

# Über die Bedeutungslosigkeit des Satzes „in dubio pro reo“ Eine grammatisch-logische Rekonstruktion der Freispruchsdogmatik

Von Akad. Mitarbeiter **Kyriakos N. Kotsoglou**, LL.M., Freiburg i.Br.\*

„[...] Das ist Gesetz. Wo gäbe es da einen Irrtum?“ „Dieses Gesetz kenne ich nicht“, sagte K. „Desto schlimmer für Sie“, sagte der Wächter. „Es besteht wohl auch nur in Ihren Köpfen“, sagte K.“

– Franz Kafka

## I. Zum Status des Grundsatzes „in dubio pro reo“

### 1. Einleitung

Dieser Beitrag stellt die Selbstverständlichkeit des Satzes „in dubio pro reo“ in Frage und prüft ihn auf seine Geltungsbedingungen und logische Konsistenz hin. Gezeigt wird, dass sich aus einem „rechtsstaatlich unverbrüchlichen Grundpostulat der Rechtsanwendung“ ein widerspruchsvoller Satz entpuppt, dessen Geltungsbedingungen mehr als fraglich sind. Mithilfe einer anfechtbaren (defeasible) Struktur wird eine Freispruchsdogmatik ausgearbeitet, die dem Tatrichter anwendbare Darstellungsformen der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) bereitstellt und es ermöglicht, freisprechende Urteile als Sachentscheidungen anzusehen. Die Frage, die der Satz „in dubio pro reo“ nach h.M. beantwortet, nämlich „Was soll man tun, wenn der gesetzliche Beweis der Schuld nicht erbracht wird?“, wird dabei als unsinnig entlarvt. Jeder, der in der Lage ist, die Bedeutung (d.i. die regelgeleitete Verwendung) der Unschuldsvermutung zu verstehen, braucht sich auf die oben gestellte Frage nicht einzulassen. Die nachfolgenden Bemühungen gelten also dem Versuch, die Unschuldsvermutung so zu interpretieren, dass sich eine fiktive Norm wie der Satz „in dubio pro reo“ erübrigt.

#### a) Ein unsterblicher König?

Der Satz „in dubio pro reo“ erfreut sich, so die ganz herrschende Meinung, „einhelliger Billigung“. <sup>1</sup> Man schreibt ihm sogar „königliche Bedeutung“ <sup>2</sup> zu und vergisst dabei nicht die *παροδος* <sup>3</sup> zu singen: der in dubio pro reo-Satz gehöre zu

\* Der Verf. ist akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtstheorie (Prof. *Jestaedt*) an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

<sup>1</sup> Pars pro toto *Frisch*, in: Roxin u.a. (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 273.

<sup>2</sup> Etwa *Zopfs*, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999, S. 14 m.w.N.; siehe auch *Sarstedt*, Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl. 1962, S. 245; mehr über die geschichtliche Entwicklung bei *Moser*, „In dubio pro reo“, die geschichtliche Entwicklung dieses Satzes und seine Bedeutung im heutigen deutschen Strafrecht, 1933, S. 16 ff.; vgl. *Holtappels*, Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes „in dubio pro reo“, 1965, S. 96; *Sax*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 3/2, 1959, S. 909.

<sup>3</sup> Griechisch – transkr.: *parodos*. Dabei handelt es sich um den ersten Teil des Chorauftritts im antiken Theater.

den selbstverständlichen, <sup>4</sup> ja unantastbaren rechtsstaatlichen Fundamentalgrundsätzen. <sup>5</sup> Nicht von ungefähr attestiert ihm *Zopfs*, dass er außerhalb der Systematik der deutschen Rechtsordnung stehe: „Der Grundsatz in dubio pro reo ist damit ein gewohnheitsrechtlich entstandener, *eigenständiger* strafprozessualer Rechtssatz“. <sup>6</sup> Die Begründungen spannen sich von prozessualen Ableitungsversuchen aus den Vorschriften des materiellen Strafrechts bis hinauf in die Höhen des Verfassungsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention. <sup>7</sup> Dies stellt nun eine gute Gelegenheit dar, diesen fundamentalen „Grundsatz“ unter die Lupe zu nehmen, denn nicht nur die (Rechts-)Philosophie, sondern auch die Strafprozessrechtsdogmatik fängt da an, wo das Selbstverständliche in Frage gestellt wird. <sup>8</sup>

Doch was ist dieser Grundsatz, „in dubio pro reo“? Der in dubio pro reo-Satz enthält nach dem herkömmlichen Verständnis einen deutlichen Aussagegehalt. Das Gericht, da es dem Angeklagten die Straftat nachzuweisen hat, habe bei nicht behebbaren tatsächlichen Zweifeln – im Falle des non liquet – jene Entscheidung zu treffen, die angesichts der konkreten zweifelhaften Tatsachenlage die für den Angeklagten günstigere sei. Gelingt es dem Gericht nicht, einen zweifelsfreien Nachweis zu führen, wirken die verbleibenden Zweifel zugunsten des Beschuldigten; er sei daher freizusprechen. Dieses Ergebnis wird nun traditionell als Folge des Grundsatzes „im Zweifel für den Angeklagten (= in dubio pro reo)“ beschrieben. <sup>9</sup> Die Eleganz dieser Formel und ihre scheinbare

<sup>4</sup> *Arzt*, Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo, 1997, S. 5; auf eine Gefahr, die von der immer wieder beteuerten Selbstverständlichkeit des in dubio pro reo-Satzes ausgeht, weist *Sax* (in: Spindel [Hrsg.], Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, 1966, S. 143 [146]) hin: „Wer von der selbstverständlichen Geltung von i.d.pr.r. als eines rechtsstaatlich unverbrüchlichen ‚Grundpostulats der Rechtsanwendung‘ ausgeht, läuft die Gefahr einer zumindest unbewusst voreingenommenen Quellenauswahl“.

<sup>5</sup> Siehe *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 15 Rn. 33; dem BayVerfGH (NJW 1983, 1600) zufolge kommt dem in dubio pro reo-Satz ein Verfassungsrang zu.

<sup>6</sup> *Zopfs* (Fn. 2), S. 378 (*Hervorhebung des Autors*); vgl. *Sax* (Fn. 4), S. 145. Der *Autor* merkt an, dass, wenn der in dubio pro reo-Satz überhaupt ein eigenständiges Rechtsprinzip sein solle, alles daran gelegen sein müsse, seine Geltung historisch abzusichern. „Ihr Ergebnis ist jedoch äußerst mager und letztlich unspezifisch für das, was historisch zu beweisen wäre.“

<sup>7</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 273.

<sup>8</sup> *Platon*, Theaitetos, 155d; *Aristoteles*, Metaphysik, 982b 12-13.

<sup>9</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 274; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 56; BVerfG MDR 1975, 468 (469);

Benutzerfreundlichkeit verrät uns vielleicht, worauf ihre große Popularität<sup>10</sup> zurückgeführt werden kann. Doch so gleich man den Zauberstaub<sup>11</sup> von der Oberfläche dieses „eigenständig entstandenen Grundsatzes“ entfernt, kommt ein die Selbstverständlichkeiten der Strafprozessrechtsdogmatik zerstreues, beklemmendes Bild ans Licht. Denn anders als bei social media zählen bei Rechtssätzen wie dem in dubio pro reo-Satz nicht ihre Popularität, sondern ihre *Geltungsbedingungen*. Man kommt – wie ich zeigen werde – relativ schnell zu dem Schluss, dass sich aus einem „rechtsstaatlich unverbrüchlichen Grundpostulat der Rechtsanwendung“ ein todkranker Patient entpuppt, der sich nur wegen der Vorliebe der Juristen für Vulgärrecht am Leben hält.<sup>12</sup> Das Ergreifen lebenserhaltender Maßnahmen fordert allerdings – wie so oft – seinen Preis: die Inkaufnahme der Sub-Rationalität unserer Strafprozessrechtsdogmatik.<sup>13</sup> Hier gilt: Der in dubio pro reo-

Satz existiert (gilt) nur, weil (bzw. solange) Juristen an ihn glauben.<sup>14</sup> Eine in der geltenden Rechtsordnung verankerte Funktion kann ihm nicht zugewiesen werden. Der hiesige Aufsatz versucht nun, diesem Glauben und den ihn untermauernden Gründen auf den Grund zu gehen.

## 2. Zur Methodologie einer analytischen (Strafprozessrechts-) Dogmatik

Anders als in der DDR<sup>15</sup> ist der in dubio pro reo-Satz sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in den meisten europäischen Ländern rechtlich nicht positiviert. Dies hat der deutschen Literatur Anlass dazu gegeben, eine lange und nicht besonders ergiebige Debatte über das „Wesen“<sup>16</sup> des in dubio pro reo-Satzes zu führen, sodass dieser sich trotz aller Bemühungen durch „erstaunliche Unklarheit“<sup>17</sup> kennzeichnet. Versucht man, eine grobe Skizze der argumentativen Landkarte zusammenzubauen, ergibt sich – um einige Autoren herauszugreifen – folgendes Bild: Für Sax fungiert der in dubio pro reo-Satz als „methodische Leitlinie“, die zwischen dem Bestehen und dem Nichtbestehen von Tatbestand(smerkmalen) zu unterscheiden vermöge.<sup>18</sup> Nach Peters besagt der in dubio pro reo-Satz, dass der Richter in tatsächlicher Hinsicht bei Zweifelsfällen den für den Angeklagten „günstigeren Sachverhalt“ feststellen müsse.<sup>19</sup> Frisch vertritt in seinem einflussreichen Aufsatz die Meinung, dass es sich bei dem in dubio pro reo-Satz um eine „Meta-Norm“, d.h. eine Rechtsanwendungsnorm handle, die uns dabei helfe, entweder die anzuwendende Norm (z.B. § 211 StGB) oder deren Ergänzungsnorm (hier: wer kein Mörder ist, soll nicht bestraft werden) heranzuziehen. Volk erfasst den in dubio pro reo-Satz im Anschluss an die Zivilprozessrechtsdogmatik als Beweislastregel.<sup>20</sup> Zopfs kommt in seiner Heidelberger Habi-

---

vgl. Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 957 ff.; Eschelbach (in: Graf [Hrsg.], Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, 2. Aufl. 2012, § 261 Rn. 44) bezieht eine ebenfalls kritische, ja zynische Stellung, wenn er schreibt: Der Satz in dubio pro reo „hat aber derzeit kaum praktische Bedeutung. Denn er gilt nur als verfehlt, wenn das Tatgericht subjektive Zweifel an der Begehung einer rechtswidrigen Tat durch den Angeklagten oder seiner Schuld hatte, aber gleichwohl verurteilt hat und wenn dies aus den Gründen des schriftlichen Urteils erkennbar wird.“ Der Autor fügt hinzu: „Das vermeiden erfahrene Urteilsverfasser.“ Dies zeigt, dass hierbei der Wert eher auf das „Äußere“, scil. die post facto-Rechtfertigung eines wie auch immer gefällten Urteils, als auf dessen Schlüssigkeit und innere Konsistenz gelegt wird. Ein Urteil soll allerdings den beweisanalytischen Vorgang auf das Papier bringen, nämlich eine *Begründung* liefern.

<sup>10</sup> So beginnt Zopfs ([Fn. 2], S. 13 m.w.N.) seine Habilitationsschrift: „Der Grundsatz in dubio pro reo zählt wohl zu den populärsten Rechtssätzen in der Strafpflege.“ Des Weiteren ist das von Zopfs ([Fn. 2], S. 13 Fn. 2) Gesagte, dass nämlich Montenbruck der Meinung sei, dem in dubio pro reo-Satz komme *deshalb* „vulgärrechtliche Funktion“ zu, unpräzise – darauf werde ich später eingehen.

<sup>11</sup> Nicht ohne Grund ist bei Montenbruck (In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985, S. 64) von einer „Zauberformel“ die Rede: „Der Satz ‚in dubio pro reo‘, wirkt also als *Zauberformel*.“

<sup>12</sup> So Montenbruck (Fn. 11), S. 199.

<sup>13</sup> Die Rechtspraxis soll gewissen Rationalitätsmaßstäben genügen. Und dies hat nicht nur mit unserer Wissensethnologie (die Aristoteles [Fn. 8], 21 980a; ders., Politika, 1253a 7 ff., 1259b 28 ff., folgendermaßen ausdrückt: „Alle Menschen streben von Natur aus nach Wissen“), sondern vielmehr mit der ständigen Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 34, 269 [293]) zu tun: „Der Richter muss sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muss auf rationaler Argumentation beruhen. Es muss einsichtig gemacht werden können, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der

---

praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitseinstellungen der Gemeinschaft.“ Daraus ergibt sich: So heftig man über den Inhalt dieser wie auch immer zu präzisierenden Rationalitätsmaßstäbe streiten mag, ihre normative Funktion darf nicht in Frage gestellt werden.

<sup>14</sup> Nach Kelsen (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, S. 90) wird der Staat zur Realität, „wenn man an ihn glaubt, d.h. wenn die Vorstellung der als Staat bezeichneten Ordnung zum Motiv des Handelns wird“.

<sup>15</sup> Gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 der DDR-StPO v. 12.1.1968: „Im Zweifel ist zugunsten des Beschuldigten oder des Angeklagten zu entscheiden“; mehr dazu bei Zopfs (Fn. 2), S. 13 Fn. 2, 5.

<sup>16</sup> Frisch ([Fn. 1], S. 273) bemängelt hinsichtlich der Diskussion, dass das Wesen des In dubio pro reo-Satzes weitestgehend vernachlässigt worden sei. Frisch ([Fn. 1], S. 274) schreibt: „Denn solange das genaue Wesen des Satzes im Dunkeln liegt, muß auch die Suche nach dessen Geltungsgrund und der Zugehörigkeit zum formellen oder materiellen Recht als blindes Tasten erscheinen.“

<sup>17</sup> So Sarstedt (Fn. 2), S. 239.

<sup>18</sup> Sax (Fn. 4), S. 166.

<sup>19</sup> Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 247.

<sup>20</sup> Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1978, passim.

litationsschrift zu dem Schluss, dass der in dubio pro reo-Satz ein „gewohnheitsrechtlich entstandener, eigenständiger, strafprozessualer Rechtssatz“ sei, der als „Entscheidungsregel“ diene. Diese Entscheidungsregel solle wiederum erst dann greifen, wenn sich das Vorliegen eines für die Entscheidung über die negative Statusveränderung relevanten Umstandes weder erweisen noch ausschließen lasse.<sup>21</sup>

Eine naheliegende Vorgehensweise, um dieser Suche nach einer Urteilsgrundlage nachzugehen, lautet: Man hat die bestehende Literatur zusammenzufassen und kritisch zu betrachten. Es ist zumindest auf den ersten Blick eine vielversprechende Idee, die strafrechtliche Judikatur und Lehre zu durchforsten, um dadurch nach dem „Gebrauch“ des in dubio pro reo-Satzes Ausschau zu halten. Bei dieser Methode handelt es sich m.E. um eine der Vorannahmen, auf denen die strafrechtliche (und größtenteils die juristische) Literatur fußt. Man nennt sie: die „übliche Vorgehensweise“. Sie besteht, so *Amelung*,<sup>22</sup> aus zwei Teilen: Man solle a) sich mit dem vorgefundenen Meinungsstand auseinandersetzen und b) sodann eine eigene Meinung entwickeln. Das ist vor allem deshalb informativ, weil sich darin die aktuelle juristische Forschungsmethode widerspiegelt. Die Verwirrung sitzt jedoch tiefer. Das Problem besteht darin, dass wir in dem Moment, da wir uns vergegenwärtigen, was bei der üblichen Vorgehensweise berücksichtigt wird, aufhören darüber zu reflektieren, was aus methodologischen Gründen nun aus dem Fokus gerät. Man beachte, wohin die „übliche Praxis“ führt: Man hat jedes Mal die Gesamtheit der Literatur ( $\sum_1$ ) in seinen Text miteinzubeziehen und ihr seine eigene Meinung ( $\sum_{L+1}$ ) hinzuzufügen – und das ad infinitum ( $\sum_{L+1+...+Ln}$ ). Man gelangt dadurch schnell zu einem selbstbezogenen Diskurs, dessen Chancen auf Progressivität deutlich sinken. Diese *exegetische Spirale* führt wegen der ausgeübten Zentripetalkraft dazu, dass der (selbstbezogene) juristische Diskurs stagniert und ein Erkenntnisfortschritt erheblich erschwert wird.<sup>23</sup> Es gilt: In der Forschung ist das, was man berücksichtigt, immer eine Funktion dessen, was man außer Acht lässt. Während man sich also hauptsächlich mit dem „vorgefundenen Meinungsstand“ auseinandersetzt, signalisiert man damit, dass man stillschweigend die Suche nach einem anzuwendenden theoretischen Ansatz schon aufgegeben hat. Denn diese exegetische Spirale markiert den Abbruch der Verbindung mit dem aufklärerischen Gedankengut, dem zufolge eine Theorie ohne Anwendung als leer und eine Praxis ohne

Theorie als blind zu bezeichnen ist. *Pawlik* bringt diesen Gesichtspunkt mit hoher Präzision zum Ausdruck: „Diese Konzeption beruht auf der Überzeugung, daß die Strafrechtsdogmatik von philosophischen Prämissen ausgehen muß, wenn sie ihrem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit gerecht werden will. Nicht zwischen einer ‚reinen‘, d.h. selbstgenügsamen, und einer ‚philosophischen‘ Strafrechtsdogmatik hat der einzelne Wissenschaftler die Wahl, sondern nur zwischen mehr oder weniger überzeugenden Ausführungen der letzteren“.<sup>24</sup>

Aus dem beunruhigenden Theoriedefizit der Strafprozessrechtsdogmatik bzw. der Rechtswissenschaft im Allgemeinen springt das trübe Bild des in dubio pro reo-Satzes besonders ins Auge. Ich möchte hier zeigen, dass die Verwirrung, von welcher die Strafprozessrechtsdogmatik heimgesucht wird, vor allem begrifflicher Natur ist. Einen aufschlussreichen Indikator dafür stellen die Paradoxien dar, die die (konsequente) Anwendung des in dubio pro reo-Satzes hervorruft.<sup>25</sup> Um ein paar Beispiele herauszugreifen: Die Fehlkonzeptionen über diese Denkfigur führen dazu, dass der in dubio pro reo-Satz entweder stark eingeschränkt (z.B. bei der Alibibeweisproblematik, wo er nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht gilt)<sup>26</sup> oder gar in sein Gegenteil (d.i. in dubio contra reum) verkehrt wird. Ein Beispiel hierfür stellt die Wahlfeststellungsproblematik dar, bei der die Frage selbst, welche der zwei Varianten, z.B. Diebstahl oder Hehlerlei vorliege, die eigentliche Frage verdeckt, ob der Angeklagte die Tatbestandsmerkmale eines der beiden Delikten überhaupt rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat.<sup>27</sup> An anderer Stelle bevorzugt der BGH eine auf allgemeine Kriterien verzichtende, ad hoc-Handhabung des in dubio pro reo-Satzes, weil, so der BGH, dessen Geltung nicht für alle Verfahrensvoraussetzungen einheitlich angenommen, sondern über sie nur von Fall zu Fall entschieden werden kann.<sup>28</sup>

Katalysator für diesen irreführenden Gebrauch unseres normativen Vokabulars ist die Grundannahme, auf welcher die sog. übliche Vorgehensweise beruht und der zufolge es ausreichend sei, dem tatsächlichen Gebrauch der problematischen Begriffe, nämlich dem vorgefundenen Meinungsstand, auf den Grund zu gehen. Eine grundlegende Methode, diese Begriffsverwirrungen zu lokalisieren, an den Tag zu legen und anschließend zu beseitigen, ist die Klärungsarbeit mittels sorgsamer Überprüfung des logisch-grammatischen Geflechts und der Verbindungen zwischen den in Frage kommenden Begriffen wie „Zweifel“, „Überzeugung“, „nur“ bzw. „genau

<sup>21</sup> *Zopfs* (Fn. 2), S. 378 f.

<sup>22</sup> Siehe *Amelung*, ZStW 123 (2011), 595.

<sup>23</sup> Kritisch dazu bereits im Jahre 1914 *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 27 f.: „Die alten, unsicheren Methoden oder vielmehr die alte Methodenlosigkeit genügen den Anforderungen der Gegenwart nicht mehr. [...] Deshalb muß heute jede Untersuchung über die staatlichen Grundphänomene mit Feststellung der methodologischen Prinzipien auf Grund der Resultate der neueren erkenntnistheoretischen und logischen Forschungen beginnen. Erst dann besitzt man ein sicheres Werkzeug, sowohl um sich durch das Gestrüpp der früheren Literatur kritisch den Weg zu bahnen, als auch um zu selbstständiger fruchtbringender Forschung zu gelangen“.

<sup>24</sup> So *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. VII; siehe auch *Ho*, A Philosophy of Evidence Law, 2008, S. 2-4.

<sup>25</sup> Ausführlich dazu *Montenbruck* (Fn. 11), insb. S. 61 f., 179 ff., 185 f., 189-199.

<sup>26</sup> Siehe BGHSt 25, 285; vgl. das spätere Urteil BGH NStZ 1983, 422; mehr dazu bei *Schoreit*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 261 Rn. 66.

<sup>27</sup> So *Montenbruck* (Fn. 11), S. 179 ff.

<sup>28</sup> BGHSt 46, 349 (352).

dann, wenn“, „Freiheit“, etc.<sup>29</sup> Da ich der Meinung bin, dass die (analytische) Strafprozessrechtsdogmatik als Begriffsexplikation mittels Beschreibung/Klärung unseres Wortgebrauchs, nämlich des Normengeflechts, zu konzipieren ist, stellt auch diese Untersuchung eine grammatisch-logische Analyse dar, deren Ergebnisse allerdings unmittelbar praxisrelevant sind. Das in Frage kommende Normengeflecht besteht nun aus den geltenden Vorschriften der jeweiligen (hier: der deutschen) Rechtsordnung, d.h. aus den positiv-rechtlichen Normen. Der tatsächliche Gebrauch der geltenden Normen ist also im Folgenden auf die ihnen zugrunde liegende Grammatik hin zu prüfen.

Der klärende Aufschluss über den Normengebrauch hat nichts mit einem anything goes-Verständnis der Bedeutung von Normen zu tun, sondern stellt eine regelgeleitete (rule-governed) Tätigkeit dar. Der Gebrauch eines Begriffs soll sich an grammatisch-logische Regeln unserer Sprache halten.<sup>30</sup> Das Problem wird am Ende, durch Beleuchtung der in Frage kommenden Konzepte und deren begriffliche Klärung, sprachlich (das heißt allerdings nicht: bloß verbal) aufgelöst. Es lässt sich nur zeigen, ob die hier unternommene Klärungsarbeit gegen die Hartnäckigkeit des in dubio pro reo-Satzes eine reelle Chance hat.<sup>31</sup> Wie *Hardtung* besonders anschaulich zeigte, halten sich (normative) Fehlkonstruktionen vor allem deshalb besonders gut, weil man an sie gewohnt ist.<sup>32</sup> Diese Bereitschaft, das vertraute Gelände zu verlassen, sowie Denkfiguren und fest in unserer Praxis verankerte dogmatische Konzepte gegen andere auszutauschen, die eine größere Leistungsfähigkeit aufweisen, gehört allerdings zum wissenschaftlichen Denken dazu. Diese fehlende Flexibilität kritisiert – ebenso pessimistisch wie pragmatisch – *Montenbruck*, wenn er antizipiert, dass vom Spruch „im Zweifel für den Angeklagten nicht mit wenigen Worten Abschied zu nehmen ist“.<sup>33</sup>

## II. Zur Funktion des in dubio pro reo-Satzes

### 1. Der Ansatz *Frisch*s

Im Folgenden werde ich mich hauptsächlich mit dem Ansatz *Wolfgang Frisch*s auseinandersetzen, der m.E. für das bisherige Verständnis des in dubio pro reo-Satzes wegweisend ist. *Frisch* macht sich in einem Aufsatz aus dem Jahre 1974 auf die Suche nach dem *Wesen* des in dubio pro reo-Satzes – ein Punkt, der laut *Frisch* eigenartigerweise vernachlässigt worden ist und auf welchen die Geltungsgründe des in dubio pro reo-Satzes zurückgeführt werden könnten.<sup>34</sup> *Frisch* geht also von einer Frage aus, der eine zentrale Funktion zuzukommen scheint: was es eigentlich heißt, dass das Gericht zugunsten des Angeklagten zu entscheiden habe und letztendlich, wie

ein Freispruch begründet werden soll.<sup>35</sup> Da nun die richterliche Entscheidung, so *Frisch*, nicht als monolithisches Ganzes, sondern als ein in die Bildung der Tatsachenfeststellung, des Obersatzes und der Subsumtion gegliederter Prozess zu betrachten sei, solle jedem Teil davon separatim nachgegangen werden.

### 2. Der in dubio pro reo-Satz und die *praemissa minor*

*Frisch* wendet sich zunächst gegen die Ansicht, dass der in dubio pro reo-Satz als Beweiswürdigungsregel bzw. Beweisgrundsatz zu erfassen sei.<sup>36</sup> Er bemerkt zutreffend, dass dieser Ansicht ein tiefes Missverständnis zugrunde liege, denn der in dubio pro reo-Satz stellt keine Beweisregel dar – zumindest im Sinne der Carolina – die dem Tatrichter diktiert, „welche Schlüsse der Richter aus den Beweismitteln zu ziehen habe“.<sup>37</sup> Bekanntlich bildeten die Beweisregeln den Katalysator der Carolina, wo das Aussprechen einer Verurteilung von dem Vorliegen bestimmter, gesetzlich vorgeschriebener Beweismittel abhängig gemacht wurde.<sup>38</sup> Danach durfte ein Beschuldigter nur dann zu einer „peinlichen Strafe“ verurteilt werden, wenn er entweder die Tatbestandsmerkmale („Haupttatsachen“) gestand<sup>39</sup> oder seine Täterschaft von zwei glaubwürdigen Zeugen („guthen Zeugen“<sup>40</sup>) aus eigener Wahrnehmung – also nicht bloß vom Hörensagen – bekundet wurde: „zweier oder mehrerer guthen Zeugen, die von eynem waren wissen sagen“.<sup>41</sup> Daraus lasse sich nach *Frisch* ablei-

<sup>35</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 274.

<sup>36</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 274-277; siehe *Stree*, In dubio pro reo, 1962, S. 56; RGSt 52, 319; *Gollwitzer* (in: Erb u.a. [Hrsg.], Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 22. Aufl. 1973, § 261 Rn. 6a) vertrat die Meinung, dass der Satz in dubio pro reo ein „beherrschender Grundsatz der Beweiswürdigung“ sei.

<sup>37</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 276.

<sup>38</sup> Als Dreh- und Angelpunkt des Strafverfahrens dienten Art. 22 CCC in Verbindung mit Art. 67 CCC, die die Inferenzkraft der Beweismittel von vornherein festlegten.

<sup>39</sup> Siehe *Jerouschek*, ZStW 102 (1990), 793.

<sup>40</sup> Die Carolina präzisiert weiter den Begriff „gute Zeugen“, indem sie einige Kriterien dafür vorschreibt; siehe hierzu *Baldauf*, Die Folter, eine deutsche Rechtsgeschichte, 2004, S. 91 f. Die allgemeine Vorstellung, dass zwei Zeugen eine plena probatio darstellten, ist unzutreffend, denn die Zeugen dürften keinen „schlechten Leumund“ haben und auch sonst mit „keiner rechtmäßigen Ursache zu verwerfen sein (Art. 66 CCC). Waren sie ferner dem Gericht unbekannt, so musste derjenige, der die Zeugen stellte, ihre Unbescholtenheit und Redlichkeit auf Verlangen der Gegenpartei „stattlich fürbringen“, also wohl glaubhaft machen. Unbeachtlich ist auch das Zeugnis vom Hörensagen (Art. 65 CCC). „Boshafte“ falsches Zeugnis wurde nach dem *Talionsprinzip* bestraft, nämlich mit der Strafe, zu der der Unschuldige durch das Zeugnis gebracht werden sollte (Art. 68 CCC).

<sup>41</sup> *Hassemer* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 113) bemerkt treffend, dass die strengen Beweisregeln der Carolina die Sachverhaltsfeststellung mit Anforderungen begleiteten, die den Gedanken an eine Check-

<sup>29</sup> Ausführlich dazu *Bennett/Hacker*, Philosophical Foundations of Neuroscience, 2003, S. 400.

<sup>30</sup> *Bennett/Hacker* (Fn. 29), S. 400.

<sup>31</sup> Siehe *Hardtung*, ZIS 2009, 795 (796 ff.).

<sup>32</sup> *Hardtung* (ZIS 2009, 795 [797]) nennt sie aus diesem Grund „enttäuschungsfest“.

<sup>33</sup> *Montenbruck* (Fn. 11), S. 15.

<sup>34</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 273.

ten, dass der in dubio pro reo-Satz nicht gesetzlich vorschreibt, welche Inferenzkraft dem Beweismaterial beizumessen ist.<sup>42</sup> Der in dubio pro reo-Satz greife erst dann ein, „wenn die Beweisaufnahme trotz Erschöpfung aller Beweismittel gescheitert ist“<sup>43</sup> – ob er überhaupt eingreift bzw. ob eine solche Norm gilt, wird nach wie vor nicht diskutiert. *Frisch* betont, dass der in dubio pro reo-Satz als Aussage über die Wirklichkeit keineswegs gedacht werden könne.<sup>44</sup>

### 3. Der in dubio pro reo-Satz und die *praemissa maior*

Anschließend wendet sich *Frisch* der nächsten Problematik zu, um zum Schluss zu kommen, der in dubio pro reo-Satz könne auch nicht in dem Obersatz verankert sein. Zunächst zur Vorgeschichte: *Werner Sarstedt* vertrat in der 4. Auflage des (von *Kurt Gage* begonnenen) Werkes „Die Revision in Strafsachen“<sup>45</sup> die Meinung, der in dubio pro reo-Satz stehe schon „in fast jeder Vorschrift des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches“ und gehöre „dem sachlichen Strafrecht an“.<sup>46</sup> Dementsprechend: Nur wer einen Menschen getötet hat, sei zu bestrafen – also nicht derjenige, der sich einer Tötung verdächtig gemacht hat.<sup>47</sup> Die Argumentation *Sarstedts* beruht auf einem logischen Schluss: Der in dubio pro reo-Satz sei aus den Straftatbeständen abzuleiten, denn ausgehend vom Obersatz „wer tötet, macht sich strafbar“ müsse der Untersatz „A hat getötet“ lauten, um die entsprechende Folgerung „A macht sich strafbar“ ziehen zu können. Der in dubio pro reo-Satz sei also bereits in den Bestimmungen des Besonderen Teils des StGB enthalten und deswegen – so legt *Sarstedt* nahe – überflüssig. Diese Ansicht ist laut *Frisch* allerdings verfehlt, denn die Strafe knüpfe nicht an den Beweis der Tötung oder der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, sondern schlicht an die Tötung und die Wegnahme an.<sup>48</sup> *Sarstedt* verwechsle, so *Frisch*, zweierlei: „die Frage, wann eine Person nach materiellem Recht Strafe verdient, und die Frage, wann der Staat diese Strafe verwirklichen darf“.<sup>49</sup> Bevor ich auf *Frischs* eigenen Ansatz eingehe, soll diese Argumentation unter die Lupe genommen werden.

liste nahelegten: wie viele Zeugen oder von welcher Qualität nötig sind, damit zu dem jeweils nächsten Abschnitt des Verfahrens vorangeschritten werden kann – eine bloße Beweismittelarithmetik; ähnlich *Shapiro*, „Beyond reasonable doubt“ and „probable cause“, 1991, S. 3: „The judge in most criminal cases was essentially an accountant who totaled the proof fractions“.

<sup>42</sup> *Kadane/Schum*, A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence, 1996, S. 50 ff.

<sup>43</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 276.

<sup>44</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 276.

<sup>45</sup> Es ist hervorzuheben, dass der Ansatz *Sarstedts* von *Hamm* (*Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 36, 887) nicht mehr vertreten wird. *Hamm* verweist stattdessen auf eine Ableitung des in dubio pro reo-Satzes aus dem Rechtsstaatsprinzip und auf die Nähe zu § 261 StPO.

<sup>46</sup> *Sarstedt* (Fn. 2), S. 240 f.

<sup>47</sup> *Sarstedt* (Fn. 2), S. 240.

<sup>48</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 278.

<sup>49</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 278.

Denn bei näherer Betrachtung erweist sich eigentlich *Frisch* und nicht *Sarstedt* als derjenige, der dieselben Fragestellungen verwechselt.

#### a) Über die Situation des Ignoramus

Zunächst ist mit *Ho* festzuhalten: „The statement that it is true that A killed B is perfectly intelligible as an assertion that, in reality, A did kill B; but how is the court to see that A really did kill B?“<sup>50</sup> Deswegen ist es von zentraler Bedeutung, auf die Unverzichtbarkeit der epistemischen Züge unserer forensischen Praxis aufmerksam zu machen. Wie *Goldman* ausführt: „It is important to distinguish between metaphysically cases and epistemologically easy cases. If all the material facts of a case are ‚given‘, metaphysically speaking, it may be straightforward how it ought to be classified. But this does not mean that it is epistemologically easy to determine what those facts are“.<sup>51</sup> Damit wird auf eine folgenschwere Unterscheidung aufmerksam gemacht: zwischen der *Situation des Wissenden*, in welcher wir die Größe der Unsicherheit aus dem einen oder anderen Grund ausblenden, und der *Situation des Ignoramus*, in welcher wir unter Unsicherheit argumentieren.<sup>52</sup> *Frisch* nimmt die Position des Wissenden ein, indem er sich mit der Frage beschäftigt, „wann eine Person nach materiellem Recht Strafe verdiene“.<sup>53</sup> Das gibt uns Anlass zu folgenden Überlegungen: Es ist eine übliche, ja berechnete Praxis, dass man bei der rechtsdogmatischen Ausarbeitung materiell-rechtlicher Fragen, wie z.B. bei der Einstufung des Mordtatbestandes als eigenständigen Delikts im Verhältnis zum Totschlag, (der Einfachheit halber) erkenntnistheoretische oder gar beweisrechtliche und -analytische Probleme außer Acht lässt. Es gibt gute Gründe dafür, dass man sich z.B. während des Studiums auf materielle (strafrechts-)dogmatische Gesichtspunkte konzentriert. Die Probleme fangen jedoch da an, wo man diese Vorgehensweise (Ausblenden der Unsicherheitsgröße) auf die dogmatische Ausarbeitung der gesamten Rechtsordnung oder gar auf die gerichtliche Praxis (!) überträgt.

Hier geht es mir nicht darum, ob das Prozessrecht im Schatten des materiellen Rechts steht, sondern um die unumstrittene These, dass erkenntnistheoretische bzw. beweisanalytische Probleme für die Rechtswissenschaften kaum interessant sind. Die Diagnose zu der hier zu behandelnden Problematik möchte ich mit den Worten *Nauckes* liefern: „man hat [im Recht] den Fall daher so zu nehmen, wie er geschildert ist [...]. Der Strafrichter muß sich früh darin üben, unwahrscheinlich klingende tatsächliche Geschehnisse als geschehen betrachten zu können“.<sup>54</sup> Auf gut Deutsch: Der Straf-

<sup>50</sup> *Ho* (Fn. 23), S. 57 f.

<sup>51</sup> *Goldman*, Knowledge in a Social World, 1999, S. 278.

<sup>52</sup> Siehe *Ernst*, in: Tolksdorf (Hrsg.), Conceptions of Knowledge, 2011, S. 307.

<sup>53</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 278.

<sup>54</sup> *Naucke*, Strafrecht, 10. Aufl. 2002, S. 1, 12; sehr kritisch dazu auch *Koch/Rußmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 271; siehe auch *Laudan*, Truth, Error, and Criminal Law, 2006, passim; *Anderson/Twining*, Analysis of evidence,

richter, um den es sich hierbei handelt und der angeblich den in dubio pro reo-Satz anwenden soll, nimmt die Situation des Ignoramus ein. Beweisanalytische und beweisrechtliche Probleme werden nicht ausgeklammert; ganz im Gegenteil wird eine *Entscheidung unter Unsicherheit* getroffen. Das heißt, die Frage nach den materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Strafe, die *Frisch* stellt, ist sinnlos, sobald wir uns im Strafverfahren befinden. *Frisch's* Auffassung führt unausweichlich zu dem Ergebnis, dass die „bloße Existenz“ der Tatsachen eine Rechtsfolge auslösen kann. Diese Fragestellung ist allerdings wegen ihres metaphysischen Charakters diskreditiert worden. *Koussoulis* merkt an, dass das Beweismaß zum Tatbestand der Rechtsnorm gehört, „so daß die Anwendung des ‚materiellen Rechts‘ eng mit den jeweils geltenden Beweismaßanforderungen verbunden ist“.<sup>55</sup>

Die Frage was eine Norm *ist* (die *Frisch'sche* Frage nach dem „Wesen“ des in dubio pro reo-Satzes) „ist analog der Frage ‚was eine Schachfigur ist‘“.<sup>56</sup> Antwortet man, dass eine Schachfigur ein Stück Holz sei, oder beschreibt man gar deren molekulare Struktur, hört man auf, über Schach zu reden und trägt nunmehr über organische Chemie vor. Man wechselt das Thema. Interessant ist die Funktion einer Schachfigur nur im Rahmen eines Schachspiels, ähnlich wie unser Untersuchungsobjekt die *Funktion* einer geltenden (d.i. positiv-rechtlichen) Norm in einem Normenspiel sein soll. Dies zeigt auf, dass die von *Frisch* gestellte „Wesensfrage“ begrifflich verwirrt ist. Denn bei der Auseinandersetzung mit dem in dubio pro reo-Satz geht es nicht um die Abgrenzung zwischen Totschlag und Mord (wie im obigen Beispiel), sondern um ein Strafurteil, das *Frisch* zufolge erst mithilfe des in dubio pro reo-Satzes gefällt werden könne. Unabdingbarer Teil der dogmatisch auszuarbeitenden Rechtsordnung, die ich hier als Normenspiel bezeichne, ist die Vorschrift des § 261 StPO, welche vorsieht, dass über das Ergebnis der Beweisaufnahme das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften *Überzeugung* entscheiden soll. Daraus folgt, dass zu den materiellrechtlichen beweisrechtlichen bzw. epistemische Fragen hinzukommen; zu den deontischen alethische Modi.<sup>57</sup> *Frisch* kritisiert *Sarstedt*, weil letzterer „Erkenntnisprobleme“ mit einbezieht. Er erinnert uns daran, dass „mit Ausnahme einiger weniger Tatbestandsmerkmale besonders strukturierter Delikte in den

Strafvorschriften des StGB von Beweisproblemen keine Rede sei“.<sup>58</sup> Jedoch verkennt *Frisch* dabei, dass wir uns spätestens mit dem in dubio pro reo-Satz, von welchem er ausgeht, inmitten der Beweisproblematik befinden. Argumentiert man wie *Frisch*, dann soll man das „dubium“ (aus dem in dubio pro reo-Satz) und die „Überzeugung“ (aus dem § 261 StPO) als untrennbar ineinandergreifende Begriffe betrachten. Das heißt, es ist nicht *Sarstedt*, der die Erkenntnisproblematik mit einbezieht und die Situation des Ignoramus einnimmt, sondern es ist *Frisch* selbst, der verkennt, dass wir nur aus den oben genannten Gründen und jedenfalls vorübergehend diese Größe ausblenden und die Situation des Wissenden einnehmen.<sup>59</sup> Anders formuliert: Es ist nicht im Kontext des Strafprozessrechts oder gar der dogmatischen Ausarbeitung (scil. Systematisierung) der Rechtsordnung, dass wir die Größe der Unsicherheit einblenden, sondern es ist im Kontext des materiellen Strafrechts, dass wir diese Größe (vorübergehend) ausblenden. Im Hintergrund aller materiell-rechtlichen Überlegungen kann nichts anderes als ihre Anwendung mittels eines prozessrechtsgemäß entstandenen Urteils stehen und zwar bezüglich der Frage, ob gegen eine bestimmte Person auf Grund eines bestimmten Lebenssachverhaltes ein staatlicher Strafanspruch besteht.<sup>60</sup> Der Gedanke, die Größe der Unsicherheit zu eliminieren, ist nicht überzeugend.

#### 4. In dubio pro reo als Rechtsanwendungsnorm

*Frisch* kommt – wie gezeigt wurde: von falschen Prämissen aus – jedenfalls zu dem Schluss, dass der in dubio pro reo-Satz weder die praemissa minor noch die praemissa maior „beeinflusst“.<sup>61</sup> Die Frage solle also lauten: „Wo setzt er dann an? Welches Wesen kann er dann überhaupt noch besitzen?“<sup>62</sup> Deshalb schlägt *Frisch* vor, die Situation in *normtheoretischer* Hinsicht zu präzisieren. Es solle von dem klassischen Beispiel des § 212 StGB ausgegangen werden: Sei dem Richter eine Subsumtion unter diese Vorschrift nicht möglich, weil es dem Gericht an hinreichender Überzeugung von den Tatbestandsmerkmalen fehle, so wäre der Schluss voreilig gewesen, dass „der Richter den A ohne weiteres freisprechen kann“, da A die Voraussetzungen, „unter denen nach dem Gesetz Strafe eintreten soll“, nicht erfülle.<sup>63</sup> Betont wird dabei, dass selbst die Nichtanordnung der Strafe als „sachliche Entscheidung des Gerichts aus den Normen des materiellen Rechts“ behandelt werden solle.<sup>64</sup> Des Rätsels Lösung stelle nach *Frisch* die Konstruktion *Engisch's* dar.<sup>65</sup> Im Falle eines „non liquet“ solle der Richter die sog. negative Ergänzungsnorm heranziehen, die ihm den Weg zur sachlichen

1991, S. XX, 56 ff.; ähnlich *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. 2007, S. 135.

<sup>55</sup> *Koussoulis*, in: Gottwald (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, 1990, S. 277 (278); zum Prinzip der Einheit der Rechtsordnung siehe BGHSt 11, 241.

<sup>56</sup> *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe, Bd. 1, 1984, S. 225-618, § 108.

<sup>57</sup> *Kelsen* (Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 246) betont: „Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll eine bestimmte Strafe über ihn verhängt werden, sondern: Wenn das zuständige Gericht in einem durch die Rechtsordnung bestimmten Verfahren rechtskräftig festgestellt hat, daß ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll das Gericht über diesen Menschen eine bestimmte Strafe verhängen.“

<sup>58</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 278.

<sup>59</sup> *Ernst* (Fn. 52), S. 307 f.

<sup>60</sup> *Kühne* (Fn. 9), Rn. 639.

<sup>61</sup> So *Frisch* (Fn. 1), S. 279.

<sup>62</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 279.

<sup>63</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 279 f.

<sup>64</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 279.

<sup>65</sup> Siehe *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 3-22.

Entscheidung ebnet könne.<sup>66</sup> Der Richter solle, entweder die in § 212 StGB enthaltene *Sanktionsnorm* (N<sub>S</sub>):

N<sub>S</sub>: Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

oder deren *negative Ergänzungsnorm* (N<sub>ErgN</sub>):

N<sub>ErgN</sub>: Wer keinen Menschen tötet, wird nicht als Totschläger bestraft.

anwenden, damit er trotz der „Ungewißheit über die Anwendungsvoraussetzungen“ „ohne Weiteres subsumieren“ und entscheiden könne.<sup>67</sup> Nach *Frisch* ist der oben skizzierte Weg sogar die einzig naheliegende Möglichkeit, um zu einer sachlichen Entscheidung zu gelangen<sup>68</sup> – ein Weg, der uns dabei ver helfe, das Wesen des in dubio pro reo-Satzes als Entscheidungsregel des Rechtsanwendungsrechts richtig zu erkennen. Kurzum: An der Eleganz der von *Frisch* vorgeschlagenen Lösung wird hier nicht gezweifelt. Die Kritik setzt bei der Verdoppelung nicht nur der anzuwendenden Norm,<sup>69</sup> sondern unausweichlich der gesamten Rechtsordnung an. Durch Beleuchtung der Syntax des in dubio pro reo-Satzes werde ich zeigen (III.), dass dessen Anwendung gegen grammatische Regeln unserer Sprache (von der die Rechtssprache ein Teil ist) sowie methodologische Prinzipien verstößt.

### III. Zur Analyse des in dubio pro reo-Satzes

#### 1. Zur Syntax des in dubio pro reo-Satzes

Die Suche nach dem Wesen – im metaphysischen Sinne – eines (vermeintlichen) rechtlichen Grundsatzes scheitert vor allem an der Positivität des Rechts und den logischen Prinzipien, mithilfe deren wir die Rechtsordnung systematisieren (können). Sobald man von einem naturrechtlichen Denken absieht, wo Normsätze oder selbst die Logik als vorrechtliche Entitäten zu erfassen wären und auf welchen die Geltungsbedingungen einer Norm (hier: des in dubio pro reo-Satzes) zurückgeführt werden sollen,<sup>70</sup> erscheint die oben dargestellte Vorgehensweise zweifelhaft zu sein. Dennoch: Man hört nicht auf, sich mit dem „Wesen“ einer positiv-rechtlichen Norm zu befassen; man entkleidet sie nur ihres metaphysischen Schleiers. Im Anbetracht dieser Überlegungen wird im Folgenden der Grammatik des in dubio pro reo-Satzes nachgegangen, nämlich den Verästelungen des logisch-grammatischen Geflechts zwischen den Geltung beanspru-

chenden Normen.<sup>71</sup> Denn „welche Art von Gegenstand etwas ist, sagt die Grammatik“.<sup>72</sup> Da erscheint der in dubio pro reo-Satz sehr hilfreich zu sein, da er selbst in die Form einer üblichen gesetzlichen Regelung gekleidet ist.<sup>73</sup> Tatsächlich lässt sich der Satz „in dubio pro reo“ in Rechtsfolgenvoraussetzung (dubium) und Rechtsfolgenanordnung (pro reo) unterteilen.

#### 2. Über das inflationäre dubium. In dubio pro reo?

Laut *Peters* geht der in dubio pro reo-Satz von einem dubium aus, d.h. von einem „unsicheren Beweisergebnis“.<sup>74</sup> Damit greife er erst ein, nachdem in der Hauptverhandlung der Beweisabschnitt mit einem unsicherem Ergebnis abgeschlossen ist, und bestimme allein, welche Rechtsfolge in diesem Fall einzutreten habe: pro reo. Diese Feststellung ist allerdings genauso wahr wie überflüssig. Denn Kontingenz gehört zu unserer epistemischen Praxis dazu. *Maguire u.a.* bringen diesen Gedanken auf den Punkt: „Evidence is produced at trial so that an impartial trier can decide how an event occurred. Time is irreversible, events unique, and any reconstruction of the past at best an approximation. As a result of this lack of certainty about what happened, it is inescapable that the trier’s conclusions be based on probabilities.“<sup>75</sup> Die Sachverhaltsfeststellung hat einen irreduziblen probabilistischen Charakter. Anders als in der „Carolina“, wo den Tatrichtern detailliert vorgeschrieben wurde, wie sie die Ermittlungsergebnisse zu würdigen hatten,<sup>76</sup> (sodass das Beweiskriterium entweder erfüllt wurde oder nicht – Zweifel an der Schuld kamen dabei nicht in Frage)<sup>77</sup> kann bei dem geltenden System der nicht an gesetzlichen Vorschriften gebundenen Beweisanalyse nicht die Rede von einem „dubium“ sein, ohne dass damit etwas Unsinniges gesagt wird. Wir argumentieren ständig unter Unsicherheit und treffen Entscheidungen nicht erst dann, wenn wir alle Zweifel ausgeräumt haben, sondern ausgerechnet trotz bestehender Zweifel.<sup>78</sup> Das (einzige) Tatbestandsmerkmal des in dubio pro reo-Satzes ist in diesem Sinne inflationär und inhaltsleer. Die Frage lautet nicht, was nun zu tun ist, wenn Zweifel vorhanden sind, sondern was für Zweifel wir legitimerweise ignorieren dürfen bzw. wir ausschließen sollen, damit die Leistungsfähigkeit der Strafjustiz nicht auf Null reduziert wird.<sup>79</sup>

<sup>71</sup> Dazu *Bennett/Hacker* (Fn. 29), S. 400.

<sup>72</sup> *Wittgenstein* (Fn. 56), § 373.

<sup>73</sup> *Montenbruck* (Fn. 11), S. 31. So auch *Zopfs* (Fn. 2), S. 15.

<sup>74</sup> *Peters*, „In dubio pro reo“ als geltender Rechtssatz des materiellen deutschen Strafrechts, 1963, S. 6.

<sup>75</sup> *Maguire/Weinstein/Chadbourn/Mansfield*, Evidence, Cases and Materials, 1973, S. 1.

<sup>76</sup> Ausführlich dazu *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 62 ff.

<sup>77</sup> *Ignor* (Fn. 76), S. 61 f.

<sup>78</sup> Dazu *Kotsoglou*, Law Probability and Risk 2013, 275 ff.

<sup>79</sup> So etwa *Laudan* (Fn. 54), S. 66: „To how much BoD [Benefit of the Doubt – Anmerkung des Autors] is a criminal defendant entitled?“, *Arzt* (Fn. 4), S. 8, stellt eine ähnliche Frage: „Wie groß muß der Zweifel sein, damit er sich pro reo

<sup>66</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 281.

<sup>67</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 280.

<sup>68</sup> *Frisch* (Fn. 1), S. 281 f.

<sup>69</sup> Dieser Ansicht ist *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsumutung, 1998, S. 490.

<sup>70</sup> *Frisch* ([Fn. 1], S. 273) schreibt: „denn solange das genaue Wesen des Satzes im Dunkel liegt, muß auch die Suche nach dessen Geltungsgrund und der Zugehörigkeit zum formellen oder materiellem Recht als blindes Tasten erscheinen“.

3 „In dubio pro reo“ + BGH-Rspr. = Beweiskriterium

Diese Überlegungen führen uns direkt zur nächsten Frage: Was sind die Molekularsätze, aus welchen das hier behandelte dubium als Rechtsfolgenvoraussetzung besteht? Was für Zweifel vermögen ein Strafurteil zu verhindern? Die Frage gewinnt unvermindert heute noch an Bedeutung, da laut Bundesverfassungsgericht<sup>80</sup> ein vom Revisionsgericht zu beachtender Verstoß gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“ erst dann vorliegt, wenn aus dem Urteil selbst hervorgeht, dass der Trichter von der Richtigkeit des dem Urteil zugrunde gelegten Sachverhalts nicht zweifelsfrei überzeugt gewesen ist. Stimmen aus der Literatur verlangen auch, dass Zweifel „im Beratungszimmer restlos geklärt sein“ müssten.<sup>81</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat dies allerdings als „überspannte Anforderungen“ an den ein Strafurteil ermöglichenden Beweis kritisiert und abgelehnt. Nach ständiger höchstrichterlichen Rechtsprechung sowohl im angelsächsischen als auch im kontinentalen Raum kommen nur die „vernünftigen Zweifel“ (reasonable doubts) in Betracht.<sup>82</sup> Kann der Trichter als epistemischer Agent all die vernünftigen Zweifel ausräumen, dann ist er epistemisch berechtigt, den Angeklagten zu verurteilen und einen Wissensanspruch zu erheben. Die zwei Molekularsätze [MS], die das strafrechtlich relevante dubium betreffen, können wir jetzt folgendermaßen skizzieren:

- Besteht ein vernünftiger Zweifel → Freispruch  
= pro reo [MS<sub>1</sub>]
- Besteht kein vernünftiger Zweifel → Verurteilung  
= contra reum [MS<sub>2</sub>]

Nun komme ich zur Kritik des Ansatzes von *Frisch*. Diesbezüglich lässt sich zweierlei bemerken:

a) Der in dubio pro reo-Satz solle (s.o. II. 4.) als Meta-Norm konzipiert werden und als gesetzliche Urteilsgrundlage dienen. Nach dem Ansatz *Frischs* soll er als „Rechtsanwendungsregel“ uns ermöglichen, zwischen Tatbestand und negativer Ergänzungsnorm zu entscheiden. Hier wurde allerdings gezeigt, dass die Problematik nur verschoben, wenn nicht sogar verdeckt, wurde. Denn zusätzlich müssten wir eine Meta-Meta-Norm (≈ Meta-Rechtsanwendungsnorm) heranziehen, um zwischen MS<sub>1</sub> und MS<sub>2</sub> entscheiden zu können. Hält man entgegen, dass dies unnötig wäre, dann löst sich das ursprüngliche Problem schlagartig auf, weshalb wir im Fall einer nicht hinreichenden Überzeugung nicht automatisch freisprechen könnten. Anders formuliert: Solange das Konzept einer Meta-Meta-Norm problematisch erscheint, steht auch der in dubio pro reo-Satz, als meta-Norm konzipiert, auf tönernen Füßen.

b) Aus dem ursprünglichen (einheitlichen) dubium entpuppen sich, wie gezeigt wurde, zwei Varianten: MS<sub>1</sub> und

auswirkt?“ Von dem Grundsatz des Satzes in dubio pro reo verabschiedet sich *Arzt* trotzdem nicht.

<sup>80</sup> BVerfG NJW 1988, 477.

<sup>81</sup> *Eschelbach* (Fn. 9), § 261 Rn. 64.

<sup>82</sup> Siehe *Damaška*, University of Pennsylvania Law Review 121 (1973), 540 f.

MS<sub>2</sub>. Die letztere (MS<sub>2</sub>) ist allerdings die von der Rechtsprechung in mehreren Ländern als Beweiskriterium verwendete prozessuale Denkfigur „Beweis jenseits vernünftiger Zweifel/proof beyond a reasonable doubt“. Der (rechtlich relevante) Unterschied ist, dass das Beweiskriterium die dogmatische Konstruktion für die Auslegung des § 261 StPO und die an die trichterliche Überzeugung zu stellenden Anforderungen ist. Der konkurrierende in dubio pro reo-Satz entbehrt jeglicher gesetzlichen Grundlage.

Der in dubio pro reo-Satz entfaltet also eine äußerst schwache analytische Funktion. Weder unterscheidet er zwischen vernünftigen und nicht-vernünftigen Zweifeln noch sieht er das erforderliche Quantum des Zweifels vor. Seine „heuristische Kraft“ ist somit äußerst begrenzt und daher schneidet er im Vergleich zu seinen „Konkurrenten“ sehr schlecht ab. Auf dieses Konkurrenzverhältnis hat *Damaška* hingewiesen: „Continental speak of the maxim in dubio pro reo, while common law laymen talk of requiring proof beyond a reasonable doubt“.<sup>83</sup> Wäre der „sich in Voraussetzung und Wirkungsweise unterteilen lassende Satz ‚im Zweifel für den Angeklagten‘“<sup>84</sup> eine strafrechtliche Norm, dann würde er wohl gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) verstoßen. Der Versuch, den in dubio pro reo-Satz durch eine aufwendige Konstruktion zu retten, liefert keine Lösung; er verschiebt das Problem lediglich.

4. Der in dubio pro reo-Satz als Tatbestand. In dubio pro reo?

Nachdem ich mich mit der sog. „Rechtsfolgenvoraussetzung“ („dubium“) auseinandergesetzt habe, kann ich nun die „Rechtsfolgenanordnung“ („pro reo“) unter die Lupe nehmen. Der ganz herrschenden Meinung nach löst ein „vernünftiger“ Zweifel eine Rechtswirkung aus: Der Angeklagte, über dessen Schuld der zuständige Richter nicht hinreichend überzeugt ist, soll freigesprochen werden. Anders formuliert:

„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, soll immer dann freigesprochen werden, wenn der Richter von deren Schuld nicht hinreichend überzeugt ist“ (T<sub>1</sub>).

Schauen wir uns jetzt die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) an:

„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“ (T<sub>2</sub>).

Die Ähnlichkeit zwischen den zwei Sätzen springt besonders ins Auge. Die Sätze T<sub>1</sub> und T<sub>2</sub> unterscheiden sich nur durch eine abweichende Wortwahl. Sie sind *strukturell* ähnlich. Ein positiviertes Rechtsprinzip wie die Unschuldsvermutung kann sich gegen den in dubio pro reo-Satz, scil. einen nicht-positivierten Satz, der die gleiche Funktion erfüllen soll, erfolgreich behaupten. Auf diesen merkwürdigen Kampf um rechtlichen Regelungsraum werde ich später eingehen. Hier

<sup>83</sup> *Damaška*, University of Pennsylvania Law Review 121 (1973), 540 f.

<sup>84</sup> So *Zopfs* (Fn. 2), S. 15.



soll gezeigt werden, dass es sich um ein tiefes Missverständnis handelt, wenn man den in dubio pro reo-Satz als einen „fundamentalen *Rechtssatz*“<sup>85</sup> behandelt. Das vermag m.E. dessen denkbare Gegensatz zu verdeutlichen – nämlich ein Rechtssystem, in welchem der Angeklagte, von dessen Unschuld der zuständige Richter nicht hinreichend überzeugt ist, verurteilt werden soll: in dubio contra reum.

### a) *In dubio contra reum*

Den Satz „in dubio contra reum“ will ich an zwei, an sich unterschiedlichen, historischen Beispielen verdeutlichen, auf deren Diskussion ich mich im Folgenden konzentrieren möchte. Bezüglich des ersten Beispiels wird ein kurzer Exkurs in das vom religiösen Weltbild geprägte Mittelalter gemacht. Als roter Faden, der sich durch die diversen „Proben“ zog, kann das strukturelle Element einer Schuldvermutung angesehen werden. Gelang es dem Verdächtigen etwa, zwischen zwei brennenden Holzstößen hindurchzugehen, seine Hand ins Feuer zu halten oder ein Stück Käse bzw. Brot unzerkaut hinunterzuschlucken,<sup>86</sup> war der Beweis der Wahrheit seiner Behauptung, meistens seine Unschuld, als erbracht anzusehen.<sup>87</sup> War dies nicht der Fall, so hatte man mit einer Bestrafung als Konsequenz zu rechnen. Noch ein aufschlussreiches Beispiel ist die Haltung der USA während des zweiten Weltkriegs gegenüber den US-amerikanischen Bürgern japanischer Abstammung. Die US-Bundesregierung erließ 1942 die Executive Order 9066, kraft dessen circa 120.000 US-Bürger japanischer Herkunft in Konzentrationslagern (internment camps) untergebracht wurden. Der US Supreme Court bekräftigte anschließend in einem höchst umstrittenen Urteil die Verfassungsmäßigkeit dieser Anweisung.<sup>88</sup> Sieht man davon ab, dass entlastendes Beweismaterial von der Regierung (Solicitor General Charles Fahy) systematisch unterdrückt wurde und dass Menschen nur wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe abgeschoben wurden, lässt sich eine autoritäre (d.h. contra reum-)Politik in Zeiten des Krieges herauskristalisieren. Ein einfacher Verdacht, der ausschließlich aus der ethnischen Herkunft resultiert, vermag eine de facto-Bestrafung herbeizuführen.<sup>89</sup>

Entnimmt man diesen Beispielen eine generische Struktur, so liegt folgender Satz nahe:

<sup>85</sup> S.o. I. 2.

<sup>86</sup> Ausführlich dazu *Schild*, *Alte Gerichtsbarkeit*, 2. Aufl. 1985, S. 8-40, insb. S. 20-24.

<sup>87</sup> So *Schild* (Fn. 86), S. 22.

<sup>88</sup> U.S. Supreme Court, *Urt. v. 18.12.1944 – 323 US 214* (*Korematsu v. United States*).

<sup>89</sup> Den Gedankengang der US-Regierung können wir so rekonstruieren:

Prämisse 1: Es ist geboten, dass untreue Japano-Amerikaner während des Krieges isoliert werden.

Prämisse 2: Das Militär kann die treuen von den untreuen US-amerikanischen Bürgern japanischer Abstammung nicht trennen.

Konklusion: Es ist geboten, dass alle Japano-Amerikaner während des Krieges isoliert werden.

Mehr dazu bei *Meyerson*, *Political Numeracy*, 2002, S. 34 ff.

„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum Beweis ihrer Unschuld als schuldig.“

Darauf werde ich später (V.) eingehen.

### 5. *Libertas oder securitas?*

In beiden obigen Fällen gilt: im Zweifel gegen den Angeklagten/in dubio contra reum. Man kann festhalten, dass zwischen beiden Gegensätzen (pro reo und contra reum) ein stillschweigender Rechtssystemwechsel stattfindet. Primär geht es um eine andere Gewichtung zwischen den zwei wichtigsten Koordinaten der Kriminalpolitik: Freiheit und Sicherheit. Der (vermeintliche Grund-)Satz in dubio pro reo bzw. in dubio contra reum mag für diese politische Grundeinstellung eines Staates, scil. für die Auflösung des Dilemmas zugunsten der Freiheit oder der Sicherheit, informativ sein; eine positiv-rechtliche Funktion kommt ihm aus diesem Grund dennoch nicht zu. Bei diesen historischen Beispielen dreht es sich also um die Größen der „Freiheit“ (*libertas*) und „Sicherheit“ (*securitas*) als die zwei denkbaren politischen Grundeinstellungen einer Rechtsordnung. Von der Annahme ausgehend, dass Aufgabe moderner Strafrechtssysteme eine doppelte ist, nämlich a) die Kriminalitätseindämmung und b) der Schutz rechtstreuer Bürger, kommt man relativ schnell zu dem Schluss, dass es sich dabei um einen Gleichgewichtspunkt (trade-off) handeln soll.<sup>90</sup> In der deutschsprachigen Literatur gilt jedenfalls als unumstritten, dass weder die absolute Sicherheit noch die absolute Freiheit Ziel eines Rechtsstaates sein kann.<sup>91</sup> Die Rede ist hier von den Koordinaten der jeweiligen Kriminalpolitik und des Normensystems, welches sie umzusetzen hat.<sup>92</sup> Solange wir nun davon ausgehen,

<sup>90</sup> Nach *Roberts/Zuckermann*, *Criminal Evidence*, 2004, S. 355: „Governments confront structurally identical choices and dilemmas. In order to guarantee a high level of personal autonomy and security to its citizens, for example, governments and citizens alike must accept some risk of wrongful conviction, given the practical constraints of human fallibility in decision-making and limited knowledge of what goes in the world“.

<sup>91</sup> Siehe *Bitzilekis*, in: *Paeffgen* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 1 (5).

<sup>92</sup> Jede Diskussion, die im strafrechtlichen Diskurs geführt wird, ob zu den Grenzen des modernen Strafrechts oder zu seiner moralischen Legitimation, zur Zulässigkeit der Rasterfahndung o.ä., wird von einer begrifflichen Bedingung abhängig gemacht: jede Problematik lässt sich erst in Bezug auf diese beiden Koordinaten beschreiben und verstehen: Sicherheit (S) und Freiheit (F). Konkret: Aus der Überbetonung einer Koordinate resultiert die Einbuße an der jeweils anderen. Sicherheitsmaßnahmen im Flughafenbereich z.B. bedeuten Einschränkungen in die Freiheit(ssphäre) der Passagiere. Wir werden erst dann dem Charakter des Strafrechts als angewandten Verfassungsrechts gerecht, wenn wir eine Erklärung dessen liefern, wie sich eine dogmatische Lösung auf die Variablen von Sicherheit und Freiheit bezieht. Erst das Erfassen der Grammatik des Strafrechts ermöglicht uns, sinn-

dass Sicherheit ohne Freiheit eine blinde Strafanwendungsmaschinerie und Freiheit ohne Sicherheit ein leeres Wort ist, soll jede Kriminalpolitik ein den Grundvorstellungen jener Gesellschaft entsprechendes Gleichgewicht zwischen Freiheit und Sicherheit herstellen, d.h. den „logischen Ort“<sup>93</sup> angeben, der nach *Jakobs* die „Visitenkarte“<sup>94</sup> einer Gesellschaft ausmacht.

Ob nun eine Kriminalpolitik freiheits- oder sicherheitsausgerichtet sein wird, ob die oben beschriebene Kollision eher zu Lasten oder zu Gunsten der rechtstreuen Bürger gelöst werden soll, ist ureigener Gegenstand einer politischen Abwägung und Gesetzesgestaltung. Diese These bedarf einer Erklärung. In einem liberalen Staat wird dem Schutz der Rechte des Individuums Vorrang eingeräumt.<sup>95</sup> Die Orientierungsfunktion und ihre pragmatische Voraussetzung, der Schutz der rechtstreuen Bürger, werden auf Kosten der Verbrechensbekämpfung erfüllt. Diesen Grundgedanken bringt der US Supreme Court zum Ausdruck: „In every criminal case, society recognizes that it is for worse to convict an innocent man than to let a guilty man go free.“<sup>96</sup> Diese steil asymmetrische Gewichtung zwischen dem Schutz der Gesellschaft und dem Schutz des Individuums vor unberechtigten Strafen, nämlich der Verzicht eher auf die Befriedungs- als auf die Orientierungsfunktion, bringt eindeutig zum Ausdruck, dass es eines der fundamentalsten Prinzipien unseres Strafverfahrens ist, das Risiko zu minimieren, dass einem rechtstreuen Bürger eine Strafe verhängt wird.<sup>97</sup> Es liegt allerdings auf der Hand, dass es sich dabei nur um die eine Seite der Medaille handelt. Das Risiko zu minimieren heißt noch lange nicht, es völlig auszuschließen. Für einen autoritativen Staat kann man die obige Argumentation freilich auf den Kopf zu stellen. Wird mehr Wert auf die innere Sicherheit gelegt, so soll das Strafrecht als Kampfinstrument aufgerüstet und die Befriedungsfunktion auf Kosten der Orientierungsfunktion erfüllt werden.

#### 6. *In dubio pro reo als politische Deklaration?*

Wie sich ein Rechtssystem im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit positioniert und folglich, ob es freiheits- oder sicherheitsausgerichtet ist, erfahren wir – so eine mögliche Rekonstruktion der h.M. – spätestens dadurch, ob der Satz „in dubio pro reo“ oder „in dubio contra reum“ gilt.

voll und effektiv miteinander zu reden. Bezieht man Stellung zu Sinn und Zweckmäßigkeit der Bestrafung etwa der unterlassenen Hilfeleistung, ohne dabei deren These an die Grundlage dieses Koordinatensystems anzusiedeln, so sind wir nicht in der Lage, seiner Argumentation zu folgen.

<sup>93</sup> Siehe *Wittgenstein*, Tagebücher 1914-1916, Werkausgabe Bd. 1, 1984, S. 89-187, Eintrag von 19.11.1914: „Der Satz und die logischen Koordinaten: das ist der logische Ort.“

<sup>94</sup> *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 844 (846).

<sup>95</sup> Grundlegend *Roberts/Zuckerman* (Fn. 90), S. 329 ff.

<sup>96</sup> U.S. Supreme Court, Urt. v. 31.3.1970 – 397 US 358 (In *Re Winship*, *Harlan J.* concurring).

<sup>97</sup> Grundlegend dazu *Roberts/Zuckerman* (Fn. 90), S. 17 f., die dies für eines der fünf fundamentalen Prinzipien des Beweisrechts im Strafverfahren halten.

Denn der Status eines Bürgers, dem eine Straftat vorgeworfen wird, sei zweifelsohne für den Charakter eines einzelnen Rechtsstaates informativ. Besser formuliert: die sog. „Rechtsfolgenauswirkung“ pro oder contra reum mache einen großen Teil jener „Visitenkarte“, von welcher vorher die Rede war, aus. Damit kommen wir zu einem m.E. einfachen und doch lange vernachlässigten Punkt. Der Satz „in dubio pro reo“ wirkt insofern für die politische Orientierung eines Rechtsstaates nicht konstituierend, als er nicht positiviert wird. Sucht man nach einem Sprechakt, der festlegen würde, ob mehr Wert auf Freiheit oder Sicherheit gelegt und damit ob dem Angeklagten der default-Status des Schuldigen oder des Unschuldigen eingeräumt wird, dann kommt man m.E. an der Unschuldsvermutung nicht vorbei. Im zweiten Fall (sicherheitsausgerichtete Staaten) gilt eine Schuldvermutung. Falls der Richter von der Unschuld des Angeklagten nicht überzeugt wird, dann soll er ihn verurteilen (weil er schon für schuldig vermutet wurde). Im ersten Fall (freiheitsausgerichtete Staaten)<sup>98</sup> gilt die Unschuldsvermutung: Der Angeklagte soll, falls der Richter von seiner Schuld nicht hinreichend überzeugt wird, freigesprochen werden. Das heißt, die Unschuldsvermutung und nicht der in dubio pro reo-Satz versieht den Angeklagten mit einer default-Berechtigung. Außer wenn der gesetzliche Beweis erbracht wird, hat der Angeklagte einen im Gesetz verankerten Anspruch darauf, freigesprochen zu werden. Wie *Montenbruck* treffend bemerkt, impliziert der Richter, der den Satz „im Zweifel für den Angeklagten“ heranzieht, dass er dem Angeklagten „eine Gunst im Sinne einer Gnade gewährt“, da er zugunsten des Angeklagten entscheidet.<sup>99</sup> Wenn dem in dubio pro reo-Satz überhaupt eine Funktion zukommen kann, dann wäre diese von rechtspolitischer Natur. Im einen Fall (pro reo) würde er signalisieren, dass nicht der Freiraum, sondern die Eingriffe in die Freiheitssphäre des Bürgers einer Legitimation bedürfen. Im anderen Fall (contra reum) das Gegenteil, nämlich dass der Freiraum und nicht der Eingriff in die Freiheitssphäre einer Legitimation bedarf. Damit haben wir aus rechtswissenschaftlicher Sicht noch keinen zweiwertigen archimedi-

<sup>98</sup> Für eine liberale Gesellschaft gilt spätestens seit *Platon*, *Gorgias*, 469c.1-2, dass das Unrecht leiden besser ist als das Unrecht tun; ähnlich *ders.* (a.a.O.), 527b. Dass es sich dabei um die zwei Seiten der Medaille handelt, erzählt uns schon *Ammianus Marcellinus* (*Rerum Gestarum*, L.XVIII): „Numerium Narbonensis paulo ante rectorem accusatum ut furem inusitatorum vigore pro tribunali palam admissis volentibus audiebat, qui cum infitiatione defenderet obiecta, nec posset in quoquam confutari, Delphidius orator acerrimus vehementer eum in pugnans documentorum inopia percitus exclamavit ‚ecquis, florentissime Caesar, nocens esse poterit usquam si negaresufficiet?‘ contra quem Iulianus prudenter motus ex tempore ‚ecquis‘ ait ‚innocens esse poterit si accusasse sufficiet?‘. et haec quidem et huius modimulta civilia“.

<sup>99</sup> *Montenbruck* (Fn. 11), S. 61: „Der Angeklagte hat ein Recht auf den Freispruch bzw. die mildere Bestrafung, er bedarf keiner Gunsterweisung“.

schen Punkt, der uns darüber Auskunft gibt, welchen default-Status der Angeklagte hat.

#### IV. Exkurs in die default-Logik

##### 1. Grammatisch-logische Rekonstruktion

Bisher wurde gezeigt, dass die Geltungsbedingungen des „populären“ in dubio pro reo-Satzes alles andere als unumstritten sind. Man sollte jedoch das Phänomen des kognitiven Konservatismus nicht unterschätzen. Wie *Montenbruck* es mit hoher Präzision auf den Punkt gebracht hat: „Vulgärrecht ist bequem“.<sup>100</sup> Und sobald man sich an eine Konstruktion gewöhnt hat, tut man sich schwer, auf sie zu verzichten. Denn die Ursache des ganzen Ärgers ist es gewesen, welche Urteilsgrundlage einem Freispruch zugrunde liegen soll.<sup>101</sup> Der in dubio pro reo-Satz, über dessen Inhalt die Juristen sich nach wie vor skeptisch äußern, hat uns geradezu eine bequeme und im obigen Sinne vulgärrechtliche Lösung geliefert. Dazu braucht man allerdings keine „neue“ (Meta-)Norm heranzuziehen. Unsere „Probleme werden gelöst, nicht durch Beibringen neuer Erfahrung, sondern durch Zusammenstellung des längst Bekannten“.<sup>102</sup> Ähnlich werde ich im Folgenden zeigen, wie man sich im Wesentlichen auf drei Normen (Art. 103 Abs. 2 GG in Verbindung mit § 2 StGB, § 261 StPO, Art. 6 Abs. 2 EMRK) zu konzentrieren hat, um etwaige freisprechende Urteile begründen zu können.

##### 2. Zum Art. 103 Abs. 2 GG

Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Käme ein juristischer Akteur auf die Idee, diese Vorschrift auf das Prinzip *nulla poena sine lege praevia* zu reduzieren, kontrapunktierte ihn die Strafrechtsdogmatik mit ihrem Systemisierungserfordernis. Die Regel „keine Strafe ohne Gesetz“ (Art. 103 Abs. 2 GG) findet, so u.a. *Stree*,<sup>103</sup> im prozessualen Bereich ihre Ergänzung bzw. Vervollständigung in dem Satz „keine Strafe ohne Tat- und Schuld nachweis“.<sup>104</sup> Nach ständiger Rechtsprechung genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichender Glaubensgrad, demgegenüber vernünftige Zweifel nicht mehr aufkommen.<sup>105</sup> Als Grundlage für jegliche Sachentscheidung dient nach § 261 StPO das, wovon der Richter auf Grund des sog. Kernstücks der Hauptverhandlung,<sup>106</sup> der Beweisaufnahme, hinreichend überzeugt ist. Damit sind wir also bei der wohl zentralen Vorschrift jeder Strafprozessordnung (§ 261 StPO):

„Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.“ Zu betonen sei hier die Exklusivität der strafrichterlichen Schuld feststellung, bzw. das richterliche Kognitionsmonopol.<sup>107</sup> Der Tatrichter und kein anderer wird ermächtigt, einen Tatverdacht durch eine gerichtliche Feststellung zu bestätigen oder den Angeklagten freizusprechen. Darin besteht der Inbegriff des Systems der freien Beweismittelwürdigung: Es kommt für die Schuldfrage allein darauf an, ob der Tatrichter die Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt erlangt hat oder nicht. Die sich aufdrängende Frage lautet: Welcher Art ist diese zu treffende Entscheidung? Von der Arbeitsdefinition ausgehend, der zufolge der Begriff „Entscheidung“ im allgemeinen Sprachgebrauch vor allem dann angewendet wird, wenn ein Wahlproblem von besonderer Bedeutung vorliegt,<sup>108</sup> lässt sich fragen: Was sind die möglichen Ausgänge dieses Wahlproblems?

##### 3. Über Entscheidungen im engeren und im weiteren Sinne

Auf den ersten Blick könnte die Antwort auf die oben gestellte Frage folgendermaßen ausfallen: Die Arbeit des Tatrichters ähnele der Arbeit des Historikers und dieses gemeinsame Element hänge notwendigerweise mit den zu treffenden Entscheidungen, als Ergebnis einer ähnlichen Vorgehensweise, zusammen. Betrachten wir nun die geschichtswissenschaftliche Praxis näher. Die Aufgabe der Historiker ist zum einen die Verifikation von Tatsachen, d.h. die Prüfung der Tatsächlichkeit einer Hypothese, und zum anderen deren Interpretation<sup>109</sup> im Rahmen des jeweiligen historischen Kontextes. Daraus ergibt sich, dass die Herangehensweise beider Berufsgruppen immer auf ein Urteil hin orientiert ist.<sup>110</sup> In dessen Inhalt besteht gerade der erste grundlegende Unterschied. Der Tatrichter soll anders als die Historiker eine *Entscheidung im engeren Sinne* treffen. Mangels ausreichender Beweise soll er den Angeklagten freisprechen. *Tertium non datur*.<sup>111</sup> Kann also der Tatrichter trotz Ausschöpfung der vorhandenen Beweismittel die Überzeugung von einem bestimmten Geschehensablauf nicht gewinnen, so darf er der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nach dem Angeklagten keine ungünstige Entscheidung zugrunde legen.<sup>112</sup> Für den Historiker hingegen wäre das (vorläufige) Urteil, dass seine Hypothese noch nicht mit guten Gründen untermauert (verifiziert) sei, ein durchaus akzeptables Erkenntnisresultat.<sup>113</sup> In diesem (engen entscheidungstheoretischen) Sinne hat der Historiker über nichts zu entscheiden.<sup>114</sup> Bei

<sup>100</sup> *Montenbruck* (Fn. 11), S. 199.

<sup>101</sup> Siehe u.a. *Frisch* (Fn. 1), S. 279; der, wie früher gezeigt, die Frage stellt: „Kann der Richter den A in dieser Situation nur ohne Weiteres freisprechen“? Diese Frage lautet im Grunde: Welche Norm kann als Entscheidungsgrundlage des Freispruchs dienen?

<sup>102</sup> *Wittgenstein* (Fn. 56), § 109.

<sup>103</sup> *Stree* (Fn. 36), S. 18.

<sup>104</sup> Zur Problematik des „*nulla poena sine culpa*“-Prinzips als Verfassungsgrundsatz siehe BVerfGE 20, 323.

<sup>105</sup> BGH VRS 24 (1963), 207 (210); BGH NSTZ 1988, 236.

<sup>106</sup> So *Kühne* (Fn. 9), Rn. 751.

<sup>107</sup> So *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 422 (426).

<sup>108</sup> So *Laux*, Entscheidungstheorie, 8. Aufl. 2012, S. 1.

<sup>109</sup> Dazu *Sellin*, Einführung in die Geschichtswissenschaft, 2. Aufl. 2008, S. 36 f.

<sup>110</sup> Siehe auch *Jablonek*, ÖZG 2005, 111 (118).

<sup>111</sup> Die geltende Rechtsordnung verbietet Institutionen wie die *absolutio ab instantia* oder die *poena extraordinaria*.

<sup>112</sup> So die weichenstellende Entscheidung des BGHSt 10, 208.

<sup>113</sup> Siehe hierzu *Mitsopoulos*, in: Gottwald (Fn. 55), S. 337 (342).

<sup>114</sup> Siehe auch *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 527 f. m.w.N.

der Geschichtswissenschaft – anders als bei der Sachverhaltsfeststellung – handelt es sich nicht um ein Teilgebiet der Entscheidungstheorie.<sup>115</sup>

Dem Tatrichter stehen also zwei Alternativen zur Verfü- gung: Ist er nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugt und zwar binnen angemessener Frist (Art. 6 Abs. 1 EMRK), dann soll er ihn freisprechen: „Absence of proof“ kann in diesem Sinne als „proof of absence“ verstanden werden. Dem strafverfahrensrechtlichen, steil-asymmetrischen Beweiskrite- rium wird die Symmetrie des Bestätigungsgrades einer histo- rischen Hypothese gegenübergestellt. Um mit *Chambers* zu sprechen: „Criminal trials are one sided searches for the truth that answer one question: Is the defendant certainly guilty? If the answer is yes, the defendant is convicted; if the answer is [...] possibly or anything other than an equivocal yes, the defendant is acquitted.“<sup>116</sup> Der Historiker kann freilich, ohne zeitliche Begrenzung, nach neuem Material suchen, das diese Hypothese stützt: „Absence of proof“ heißt hier noch lange nicht „proof of absence“. Der Beweiswürdigungsprozess ist hier symmetrisch. Eine Hypothese kann als gut oder weniger gut begründet gelten oder gar verworfen werden. Während Historiker sich also bei der Verifizierung einer Hypothese enthalten dürfen, sind die Tatrichter verpflichtet, ein Urteil zu fällen. Die einzige Frage lautet, ob das Beweiskriterium er- füllt wurde. Wenn dies der Fall ist, wird ein verurteilendes Urteil gefällt; ansonsten muss der Angeklagte freigesprochen werden.<sup>117</sup>

#### 4. Die Unschuldsvermutung als Katalysator des § 261 StPO

Ich habe oben versucht, den Unterschied zwischen Entschei- dungen im engeren und weiteren Sinne an dem Beispiel des Unterschiedes zwischen den Erkenntnisvorgängen bei Tat- richtern und Historikern zu veranschaulichen bzw. festzule- gen. Worauf ist allerdings dieser Unterschied zurückzuführen? Was verleiht dem beweisanalytischen Vorgang des Tatrich- ters seinen asymmetrischen Charakter? Wie bereits am Rande der Diskussion erwähnt, entfaltet im Art. 6 Abs. 2 EMRK die Unschuldsvermutung ihre Normativität, indem sie, anders als bei Historikern, die Nicht-Verurteilung dem Freispruch gleichsetzt. Darauf hat *Krauß* hingewiesen, als er ausführte, dass im Strafprozess nicht Wahrheit festgestellt (jedenfalls nicht so, wie sie der Historiker versteht), sondern dass ein

<sup>115</sup> Das Interesse der Historiker besteht im Gegenteil darin, eine Hypothese zu überprüfen und eventuell als verifiziert an- zunehmen. Gelingt ihnen das nicht, können sie freilich weiter suchen. Anders formuliert: Versteht man die historische For- schung als eine sich über mehrere Jahre hinweg erstreckende Tätigkeit, kontrapunktiert das Recht mit der Dringlichkeit der Entscheidung. Nach *Sellin* (Fn. 109), S. 30, ist die Geschichts- wissenschaft eine kollektive Anstrengung, die einem offenen Diskurs ähnelt, bei dem jedes Plädoyer das andere ablöst. Ausgerechnet dieser Parameter wäre für die Strafjustiz und ihre wichtigste Institution, die Rechtskraft, vernichtend.

<sup>116</sup> *Chambers*, *Marquette Law Review* 81 (1998), 657.

<sup>117</sup> Dies erklärt, aus welchem Grund sinnvoller Weise nicht die Rede von einem non-liquet im Strafverfahren sein kann.

Urteil gefällt wird.<sup>118</sup> Die Unschuldsvermutung *dynamisiert* den trichterlichen Erkenntnisvorgang und schreibt dem Tatrichter vor, dass nicht darüber entschieden werden soll, ob der Angeklagte ein rechtstreuer Bürger ist oder ob es zwei- felhaft ist, dass er die ihm vorgeworfene Tat begangen hat etc. Das einzige, was im Fokus der Hauptverhandlung liegen darf und soll, ist die Klärung der zweifelsfreien Schuld des Angeklagten. Erst durch die Unschuldsvermutung sind die Begriffe Schuld und Unschuld nicht (einfach) konträr, son- dern kontradiktorisch. Wie gezeigt wurde: Ein Historiker, der eine Hypothese (noch) nicht bejahen kann, soll sie trotzdem nicht ohne weiteres verneinen. Im Gegenteil dazu: Ein Tat- richter, der die relevanten Zweifel nicht ausräumen und daher dem Angeklagten rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten nicht zurechnen kann, hat die Annahme der Unschuld des Angeklagten aufrechtzuerhalten.<sup>119</sup>

#### 5. Zum Begriff der Anfechtbarkeit

Es wäre also keine schlechte Idee, unsere ganze Aufmerk- samkeit auf die Unschuldsvermutung zu lenken, um die Mög- lichkeit einer Freispruchsbegründung zu erforschen. Denn es ist mit *Rosenberg* festzuhalten, dass nirgends eine solche Sprachverwilderung wie in der Lehre von Vermutungen herrscht.<sup>120</sup> Um dieses Defizit zu überwinden wird im Fol- genden dem Begriff der Anfechtbarkeit nachgegangen, um anschließend deren Hauptelement, die anfechtbaren Struktu- ren, für die Unschuldsvermutung fruchtbar zu machen. *H.L.A Hart* lenkte 1949 mit seinem weichenstellenden Paper „The Ascription of Responsibility and Rights“ die Aufmerksamkeit der juristischen Community auf die Funktion der Konjunkti- on „unless“ (dt. „es sei denn“) – ein Terminus, der übrigens in fast jeder natürlichen Sprache zu finden ist.<sup>121</sup> *Hart* wies dadurch auf ein besonderes Merkmal juristischer Konzepte hin: die Funktion der „defeaters“, die die anfechtbare Struktur einer Aussage/Norm in Gang zu setzen vermögen.<sup>122</sup> Nehmen wir ein Beispiel an. Nach § 1592 Nr. 1 BGB wird ein wäh- rend einer Ehe geborenes Kind vom Gesetz dem Mann zuge- ordnet, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der

<sup>118</sup> Siehe *Krauß*, in: Grünwald (Hrsg.), *Festschrift für Fried- rich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, S. 411 (413). Damit beantwortet *Krauß* selbst die von ihm gestellte rhetorische Frage, ob etwa der Jurist die Feststellung „historischer“ und „objektiver“ Wahrheit so schlecht betreibe, oder ob es ihm bei der Tatsachenfeststellung um etwas ganz anderes als die aristotelische „adaequatio rei et intellectus“ gehe.

<sup>119</sup> Vgl. § 190 S. 2 StGB: „Der Beweis der Wahrheit ist dage- gen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.“ Dazu nur *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 190 Rn. 3.

<sup>120</sup> *Rosenberg*, *Die Beweislast*, 3. Aufl. 1953, S. 199.

<sup>121</sup> *Hart*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948-1949), 171.

<sup>122</sup> *Belzer/Loewer*, in: *Nute* (Hrsg.), *Defeasible Deontic Logic*, 1997, S. 45 (46).

Mutter verheiratet ist. Wir schließen, dass für diese anfechtbare<sup>123</sup> Vermutung nicht der biologische Nachweis der Vaterschaft, sondern minimale Bedingungen (hier: wirksame Ehe) erfüllt werden sollen.<sup>124</sup> Als Vater gilt also der Ehemann, *es sei denn*, die im Gesetz vorgeschriebenen Bedingungen liegen vor.

Die Einsicht *Harts*, dass nämlich unsere Sprache Konjunktionen enthält, die anfechtbare (widerlegliche) Strukturen darstellen, hat der Logik und vor allem der Künstlichen Intelligenz wichtige Impulse gegeben, neue Wege für die Repräsentation menschlichen Wissens zu finden.<sup>125</sup> *Reiter* schlug vor, dass wir unter gewissen Umständen berechtigt sind, von dem Regelfall auszugehen, ohne bejahen zu können, dass die Alternative nicht der Fall ist. Default-Logik formalisiert also das Ziehen von Schlüssen ohne Belege, wenn Gegenbelege nicht vorhanden sind. Unter bestimmten Bedingungen, d.h. wenn minimale Kriterien (z.B. Ehe) erfüllt werden, kann also der Regelfall bejaht werden, *es sei denn*, bestimmte Bedingungen liegen vor, die die Zurechnung anfechten. Wenn wir beispielsweise wissen, dass Tweety ein Vogel ist, dann dürfen wir daraus schließen, dass Tweety fliegen kann. Man beachte, dass wir nicht wissen, ob Tweety fliegen kann. Wissen verfügen wir nur über die default-Bedingung, dass Tweety ein Vogel ist, und dass dies mit der Information kompatibel ist, dass Vögel generell fliegen können. Wir lassen also zu, dass Tweety by default fliegen kann. Formal dargestellt:

Vogel (T):  $M_{\text{fliegen}}$  (T)  
Fliegen (T)

Diese Formel besagt: Wenn Tweety (T) ein Vogel ist und es konsistent ist zu glauben (M), dass Vögel fliegen können, dann sind wir in der Annahme epistemisch berechtigt, dass Tweety fliegen kann. Das minimale Kriterium, das erfüllt werden muss, ist (nur) die Eigenschaft eines Vogels. Dies befeuert die default-Annahme, dass Tweety fliegen kann. Das heißt allerdings nicht, dass diese Annahme unwiderlegbar ist. Unsere default-Annahme wird immer dann widerlegt, wenn wir Wissen um das Vorhandensein der in einer Ausnahmengruppe ( $\Sigma_{\text{defeaters}}$ ) enthaltenen defeaters besitzen.

*Beispiel:* Für  $\Sigma_{\text{defeaters}}$ : {Strauß, Pinguin}  
(T). Pinguin (T)  $\supset$  Fliegen (T)  
(T). Strauß (T)  $\supset$  Fliegen(T)

<sup>123</sup> Es soll hier erwähnt werden, dass im Gesetzestext auch unwiderlegbare Vermutungen enthalten sind, wie z.B. in § 1566 BGB: „Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.“

<sup>124</sup> Man beachte, dass z.B. die häusliche Gemeinschaft oder das Bestehen einer nichtehelichen Gemeinschaft nach h.M. nicht zur rechtlichen Vaterschaft reichen; denn diese Gemeinschaftsformen dürfen nicht als minimale Bedingungen angesehen werden.

<sup>125</sup> *Reiter*, *Artificial Intelligence* 13 (1980), 81.

Die default-Annahme (vermutete Tatsache) wird also beim Vorliegen eines defeaters widerlegt. Das oben angeführte Beispiel mag den einen oder anderen traditionell denkenden Juristen verwundern. „Haben es die Juristen mit Normen oder mit Vögeln zu tun?“ könnte man sich fragen. Und doch handelt es sich bei den Beispielen weder um Vögel noch um Normen. Denn Beispiele dienen einfach dazu, die zugrunde liegende logische Struktur unserer Schlussfolgerung, nämlich die formalen Strukturen hinter der natürlichen Semantik im Vordergrund erscheinen zu lassen. Ich behaupte, dass die default-Logik für die Vermutungslehre fruchtbar gemacht werden kann und soll.<sup>126</sup> Oben wurde das Beispiel des § 1592 Nr. 1 BGB erwähnt. In der Terminologie der default-Logik können wir davon ausgehen, a) dass die Ehe das minimale Kriterium ist, das erfüllt werden muss, b) dass es nach § 1592 BGB kompatibel<sup>127</sup> ist zu glauben (M), dass der Mann A, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes (K) verheiratet ist, dessen Vater ist und c) dass § 1599 BGB die zulässigen defeaters enthält ( $\Sigma_{\text{defeaters}}$ : § 1599 Abs. 1, Abs. 2 BGB), die die vermutete Tatsache (Vaterschaft) widerlegen können. Formal repräsentiert:

Verheiratet (A):  $M_{\text{Vaterschaft}}$  (A)  
Vaterschaft (A)

(A). § 1599 Abs. 1 BGB (A)  $\supset$  Vaterschaft (A)

(A). § 1599 Abs. 2 BGB (A)  $\supset$  Vaterschaft (A)

#### a) Zur default-Struktur der Unschuldsvermutung

Oben (III.) wurde gezeigt, dass es sich in jedem Rechtsstaat – ob autoritär oder (politisch) liberal – um eine fundamentale politische Entscheidung handelt, ob dem Angeklagten der default-Status des Schuldigen oder Unschuldigen eingeräumt wird. Das stellt m.E. den archimedischen Punkt für jedes Rechtssystem dar: ob der Freiraum oder aber die Eingriffe in die Freiheitssphäre des Bürgers einer Regelung, einer Legitimation bedürfen. Dieses theoretische Dilemma löst im geltenden Recht (spätestens) die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), die vorschreibt:

„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“

Man könnte allerdings einwenden, dass die Unschuldsvermutung keine default-Struktur aufweist. Denn die Termini „bis zum“ („until“, „jusqu’à ce que“) stellen anscheinend eine Temporalangabe dar: Der Angeklagte gilt *bis zum* Nachweis seiner Schuld als unschuldig. Es lässt sich allerdings auch schwer bestreiten, dass das Strafverfahren sowie das abschließende Strafurteil als *ein sich im Zeitablauf vollziehender Prozess*<sup>128</sup> aufzufassen sind. Entscheidungen oder gar ein

<sup>126</sup> Ausführlich dazu *Kotsoglou*, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* (2014 – im Erscheinen).

<sup>127</sup> Der Einfachheit halber formalisiere ich hier nicht mithilfe einer default deontischen Logik.

<sup>128</sup> *Laux* (Fn. 108), S. 8.

Strafverfahren erstrecken sich zweifellos *in Zeit*. Dies dennoch zu thematisieren, wäre nichts anderes als eine nicht erwähnenswerte alltägliche Trivialität. Man verlöre das Wesentliche aus den Augen, wenn man sich auf das Zeitelement konzentrierte. Deswegen wird hier behauptet, dass die Unschuldsumutung sich ohne jegliche Änderung ihrer Semantik so umschreiben lässt:<sup>129</sup>

„Der Angeklagte ist als unschuldig zu behandeln, es sei denn der Nachweis der Schuld wird gesetzlich erbracht.“

Der Angeklagte wird demgemäß als unschuldig behandelt und freigesprochen, *es sei denn* der gesetzliche Richter ist von seiner Schuld (hinreichend) überzeugt. Erst dann wird der Richter ermächtigt, den default-Status der Unschuld, welchen Art. 6 Abs. 2 EMRK dem Angeklagten einräumt, als widerlegt zu erklären und dementsprechend zu beseitigen. Mithilfe der oben skizzierten anfechtbaren Struktur können wir die Unschuldsumutung formal darstellen, um ihren normativen Inhalt zu beleuchten.

Angeklagter (A):  $M_{\text{Unschuldig}}(A)$   
Unschuldig (A)

Für  $\Sigma_{\text{defeaters}}$ : {§ 261 StPO}  
(A). § 261 StPO (A)  $\supset$  Unschuld (A)

Diese anfechtbare Struktur bringt *Ullman-Margalit* auf den Punkt: „Given that *p* is the case, you shall proceed as if *q* [Unschuld] were true, unless or until you have (sufficient) reason to believe that *q* is not the case.“<sup>130</sup> Ins Strafprozessrechtsdogmatische übersetzt: das minimale Kriterium (default-Bedingung), das erfüllt werden soll, ist die Inkulpation einer Person, und der einzige Grund (defeater), der die vermutete Tatsache (nicht aber die Vermutung selbst) anfechten kann, ist der gesetzliche Nachweis (Beweis jenseits vernünftiger Zweifel).<sup>131</sup>

## V. Zur Anwendbarkeit von Menschenrechten

### 1. Zu einer Freispruchsdogmatik

Die Frage, die traditionellerweise von der juristischen Community gestellt wird, nämlich was ein Grundsatz „wirklich“

ist, ist rettungslos nebulös. Genauso wie Worte kein Wesen, sondern eine Funktion *in* der Sprache haben oder Schachfiguren nur durch ihre Funktion definiert werden können, stellt die Frage nach dem „Wesen“ eines rechtlichen Grundsatzes einen unzulässigen Zug in einem Normenspiel dar.<sup>132</sup> Der damit aufgedeckte Essentialismus sollte uns nicht länger beschäftigen, da seine Leistungsfähigkeit im Vergleich zu den Ergebnissen der hier unternommenen Begriffsexplikation sehr gering ist. Jedenfalls: Da es sich bei dem *in dubio pro reo*-Satz um keine positiv-rechtliche Norm handelt, bleibt die zweite und m.E. letzte Option übrig, ihm die Funktion eines logischen Prinzips zuzurechnen. Diese Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass diese Vorgehensweise das Problem nur verschieben kann. Der *in dubio pro reo*-Satz, da er die Möglichkeit eines von jedem Zweifel ausgeräumten Wissensanspruchs voraussetzt, weist eine äußerst schwache analytische Funktion auf. Er steht mit der Dogmatik des § 261 StPO nicht im Einklang.

Dem Tatrichter stellt der Gesetzgeber das positiv-rechtliche Instrumentarium bereit, durch Heranziehung des § 261 StPO in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 EMRK, seinen Freispruch als sachliche Entscheidung zu begründen. Der Satz „*in dubio pro reo*“ als „Rechtsprinzip“ oder als „Metarechtsnorm“ – der angeblich dem Tatrichter ver helfe, zwischen Norm und negativer Ergänzungsnorm zu entscheiden – ist überflüssig. Solange der Tatrichter die widerlegliche Struktur der Unschuldsumutung begreifen kann, d.h., solange er die regelgeleitete Verwendung (= Bedeutung) der Wörter „nur“ und „es sei denn“ sprachlich zu verstehen in der Lage ist, kann er sich des logisch-dogmatischen Apparates der hier skizzierten Freispruchsdogmatik bedienen. Der Bürger braucht auf der anderen Seite weder Gnade noch einen Richter, der zu seinen Gunsten handelt. Es handelt sich bei dem Freispruch nicht um eine Geste, die der Richter nach Gutdünken gewährt. Vielmehr hat der Angeklagte einen im Gesetz verankerten „grundrechtlichen Freiheitsanspruch gegenüber dem Staat“.<sup>133</sup> Jegliche Debatte über Tatrichter, die angeblich Rücksicht auf die Interessen des Angeklagten bzw. dessen (positivierten) Rechte nehmen sollen, desavouiert das Strafverfahren. Denn hierdurch wird der Versuch unternommen, geltende Normen durch Konstruktionen wie den *in dubio pro reo*-Satz zu ersetzen, die aufwendig, teilweise widersprüchlich und inkonsistent sind sowie jeglicher analytischen Funktion entbehren. Der Freispruch des Angeklagten ist also nicht der Gunstbeweis eines gnädigen Richters, sondern dasjenige Urteil, das den default-Status des Angeklagten immer dann aufrechterhält, wenn der Tatrichter von seiner Schuld nicht hinreichend überzeugt ist – und das ist genau dann der Fall, wenn er epistemisch nicht in der Lage ist, all die kontext-relevanten (vernünftigen) Zweifel auszuräumen und wiederum einen Wissensanspruch zu erheben.<sup>134</sup> Die Missachtung einer positiv-rechtlichen Norm wegen der Anwendung eines „nirgendwo verankerten“, mysteriösen Natur-Grundsatzes, stellt einen

<sup>129</sup> Auf die default-Struktur der Unschuldsumutung sowie jeder (Rechts-)Vermutung haben seit längerer Zeit die Logiker hingewiesen. *Horty*, in: Nute (Hrsg.), *Defeasible Deontic Logic*, 1997, S. 27, bemerkt „the presumption of innocence in a legal system is a kind of default that overrides probabilistic considerations: even if the most salient reference class to which an individual belongs is one among which the proportion of criminals is very high, we are to presume that he has committed no crime unless there is conclusive evidence to the contrary“. Ähnlich *Ullmann-Margalit*, *Journal of Philosophy* 80 (1983), 147.

<sup>130</sup> *Ullman-Margalit*, *Journal of Philosophy* 80 (1983), 147.

<sup>131</sup> Das ist der Fall, wenn der epistemische Agent die kontext-relevanten Zweifel auszuräumen epistemisch in der Lage ist.

<sup>132</sup> *Wittgenstein* (Fn. 56), § 205.

<sup>133</sup> BVerfGE 17, 306; 19, 342. Siehe auch *Montenbruck* (Fn. 11), S. 186 ff.

<sup>134</sup> Dazu *Kotsoglou*, *Law Probability and Risk* 2013, 291 f.

unzulässigen Zug im Normenspiel derjenigen Rechtsordnungen dar, in welcher die EMRK gilt.

Ich habe hier versucht, die Auslegungsmöglichkeiten der Unschuldsumutung durch Überprüfung von deren grammatisch-logischer Struktur und durch Beachtung der normativen Verästelungen der komplementären Normen der deutschen Rechtsordnung zu beleuchten – d.h.: indem ich analytische (Strafprozessrechts-)Dogmatik betrieben habe. Aus diesem Grund lässt sich behaupten, a) dass die Skepsis u.a. *Stuckenberg*, der der Auffassung ist, dass die „unscharfe Fassung“ des Art. 6 Abs. 2 EMRK keine Interpretationshilfe biete,<sup>135</sup> mir unberechtigt zu sein erscheint, und b) dass mit Hilfe des Instrumentariums einer analytischen Dogmatik den Rechtsanwendern eine Repräsentationsform der Freispruchsdogmatik bereitgestellt wird, die schablonenhaft funktionieren und einen individuellen Freispruch rechtsfehlerfrei begründen kann.

## 2. Menschenrechte ernst genommen

Die Frage, die von der Rechtsprechung und einem ganz überwiegendem Teil der Literatur gestellt wird (nämlich wie ein Tatrichter einen Freispruch zu begründen hat bzw. welche Gründe seinen Freispruch tragen sollen) ist vor allem deshalb unsinnig, weil deren möglichen Antworten keine Funktion zukommt. Sie ähnelt der Frage eines Kindes (dessen Mutter die Norm setzt: „Du sollst in deinem Zimmer bleiben und deine Hausaufgaben machen, es sei denn, die Sonne scheint“) was es denn tun soll, falls die Sonne nicht scheint.<sup>136</sup> In jenem Fall, wird selbstverständlich seine Mutter ihm erklären: a) was die Bedeutung von „nur dann wenn“ oder „es sei denn“ ist bzw. was es eigentlich heißt, dass Lernen und Spielen einen kontradiktorischen Gegensatz bilden, und b) dass das Kind grundsätzlich lernen soll. Lernerei ist auch in diesem Fall mit einem default-Status versehen. Die Mutter des Beispiels wird ihrem Kind mühelos die natürliche Sprache durch die Verwendung unzähliger Sprachspiele beibringen. Anders als bei der Familie unseres Beispiels kann hier davon ausgegangen werden, dass Erwachsene und allen voran Juristen als kompetente Nutzer der Sprache eine solche Erklärung nicht benötigen.<sup>137</sup> Sie sind in der Lage, die Bedeutung bzw.

<sup>135</sup> *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 422 (459).

<sup>136</sup> Hier wird angenommen, dass einem Kind K zwei epistemischen Welten entsprechen: W1 (Spielen im Hof) und W2 (Lernen im Arbeitszimmer). Seine Mutter, die sich Sorgen um seine Zukunft sowie um seine Gesundheit macht, legt mehr Wert auf die Bildung ihres Sohns als auf das Spielen. Deswegen stellt sie die default-Norm.

<sup>137</sup> So bereits *Montenbruck* (Fn. 11), S. 75: „Fragt der Bürger den Rechtskundigen nach der voraussichtlichen Entscheidung der Gerichte für Sachverhalte, die der Gesetzgeber nicht geregelt hat, so genügt es, dass der Rechtskundige für das materielle Strafrecht schlicht auf Art. 103 Abs. 2 GG bzw. § 1 StGB hinweist: Nur in denjenigen Fällen, in denen die Strafbarkeit vorher gesetzlich bestimmt ist, darf der Täter verurteilt werden. Etwas anderes gilt allein in den Fällen, in denen eine Analogie (zu seinen Gunsten) zu ziehen ist. Fragt der Bürger als Laie weiter, wie ‚im Zweifel‘ zu entscheiden sei,

die anfechtbare Struktur von „nur“ (Art. 103 Abs. 2 GG) und „bis zum“ (Art. 6 Abs. 2 EMRK) zu verstehen.

Die moderne Strafprozessrechtsdogmatik ist zwischen dem Hammer der theorie-scheuen Praxis und dem Amboss derjenigen, die sich *formal*-logischer Sprachen zum Zwecke der Urteilsbegründung bedienen,<sup>138</sup> geraten. Der hier präsentierte Ansatz schlägt jenseits von begrifflichen Verwirrungen und Subrationalität einerseits und problematischer Anwendung logischer, entscheidungstheoretischer Ansätze andererseits, einen dritten Weg vor: denjenigen einer analytisch fundierten strafprozessrechtlichen Dogmatik, die Ausschau nach anschlussfähigen Ansätzen in den Nachbarwissenschaften hält – und dies, ohne dabei ihren Untersuchungsgegenstand, nämlich das positive Recht, aus dem Auge zu verlieren.

Die Einsicht in das grammatisch-logische Geflecht unserer Sprache hat uns gezeigt, dass wir mit guten Gründen unsere Grundintuition nicht loswerden können, der zufolge die Unschuldsumutung weit über ein „Verbot der Desavouierung des Strafverfahrens“,<sup>139</sup> eine Art *savoir-juger*, hinausgeht. Die Unschuldsumutung, als geistiges Kind der französischen Revolution,<sup>140</sup> komprimiert m.E. in einer rechtstechnisch meisterhaften Form das Aufklärungsarsenal, das vor allem heutzutage unter Druck steht. Gezeigt wurde, wie durch diese Norm der default-Charakter des Strafverfahrens begründet und dem Strafrichter die benötigten Darstellungsformen der jeweiligen Urteilsbegründung bereitgestellt werden. Als epistemische Maschine, von deren Zielgenauigkeit die Rationalität der Verhängung von strafrechtlichen Sanktionen, des *jus puniendi*, abhängt, ist das Strafverfahren bzw. das Strafverfahrensrecht als „angewandtes Verfassungsrecht“<sup>141</sup> in besonderer Weise den Grundrechten und Menschenrechten verpflichtet. Eines dieser Menschenrechte ist nun die Unschuldsumutung. Führt man sich die Tatsache vor Augen, dass dieses Verfahrens- bzw. Menschenrecht im praktischen Rechtsleben der Bundesrepublik Deutschland eine unbedeutende Rolle spielt,<sup>142</sup> und geht davon aus, dass wir freilich mithilfe *dieser* Norm – ohne dass wir eine fiktive (Meta-)Norm heranziehen müssen – einen Freispruch begründen können, so lässt es den Titel dieses Abschnitts im neuen Licht erscheinen. Es wurde höchste Zeit die (rechtlich-positivierten) Menschenrechte ernst zu nehmen. Was den *in dubio pro reo*-Satz betrifft: Er wurde als eine unnötige Frage erwie-

so ist seine Frage mit derselben Antwort zu bescheiden: Liege ein Sachverhalt vor, der nicht mit den gesetzlichen Bestimmungen zu fassen sei, werde der Beschuldigte nicht bestraft. Welcher Sachverhalt vorliege, entscheide letztlich das Gericht nach Maßgabe seiner Überzeugung (§ 261 StPO), gewonnen aus umfassender Ermittlung (§ 244 Abs. 2 StPO).“

<sup>138</sup> Aus der neuesten Literatur siehe *Bäcker*, *Rechtstheorie* 2009, 404.

<sup>139</sup> So *Stuckenberg* (Fn. 69), S. 530 ff.; *ders.*, ZStW 111 (1999), 422 (452 ff.).

<sup>140</sup> Siehe Art. 9 der „Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789“; dort kommt die Unschuldsumutung *expressis verbis* zum Ausdruck.

<sup>141</sup> *Sax* (Fn. 2), S. 967.

<sup>142</sup> So *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 422 (438).

sen, die etwa der Richter stellt, da er die Bedeutung verschiedener Wörter missversteht bzw. sich keine Klarheit über die Strukturen unserer Sprache verschafft hat.<sup>143</sup> Die Frage nach der Begründung eines Freispruchs stellt also einen unzulässigen Zug im Normenspiel des Strafverfahrens dar. Da dem in dubio pro reo-Satz keine Funktion zugewiesen werden kann und er deswegen nicht gebraucht wird, ist er bedeutungslos.<sup>144</sup> *Pluralitas non est ponenda sine neccesitate!*<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> So bereits *Tapani*, *Rechtstheorie* 1979, 146.

<sup>144</sup> *Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, Werkausgabe, Bd. 1, 1984, Sz. 3.328, 5.47321.

<sup>145</sup> Dies ist die berühmteste Formel für das sog. *Occams Rasiermesser*.