, so auch der BGH, dass das Tatgericht „das bessere Fachwissen für sich in Anspruch nimmt“.<sup>66</sup>

Dies gilt auch beim Umgang mit nicht eindeutig bewertbaren Aussagen. Wo keine wissenschaftlich beglaubigten Kriterien für weitere Analysen der Aussage vorhanden sind, ist nicht ersichtlich, worauf das Gericht eine über das Gutachten hinausgehende Würdigung stützen könnte. Es wäre daher genau darzulegen, über welche besseren fachwissenschaftlichen Kriterien das Gericht zu verfügen meint. Anstelle von besserem Fachwissen drohen Intuitionen, Biases und Verzerrungen.

<sup>55</sup> So schreibt beispielsweise *Steller*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2020, 188 (190): häufig „ergibt sich, dass die Geltungswahrscheinlichkeit für die [eine] Hypothese deutlich höher ist als diejenige für die [eine] Erlebnishypothese“, was einen relativen Maßstab voraussetzt; *ders.*, in: *Deckers/Köhnken* (Fn. 17), S. 71 (89). *Greuel* verweist darauf, dass es bezüglich Suggestionen darauf ankomme, ob diese als „naheliegend oder wahrscheinlich“ angenommen werden müssen, *Greuel*, *Kindesmisshandlung und -vernachlässigung*, 2009, 70 (77). Zudem ist die Festlegung von Schwellenwerten, cut-off points, ein wiederkehrendes Thema in der Fachdebatte, vgl. *Akehurst/Manton/Quandt*, *Applied Cognitive Psychology* 2011, 236.

<sup>56</sup> So etwa *Eisenberg* (Fn. 54), Rn. 1605.

<sup>57</sup> Derzeit stellen Gutachten, die nicht auf Grundlage der Nullhypothese i.S.d. Unwahrannahme vorgehen, regelmäßig einen Revisionsgrund dar. Allerdings deutet *Wolf* ohne weitere Belege an, dass der BGH jüngst eine Beweiswürdigung billigte, welche die Glaubhaftigkeit auch ohne Widerlegung der Alternativhypothesen annahm, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2019, 136 (141).

<sup>58</sup> Die unklare Aufgabenabgrenzung zwischen Gericht und Sachverständigen beklagte schon *Fischer*, *NStZ* 1994, 1.

<sup>59</sup> BGH *NStZ-RR* 2004, 87 (88).

<sup>60</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 5), S. 207.

<sup>61</sup> *Ott* (Fn. 14), § 261 Rn. 126: Tatgerichte haben daher die Glaubhaftigkeit „nach derselben wissenschaftlichen Methode zu beurteilen wie der Sachverständige“, wenngleich auf niedrigerem Niveau. Ebenso *Fischer* (Fn. 5), S. 207; *Bender/Nack/Treuer* (Fn. 4) Rn. 293. *Pfister*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2008, 3 (9), zufolge war es gar „eines der Ziele“ der Leitentscheidung aus dem 45. Band, aussagepsychologische Vorgehensweisen auch ohne Sachverständige in der tatrichterlichen Tätigkeit zu verankern.

<sup>62</sup> BGH, *Beschl. v. 13.2.2013 – 2 StR 576/12*.

<sup>63</sup> Etwa BGH *NStZ-RR* 2003, 16 (17).

<sup>64</sup> BGH *NStZ* 2009, 571.

<sup>65</sup> BGH, *Urt. v. 12.7.2017 – 1 StR 408/16*, Rn. 17.

<sup>66</sup> BGH *NStZ-RR* 2017, 88 (89); ständige *Rspr.* BGH *NStZ* 2009, 571; BGH *NStZ* 2013, 55; BGH *NStZ-RR* 2017, 222.

rungen, häufig auch unbewusst, die Würdigung zu beeinflussen. Das gilt es zu verhindern. In der Regel kann das Gericht die methodischen Grenzen der Aussagemethodik nicht überwinden, es wird in gutachterlich nicht eindeutig bewertbaren Fällen nicht zur besseren Erkenntnisquelle. Fehlerhaft wäre die Annahme, das Gericht sei aufgrund der freien Beweiswürdigung nicht an die Maßstäbe der Aussagepsychologie gebunden. Diese ist durch wissenschaftlich fundierte Grundsätze der Aussagepsychologie eingeschränkt. Zwar schreibt der BGH mit Verweis auf die eigenen Vorgaben für Glaubhaftigkeitsgutachten, dass Tatrichter „freilich nicht an die strikten methodischen Vorgaben gebunden“ seien.<sup>67</sup> Doch damit erlaubt er Gerichten weder die Anwendung einer anderen Methodik oder die intuitive Würdigung einer Aussage, noch entbindet er sie von den Grundsätzen der Aussageanalyse. Gelockert werden lediglich methodische Strenge, Schematismus und Ausführlichkeit der Analyse. Auch dem BGH zufolge darf die Würdigung Grundsätzen der Aussagepsychologie „nicht widerstreiten“,<sup>68</sup> bzw. habe „substantiell denselben Kriterien zu folgen“.<sup>69</sup> Die Konsequenz dieser Zustimmungswürdigen Judikatur ist eine sanfte Bindungswirkung fachgerechter Gutachten. Genauer: Gutachten begründen eine widerlegbare Vermutung der Richtigkeit ihres Ergebnisses. Die Widerlegung setzt voraus, dass das Gutachten (teilweise) fehlerhaft ist, das Gericht über besseres Fachwissen verfügt, oder weitere Umstände hinzutreten, die gutachterlich nicht berücksichtigt werden konnten.

## VI. Das Sachverständigen-Paradoxon

Davon unbenommen bleiben zunächst die Verwertung und die Gewichtung von Aussage und Gutachten in der Gesamtschau mit anderen Indizien. Doch auch hier greift die widerlegbare Vermutung und führt in Verbindung mit der Validität der Methodik zu einem paradoxen Effekt, der eine Grundfrage des Strafprozessrechts berührt: Kann eine Verurteilung auf das Wort eines einzigen Belastungszeugen gestützt werden?<sup>70</sup> Wenngleich Einzelheiten nicht vorgegeben sind, müssen bei der Beweiswürdigung einige Grundsätze beachtet werden. Der Wert eines Beweismittels muss bestimmt und in ein begründetes Verhältnis zu anderen Indizien gesetzt werden.<sup>71</sup> Für Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, bei denen keine außerhalb der Aussage liegenden Indizien verfügbar sind, erwächst ein Problem. In ständiger Rechtsprechung mahnt der BGH zu besonders sorgfältigen Glaubhaftigkeitsprüfungen, die jenen von Sachverständigen jedenfalls nahekommen (wenn auch nicht von ihnen durchgeführt werden) müssen. Das dahinter liegende grundlegende Beweiswürdigungsproblem findet indes keine Betonung. Die Belastungsaussage soll die Haupttatsache beweisen; die „positive Be-

glaubigung“ ihres Erlebnisbezugs stützt die Aussage als Hilfstatsache. In der Beweiswürdigung sind somit vor allem zwei Fragen zu beantworten: Wie stark ist die indizielle Wirkung einer glaubhaften Aussage für die Haupttatsache und ist die Aussage glaubhaft? Nehmen wir bezüglich der ersten Frage an, dass bei glaubhaften Aussagen in neun von zehn Fällen die Haupttatsache vorliegt.<sup>72</sup> Bezüglich der zweiten Frage muss sich das Gericht zunächst mit dem Inhalt der Aussage auseinandersetzen. Doch sofern in der Aussage-gegen-Aussage-Konstellation lediglich zwei für sich plausible, aber einander widersprechende Aussagen vorliegen, ist auf dieser Ebene vielfach kein Weiterkommen.<sup>73</sup> Wie zuvor ausgeführt, darf das Gericht Aussagen nicht aufgrund der formalen Rolle der Aussagenden ab- oder aufwerten (ein Gebot der epistemischen Gerechtigkeit, dem BGH wie Literatur zustimmen).<sup>74</sup> Daher läuft alles auf die Glaubhaftigkeit der Aussage, also ihre „formalen“, aussagepsychologisch untersuchbaren Eigenschaften hinaus; in dieser Situation hängt die Verurteilung des Angeklagten „allein von der Glaubwürdigkeit der einzigen Belastungszeugen ab“.<sup>75</sup>

Dies führt zur Folgefrage, wie stark eine positive Begutachtung die Glaubhaftigkeit der Aussage erhöht, was wiederum von der Validität der Aussageanalyse im Allgemeinen abhängt. Diese lässt sich nicht genau beziffern und nur schwer taxieren.<sup>76</sup> Soweit ersichtlich liegen keine wissenschaftlichen Studien über die Validität der Glaubhaftigkeitsbegutachtung durch das gegenwärtig angewandte Arsenal unterschiedlicher diagnostischer Methoden vor.<sup>77</sup> Dies liegt auch an den Schwierigkeiten der Durchführung entsprechender ökologisch valider Studien. Allerdings gibt es Studien zur Treffsicherheit einzelner Methoden, insbesondere der merkmalsorientierten Inhaltsanalyse, ein wesentlicher Bestandteil der gegenwärtigen Glaubhaftigkeitsbegutachtung. Sie zeigen, dass die Methode valide ist, da sie Aussagen besser als Zufall klassifizieren kann und intuitiven Beurteilungen der Glaub-

<sup>67</sup> BGH NStZ-RR 2003, 206 (207).

<sup>68</sup> BGH NStZ-RR 2003, 206 (208).

<sup>69</sup> BGH NStZ 2013, 55 (56).

<sup>70</sup> Lesenswert dazu *Sancinetti*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1233.

<sup>71</sup> Auf die Gefahren einer Gesamtschau weist hin *Eisenberg*, NStZ 2017, 104 (106).

<sup>72</sup> Eine weitere Fehlerquelle glaubhafter Aussagen sind etwa Wahrnehmungsfehler. Versteht man „glaubhaft“ als „erlebnisbasiert“ heißt dies zudem nicht, dass alle Angaben der Aussage, insbesondere Details, zutreffen. Diese sind strafrechtlich relevant, etwa wenn es auf den genauen Zeitpunkt eines „Nein“ ankommt. Über die hier angenommen 90 % ließe sich streiten, es bedürfte Anfangswahrscheinlichkeiten u.a. darüber, wie viele belastende Aussagen es gibt, wenn die Haupttatsache vorliegt bzw. nicht vorliegt.

<sup>73</sup> Insbesondere, weil Plausibilitätsprüfungen über die grundsätzliche Möglichkeit des Geschehens nicht hinausreichen sollten, *Bender/Nack/Treuer* (Fn. 4), Rn. 513.

<sup>74</sup> BGH NStZ 2004, 635 (636).

<sup>75</sup> BGH, Beschl. v. 9.9.1992 – 3 StR 364/92 = NStZ 1993, 35.

<sup>76</sup> Glaubhaftigkeitsgutachten sind wie andere Messmethoden zu behandeln. Ihre Aussagekraft wäre zu ermitteln durch das Verhältnis der positiven Gutachten in Fällen, in denen die Aussage erlebnisbasiert ist und jenen, in denen dies nicht der Fall ist, sowie die Häufigkeit des Auftretens beider Varianten. Dazu *Bender/Nack/Treuer* (Fn. 4), Rn. 589 ff.; *Schweitzer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 2015.

<sup>77</sup> *Bender/Nack/Treuer* (Fn. 4), Rn. 480.

haftigkeit überlegen ist.<sup>78</sup> Bezüglich der Treffsicherheit konvergieren mehrere Studien um einen Wert von 70%.<sup>79</sup>

Nehmen wir an, dies entspreche der Leistungsfähigkeit des gesamten Verfahrens.<sup>80</sup> Demnach treffen positive Gutachten in sieben von zehn Fällen zu (d.h., wenn ein Erlebnisbezug diagnostiziert wurde, liegt dieser tatsächlich vor). Was folgt daraus für den Beweiswert der Aussage? Das Tatgericht dürfte auch eine gutachterlich als glaubhaft ausgewiesene Aussage nicht mit mehr als 70 % Richtigkeit in die Gesamtwürdigung einstellen, es muss Fehlerraten des Verfahrens berücksichtigen. In Abwesenheit weiterer Kriterien und in Verbindung mit der 90 %-Indizwirkung ergibt sich, dass selbst bei einer positiven Begutachtung in weniger als zwei Drittel der Fälle die Haupttatsache vorliegt. Von einer Gewissheit bar vernünftiger Zweifel bzw. einer „objektiv hohen Wahrscheinlichkeit des Beweisergebnisses“<sup>81</sup> kann dann wohl keine Rede mehr sein.<sup>82</sup>

Diese Zahlen sind beispielhaft und übergehen eine Reihe möglicher relevanter Faktoren im Einzelfall. Doch illustrieren

sie die Gefahr einer Überschätzung der Methodik.<sup>83</sup> Darauf deutet etwa der Umstand hin, dass Gutachten in der Praxis weitgehend, einer Studie zufolge in rund 90 % der Fälle gefolgt wird.<sup>84</sup> Entscheidend ist, dass Gerichte die Treffgenauigkeit der Aussageanalyse nicht höher taxieren dürfen, als es wissenschaftlich belegbar ist, denn auch dies bedürfte besseren „Fachwissens“, welches mangels entsprechender Studien von Gerichten nicht beansprucht werden kann. Ohne dieses dürfen sie sich über wissenschaftliche Erfahrungssätze jedoch nicht hinwegsetzen. Der Beweiswert der Aussageanalyse kann folglich nicht frei festgelegt werden. Die Genauigkeit der Methode erhöht sich auch nicht dadurch, dass Richter bei eigenem Nachvollzug zum selben Ergebnis wie Gutachter gelangen. Dies liefert kein zweites, unabhängiges Indiz, sondern ist lediglich die wiederholte Anwendung derselben Methodik. Dadurch können Fehler in der Anwendung aufgedeckt werden, die Genauigkeit einer Messmethode steigert sich durch ihre wiederholte Anwendung jedoch nicht.

Unterschiedlich wird beurteilt, ob sachverständige Glaubhaftigkeitsbeurteilungen ein Indiz „außerhalb der Aussage“<sup>85</sup> liefern oder lediglich ein „Derivat“<sup>86</sup> dieser sind. Erheblichkeit wird dieser Frage insoweit beigemessen, als im ersten Fall Gutachten als *zusätzliches* Indiz neben der richterlichen Würdigung der Aussage berücksichtigt werden können. Es erscheint müßig darüber zu streiten, ob die überprüften Eigenschaften der Aussage inner- oder außerhalb dieser liegen. In der Sache kann es nur auf eines ankommen: Alle im Rahmen der Aussageanalyse berücksichtigten Gesichtspunkte dürfen vom Tatrichter nicht ein zweites Mal berücksichtigt werden, sie sind nichts Zusätzliches. Weitere, zusätzlich zu würdigende Indizien lägen in Umständen, die von Sachverständigen nicht berücksichtigt wurden, etwa weil sie nicht zum Prüfauftrag zählten oder unbekannt waren (ein polygraphischer Befund wäre ggf. ein zusätzliches Indiz).<sup>87</sup> Bezüglich aller vom Sachverständigen berücksichtigten Aspekte greift die widerlegbare Vermutung, so dass das Gericht zu abweichenden Schlussfolgerungen nur bei Fehlern bzw. besserem Fachwissen gelangen kann.<sup>88</sup>

<sup>78</sup> Oberlader/Naefgen/Koppehele-Gossel/Quinten/Banse/Schmidt, Law and human behavior 2016, 440. Der BGH referiert die „gutachtenkritische Sichtweise“ des LG Marburg, die auf einem nicht „gesicherten Stand der Erkenntnis“ beruhe. Diese Unzufriedenheit des LG ist angesichts der Studienlage nicht unzutreffend. Doch darf der Erkenntnisgewinn durch die Aussageanalyse nicht gänzlich in Abrede gestellt werden. Auch wird das Gericht deswegen nicht zur besseren Erkenntnisquelle (so auch BGH NStZ-RR 2017, 88).

<sup>79</sup> Oberlader/Naefgen/Koppehele-Gossel/Quinten/Banse/Schmidt, Law and human behavior 2016, 440 (443); auch Volbert/Steller, European Psychologist 2014, 207 (217), die jedoch von höheren Raten bei Anwendung des gesamten Methodenarsenals ausgehen. Mitunter wird von 90 % Genauigkeit in Feldstudien berichtet, Amado/Arce/Farina, European Journal of Psychology Applied to the Legal Context 2015, 3 (8).

<sup>80</sup> Die Treffgenauigkeit des Gesamtverfahrens wird mitunter höher eingeschätzt, aber soweit ersichtlich existieren dazu keine entsprechenden Nachweise. Einige Studien erbrachten 80 % Treffgenauigkeit, allerdings ohne dabei einer zuvor festgelegten Methodik zu folgen. Der Übergang von den Ergebnissen der Analyse zur Feststellung der Glaubhaftigkeit erfordere daher einen „leap of faith“, so der Titel der Studie von Akehurst/Manton/Quandt, Applied Cognitive Psychology 2011, 236.

<sup>81</sup> BVerfG NJW 2003, 2444 (2445).

<sup>82</sup> Ähnlich Sancinetti (Fn. 70), S. 1250. Sofern die Genauigkeit belegbar höher wäre, sähe dies anders aus, auch wenn sich das hinreichende Maß an Gewissheit schwer quantifizieren lässt. Apodiktisch: Jenseits der von Amado/Arce/Farina, European Journal of Psychology Applied to the Legal Context 2015, 3 (8), berichteten 90 % wäre dies wohl der Fall.

<sup>83</sup> Dieser Punkt verbindet sich mit dem vorherigen: Es könnte möglich sein, Fallgruppen mit höherer Treffgenauigkeit zu bilden.

<sup>84</sup> König/Fegert, Kindesmisshandlung und -vernachlässigung 2009, 16. Aus eigener Befassung mit mehreren hundert Revisionsanträgen spricht Fischer (Fn. 5), S. 216, davon, dass bei belastenden Aussagen Gutachten fast ausnahmslos gefolgt werde.

<sup>85</sup> Etwa BGH NStZ- RR 2004, 87 (88); Miebach, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 261 Rn. 249, wohl auch Ott (Fn. 14), § 261 Rn. 115. Offengelassen: BGH Urt. v. 11.2.2004 – 2 StR 378/03.

<sup>86</sup> Deckers, StraFo 2010, 372 (378).

<sup>87</sup> Zur Ungeeignetheit von Polygraphen BGHSt 44, 308; BGH NStZ-RR 2000, 35; BGH NJW 2003, 2527.

<sup>88</sup> In diesem Sinne wohl auch die Ausführungen von Velten (Fn. 34), § 261 Rn. 12 ff.

Als Konsequenz drängt das Beweismaß „bar vernünftiger Zweifel“ auch bei Aussagen, deren Erlebnisbezug gutachterlich beglaubigt wurde, in Abwesenheit weiterer Indizien auf Freispruch.<sup>89</sup> Bei nicht eindeutig begutachten Belastungsaussagen gilt dies a fortiori. Hingegen könnten diese bei erleichtertem Beweisstandard wie in OEG-Verfahren hinreichen. Dies hat auch Implikationen für Beweiswürdigungen von Tatrüchtern ohne sachverständige Unterstützung. Gerichte können im Allgemeinen nicht davon ausgehen, Aussagen treffsicherer als die beste Methodik würdigen zu können, indem sie eine „abgeschwächte“ Form verwenden und diese durch den „persönlichen Eindruck“ in der Hauptverhandlung ergänzen. Letzterer ist nicht validiert und ein Einfallstor für psychologische Verzerrungen.<sup>90</sup> In diesem Sinne geben die Grenzen der sachverständig durchgeführten Aussageanalysen auch die der richterlichen vor. Worin ein darüber hinausgehendes richterliches Können liegen soll, und wie es entsteht, wäre zu begründen. Ein möglicher Kandidat wäre richterliche Erfahrung. Doch das wäre nicht bloß zu behaupten oder durch Verweis auf „ureigene Aufgaben“ zu stipulieren, sondern empirisch zu untermauern. Solange dies nicht geschehen ist, bestehen grundlegende Zweifel an Verurteilungen in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen.

Zusammenfassend: Der Einsatz des besseren Erkenntnismittels sperrt den Rückgriff auf anderen Formen der richterlichen Überzeugungsbildung, doch ist es zugleich nicht treffsicher genug, um ohne weitere Indizien eine hinreichende Gewissheit zu stützen. Dies führt in einen für die Anklage misslichen epistemischen Raum zwischen Grenzen der Erkenntnis und erforderlichen Gewissheiten.<sup>91</sup> Die Glaubhaftigkeitsbegutachtung ist alternativen Methoden überlegen, doch über vernünftige Zweifel nicht erhaben. Die vom BGH vor 20 Jahren angestoßene, zu begrüßende Verwissenschaftlichung der Aussageanalyse bringt demnach den unerwünschten Nebeneffekt mit sich, die Validität der Ergebnisse zu mindern, da sich diese jedenfalls grob bestimmen lässt. Aus dieser Lage gibt es drei Auswege: Entweder das Beweismaß wird in diesen Fällen gemindert. Das dürfte in praxi vielfach unausgesprochen geschehen, doch widerläuft es jedenfalls im Strafrecht kaum aufzugebenden Rechtsprinzipien.<sup>92</sup> Oder die Methodik wird verbessert, so dass höhere Trefferquoten er-

zielt werden können. In Verbindung mit den hier vorgeschlagenen relativen Angaben könnte dies jedenfalls für bestimmte Konstellationen und Aussagetypen Erfolg versprechen, aber vermutlich nicht für alle. Schließlich verbleibt die Flucht ins Subjektive durch Abstellen auf die richterliche Überzeugung über die Glaubhaftigkeit.<sup>93</sup> Doch diese Lösung wäre in diesem Punkt nichts anderes als ein Rückzug ins Irrationale. Sie liefe dem in den Vorgaben des BGH zum Ausdruck kommenden Bestreben nach Objektivierung und Rationalisierung diametral entgegen. Und gleichwohl: An dieser Stelle stoßen sich Lebenswelt und Wissenschaft; oder anders: Das erforderliche hohe Beweismaß der Freiheit von vernünftigen Zweifeln harmoniert weder mit dem wissenschaftsimmanenten Bezweifeln aller Erkenntnis noch mit dem Rechtsempfinden, welches Strafverurteilungen auch in Aussage-gegen-Aussage-Fällen jedenfalls prinzipiell für möglich hält und den Bedürfnissen effektiver Strafverfolgung. Auf der einen Seite ist eine wissenschaftlich fundierte, 70 %-Treffergenauigkeit intuitiven, unabhängig nicht überprüften richterlichen Einschätzungen vorzuziehen; auf der anderen kann dies keine hinreichende Grundlage für Strafverurteilungen, insbesondere bei Sexualdelikten, bilden. Dieses Spannungsfeld kann das Recht derzeit nicht lösen, was Anlass für weitere Judikatur des BGH geben dürfte.

## VII. Zusammenfassung

In Poppers Hauptwerk über den im Kontext der Aussageanalyse viel zitierten Falsifikationismus findet sich die berühmte Sentenz, jede Theorie müsse an der Erfahrung scheitern können.<sup>94</sup> In freilich übertragener Weise ist dies bei der Vorgabe der Nullhypothese durch den BGH geschehen. Ihre Rezeption durch die gerichtliche Praxis ist auch nach 20 Jahren uneinheitlich, manchmal wird sie als bloße methodische Annahme gedeutet und manchmal als Beweisregel angewendet. Als solche würde sie der Idee der epistemischen Gerechtigkeit zuwiderlaufen, nach der jedenfalls im Ausgangspunkt der Stellungnahme jeder Person gleich viel Glauben geschenkt und ihr gleiche Chancen zur Einwirkung auf die Überzeugungsbildung eingeräumt werden muss. Dieser Grundsatz der epistemischen Gleichheit lässt sich aus dem Anspruch auf unvoreingenommenes rechtliches Gehör und dem allgemeinen Gleichheitssatz ableiten. Sofern die Unwahrnehmung faktisch vorrangig Belastungsaussagen betrifft, gar rechtlich nur auf diese anzuwenden ist, verletzt sie die Idee der epistemischen Gleichheit. Darüber hinaus wäre eine allgemeine Haltung, der zufolge jede Aussage zunächst als unwahr betrachtet würde, zwar keine Ungleichbehandlung, aber doch ein epistemisch nicht begründetes Misstrauen in Belastungsaussagen. Insoweit ist die Kritik, die Justiz würde Betroffenen keinen angemessenen Glauben schenken, rekonstruierbar. Sofern die Nullhypothese also als Beweisregel zu

<sup>89</sup> Dies gründet nicht auf einer unzulässigen Anwendung des in-dubio-Satzes auf Indiztatsachen, sondern allein in dem Umstand, dass eine 70 %-Wahrscheinlichkeit keine objektiv hinreichende Grundlage für Überzeugungen bilden kann.

<sup>90</sup> Vgl. Brause, NStZ 2013, 129: „nicht darstellungsfähiges Gefühl“ dürfte nicht entscheidungserheblich werden. Zum selben Ergebnis gelangt auch Sancinetti (Fn. 70), S. 1233.

<sup>91</sup> Für Schönemann müsste ein wissenschaftliches Verständnis der Fehlerhaftigkeit von Zeugenaussagen „im Grunde ein Erdbeben auslösen“ (Schönemann, in: Eser/Goydke/Maatz/Meurer [Hrsg.], Strafrechtsverfahren in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 385 [386]).

<sup>92</sup> Im Zivilrecht ist eine Absenkung des Beweismaßes denkbar, siehe dazu Schweizer (Fn. 76); rechtvergleichend Engel, Vermont Law Review 33 (2009), 435.

<sup>93</sup> Der Wunsch, den Einfluss von Sachverständigen auf das Hauptverfahren zurückzudrängen, dürfte in einer sich weiter ausdifferenzierenden Wissensgesellschaft ein eben solcher bleiben. Kritisch Fischer, NStZ 1994, 1; realistischer Erb, ZStW 121 (2009), 883.

<sup>94</sup> Popper (Fn. 9), S. 13.

verstehen ist, wären die von ihr ausgehenden Nachteile für Aussagen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

Ferner sollten an die Stelle eines strikten Falsifizierungsmaßstabes im Rahmen der Aussageanalyse Angaben über relative Wahrscheinlichkeiten treten, sofern solche methodisch erbracht werden können. Entsprechende methodische Weiterentwicklungen sind anzuregen, die gegenläufige Rechtsprechung von BGH und BSG ist aufzugeben.

Schließlich sind Gutachten aufgrund der höheren Sachkunde von Sachverständigen regelmäßig die bessere Erkenntnisquelle für die Glaubhaftigkeit von Aussagen. Aus Gutachten folgt eine widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit ihrer Ergebnisse. Gerichte dürfen von diesen nur abweichen, wenn sie größere Fachkunde nachweisen können, Gutachten fehlerhaft sind, oder gutachterlich nicht berücksichtigte Umstände hinzutreten. Deswegen wird Gutachten in der Praxis zu Recht weit überwiegend gefolgt. Allerdings scheint die nachweisbare Leistungsfähigkeit bzw. Treffgenauigkeit der Aussageanalyse derzeit rund 70 % zu betragen. Damit dürften regelmäßig objektiv hinreichend gewichtige Zweifel für eine Verurteilung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen verbleiben, mit denen sich Gerichte in Zukunft ausdrücklich und in stärkerem Maße auseinandersetzen sollten.