

Professorin Dr. Petra Velten, Dr. Susanne Schmittat und  
Professorin Dr. Lyane Sautner\*

# In dubio pro reo: Was notwendige Zweifel verhindert und was sie fördert

<https://doi.org/10.1515/zstw-2022-0020>

## I. Einführung

Wenn in den USA Geschworene entscheiden sollen, ob sie von der Schuld des Angeklagten überzeugt sind, dann erhalten sie häufig die folgende metaphorische Definition der Überzeugungsbildung. Gefordert sei ein „proof beyond a reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it without hesitation in the most important of your own affairs”<sup>1</sup>. Das Maß der in Deutschland geforderten Zurückhaltung und Vorsicht unterscheidet sich in der Sache nicht von diesem in den USA vertretenen Konzept, wenngleich in der Diskussion der Fokus mehr auf der theoretischen Analyse, der Formulierung eines Beweismaßes, seiner Objektivierung und der Diskussion über die Art der (zulässigen) Zweifel liegt<sup>2</sup>. Wer als Richter über einen Fall entscheiden soll, muss demnach so vorsichtig sein, als ginge es um seine eigenen vitalen Interessen oder die eines Angehörigen. Wir gehen von der Hypothese aus, dass Entscheider, die in die Rolle des Richters, der Richterin schlüpfen, diese gebotene Vorsicht vermissen lassen. Falls diese Hypothese zutrifft, bedarf der Grundsatz „in dubio pro reo“ der „Nachhilfe“. Ob dies so ist und worin diese Nachhilfe bestehen könnte, dazu haben wir einige empirische Studien durch-

---

1 Geesa v. State, 820 S.W.2d 154 (Tex. Crim. App. 1991), weitere Nachweise siehe unten Anm. 21.

2 Vgl. dazu im Einzelnen Velten, in: Wolter, Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, Vor § 261 Rdn. 76 ff. (80) m. w. N.

---

**\*Kontaktpersonen:** Petra Velten, Professorin für Strafrecht am Institut für Strafrechtswissenschaften der Johannes Kepler Universität Linz;

Susanne Schmittat, Universitätsassistentin am Institut für Strafrechtswissenschaften der Johannes Kepler Universität Linz;

Lyane Sautner, Professorin für Strafrecht und Forensik am Institut für Strafrechtswissenschaften der Johannes Kepler Universität Linz.

geführt. Die Ergebnisse unserer Studien wollen wir im Folgenden darstellen, dogmatisch einordnen und dazu eine rechtspolitische Diskussion anstoßen.

## II. Hypothesen und Studien

### 1. Die Bedeutung von *in dubio pro reo*

a) Der Grundsatz „*in dubio pro reo*“ soll sicherstellen, dass niemand verurteilt wird, obwohl noch Zweifel an seiner Schuld bestehen. Damit zwingt er im Ergebnis oft zum Freispruch Schuldiger. Er beruht auf einer bestimmten Wertung, nämlich nicht etwa nur, dass es besser sei, einen Schuldigen freizusprechen als einen Unschuldigen zu verurteilen<sup>3</sup>, sondern weitergehend, dass es der Verurteilung eines Unschuldigen vorzuziehen sei, viele Schuldige freizusprechen<sup>4</sup>. Verallgemeinert gilt im Strafverfahren der sog. „*favor defensionis*“. Interessen der Verteidigung haben nicht nur gleiches Gewicht wie Interessen der Strafverfolgung – sie genießen sogar den Vorrang. Glaser<sup>5</sup> hat schon im Jahr 1883 dieses Prinzip überzeugend begründet: Die anspruchsvollen Aufgaben, die der Prozess zu erfüllen hat, können niemals perfekt eingelöst werden. Wir erfahren praktisch nie sicher, was wirklich geschehen ist. Das macht eine solche Priorisierung der Interes-

<sup>3</sup> Sog. Trajanssequenz, Dig. L. 48, tit. 19, 5, Ulpiano. Dann würde für die Verurteilung die einfache überwiegende Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung genügen.

<sup>4</sup> *Pennington*, *The Jurist* 2004, 117; Nachweise für den Satz, dass es besser sei tausend Schuldige freizusprechen als einen Unschuldigen (freilich) zum Tode zu verurteilen, bei *Nieva-Fenoll*, *ZIS* 2016, 138; Eine solche Wertung liegt auch der Entscheidung BGHSt. 38, 320 zur DNA-Analyse zugrunde, danach wäre die Beweiswürdigung des Gerichts fehlerhaft, das die Verurteilung einzig und allein auf eine DNA-Probe im Hinblick auf eine Merkmalswahrscheinlichkeit von 99,986%, dass der Angeklagte der Verursacher des Spermas aus der Scheide (der Geschädigten) sei, gestützt hat. Dieses Merkmal komme zwar lediglich bei 0,014% der Bevölkerung vor, der BGH verwarf diese Überlegungen mit der Begründung, bei ungefähr 250.000 männlichen Einwohnern der Stadt Hannover entspräche dies immerhin einer Zahl von 35 männlichen Personen aus Hannover. Zulässig sei eine solche Beweisführung nur in Bezug auf einen anderweitig stark belasteten Angeklagten; zudem sei zu beachten, dass die vom Sachverständigen errechnete Merkmalswahrscheinlichkeit nicht mit der Belastungswahrscheinlichkeit gleichzusetzen sei, denn erstere basiere auf der Annahme einer Ausgangswahrscheinlichkeit von 1:1. Dieses Urteil enthält implizit Aussagen zum Beweismaß und damit zu „*in dubio pro reo*“; zu der Fortschreibung der Rechtsprechung im Hinblick auf den nunmehr deutlich gestiegenen Beweiswert der DNA-Analyse vgl. BGH StV 2014, 587 mit weitgehend zutreffender Kritik von *Kotsoglou/Biedermann/Vuille*, in: *ZStW* 132 (2020), S. 891 ff.

<sup>5</sup> *Glaser*, *Handbuch des Strafprozesses*, Bd. 1, 1883, S. 12 ff.; zur historischen Entwicklung eingehend *Zopfs*, *Der Grundsatz „in dubio pro reo“*, 1990, passim, insbes. S. 170 ff. zur freien Beweiswürdigung.

sen notwendig. Im Strafverfahren steht auf der einen Seite das Interesse des Angeklagten auf Wahrung seiner physischen und geistigen Existenz, auf der anderen Seite das Interesse der Allgemeinheit auf grosso modo wirksamen Schutz durch gerechte Strafe. Schon deshalb verletzt die Verurteilung eines Unschuldigen das staatliche Interesse weitaus stärker als der Freispruch eines Schuldigen. Die unberechtigte Verurteilung vernichtet u. U. den Lebensentwurf einer Person ganz, der unberechtigte Freispruch im Einzelfall (sogar in einigen Fällen) stellt die Erreichung von Strafzwecken nicht ernstlich infrage. Das ist im Zivilprozess anders: Bei einem non liquet verliert entweder die eine oder die andere Seite ganz. Die Interessen sind gleichrangig. Zudem schlägt das staatliche Interesse nicht nur auf einer Seite zu Buche: Es ist nicht nur auf die Verurteilung des Schuldigen gerichtet, als Interesse auf Herstellung der materiellen Wahrheit ist es zugleich auf den Freispruch Unschuldiger gerichtet.

Daraus folgt: Das Streben nach vollständiger Wahrheit ist zwar das Ziel des Strafverfahrens, aber im Hinblick auf limitierte Erkenntnismöglichkeiten illusorisch, die Forderung nach bloß gleicher Behandlung der Parteien ist zu schwach. Der „favor defensionis“ betrifft nicht nur die Stoffauswertung, die Beweiswürdigung, sondern schon die Stoffsammlung. Daraus resultiert die Forderung nach Waffengleichheit, wenn nicht gar nach Begünstigung des Beschuldigten. Für die Beweiswürdigung heißt dies, dass nicht der geringste (vernünftige) Zweifel an der Tatbegehung bestehen darf.

b) Im Folgenden soll zunächst skizziert werden, welche Bedeutung die richtige Einstellung (Motivation) der Richter für die faktische Wirksamkeit von „in dubio pro reo“ hat und wozu es führt, wenn sie fehlt. Wenn man die die Bedeutung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ für die Beweiswürdigung verstehen will, muss man verschiedene Ebenen des Beweiswürdigungsprozesses unterscheiden:

### **aa) Erkenntnistheoretischer Prozess der Beweiswürdigung**

*Erkenntnistheoretisch* beantwortet man die Frage, ob jemand eine Tat begangen hat, durch Rekonstruktion einer historischen Gegebenheit aus Indizien. Die Rekonstruktion stützt sich auf die Wahrnehmung gegenwärtiger Fakten (Indizien wie Zeugenaussagen, Sachbeweise usw.), aus denen mithilfe von (meist empirisch nicht abgesicherten) Erfahrungssätzen Schlüsse auf das gezogen wird, was zum Tatzeitpunkt geschehen ist<sup>6</sup>. Insofern ist dem Grundsatz „in dubio pro reo“

---

<sup>6</sup> Zu den Einzelheiten siehe *Velten*, in: Systematischer Kommentar, StPO (Anm. 2), Vor § 261 Rdn. 3 ff. m. w. N.

Genüge getan, wenn eine besonders hohe, „mit an Sicherheit grenzende“ Wahrscheinlichkeit gegeben ist. Auch wenn keine „mathematische Gewissheit“<sup>7</sup> erforderlich ist, so wird doch die Wahrscheinlichkeit bisweilen mit deutlich über 90% angegeben<sup>8</sup>. Könnte man diesen Prozess – wie bei wissenschaftlichen Erkenntnisprozessen – vollständig explizieren und analysieren und würden wir bezüglich aller Bereiche über Erfahrungssätze verfügen, statt auf individuelle Erfahrungen der Richter rekurrieren zu müssen, dann ließe sich auch berechnen, ob die Tatbegehung „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ feststeht. Was theoretisch beschrieben werden kann, lässt sich jedoch praktisch leider nicht umsetzen. Warum dies so ist, zeigt eine Beschreibung des psychologischen Urteilsprozesses<sup>9</sup>.

---

**7** Der Begriff stammt aus der Literatur und Rechtsprechung (vgl. schon RGSt. 61, 206; 66, 164; BGH VRS 39 103; GA 54 152; BGH NJW 1967, 360; NSTZ 1988, 237; StV 99, 6; BGH NSTZ-RR 2008, 350; aus der Literatur statt aller: *Ott*, in: *Hannich*, Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 261 Rdn. 11; *Meyer-Gofßner*, in: *Meyer-Gofßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl. 2022, § 261 Rdn. 2 jeweils m. w. N.) und ist höchst unscharf, denn es geht – anders als bei mathematischen Erkenntnissen – nicht um ein analytisches Urteil a priori, sondern um ein synthetisches Urteil (ein empirisches Urteil); gemeint ist aber wohl: Gewissheit i. S. v. 100%iger „Wahrscheinlichkeit“, sprich: Gewissheit. Die Vokabel taucht sowohl in Deutschland als auch in den USA und England auf: „At the same time absolute oder mathematical certainty ist not required“ vgl. *Victor vs. Nebraska* 511 U. S. 1 (1994) at 18: so lautet die von den Vordergerichten verwendete und vom U. S. Supreme Court gebilligte Instruktion der Jury. Historisch handelte es sich wohl um den Versuch, die Anforderungen an praktische historische Erkenntnisse von den strikten positivistischen (im Hinblick auf die erkenntnistheoretischen Prämissen von John Locke) Bedingungen der Erkenntnis zu befreien. Daher rührt auch der Kontrast zwischen praktischer (moralischer) und mathematischer Gewissheit; vgl. dazu *Dimitrievski/Dragicovic-Dicic/Gallo/Karnavas/Nikolovska/Kalajdziev/Pajic*, *Doubt in favour oft he defendant, guilty beyond reasonable doubt Comparative study*, 2016, S. 46 f. m. w. N.

**8** Vgl. BGHSt. 38, 320 zum Beweiswert von DNA-Analysen und dem sich allein auf eine solche stützende Verurteilung (also zum Beweismaß) einerseits, *Schweizer*, in: *Beweiswürdigung und Beweismaß, Rationalität und Intuition*, 2015, S. 229 f, andererseits. Zu den ganz ähnlichen Maßstäben in den USA vgl. *Miller/Wright/Turner/Levine*, in: *Criminal Procedures: Cases, Statutes and Executive Materials*, 2019, S. 1194: zwischen 80 und 90% in manchen Staaten; von 95% gehen *Weinstein/Dewsbury*, *Law, Probability & Risk* 'Vo 5 Is 2 (2006), S. 167, 167 ff., aus; zum Ganzen *Kassin/Lawrence/Wrightman* in: *Personality and Soc. Psycholgy*, 1979, 1877 ff.

**9** Nach der heute h. M. setzt jede Verurteilung zweierlei voraus: die persönliche Gewissheit des Richters und die objektive, an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung (BGH StV 1993, 510; *Herdegen*, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, S. 173; *Herdegen*, NSTZ 1987, 193, 197; weitere Nachweise bei *Velten*, in: *Systematischer Kommentar, StPO (Anm. 2)*, Vor § 261 Rdn. 3 ff. m. w. N.; siehe dort insbesondere Rdn. 30 ff. zum historischen Verständnis der freien Beweiswürdigung: Gerade in Deutschland ging man von der Möglichkeit einer weitgehenden Objektivierung aus. Beweisregeln, die im Vorhinein Geltung beanspruchen sollten, lehnte man ab, aber die Urteilsbegründung verstand man als deren (rationales) Äquivalent; vgl. etwa *Savigny*, GA 1858, 469 (483 ff., 491); anders *Mittermaier*, NArchCrimR 12 (1832), S. 492, 492 f.; *Mittermaier*, *Die Lehre vom*

## bb) Psychologischer Urteilsprozess (tatsächliche Kognition)

Der psychologische Urteilsprozess lässt nämlich nur subjektive und intersubjektiv gültige Annäherungen zu. Er beschreibt, wie und ob man diese Wahrheit praktisch (mit einer gewissen Zuverlässigkeit) finden kann, falls man dies wirklich will. Die Fülle der Indizien kann nicht bewusst wahrgenommen und verarbeitet werden. Die Erfahrungssätze (z. B. „wer sich aggressiv verteidigt, ist mit höherer Wahrscheinlichkeit schuldig als derjenige, der sich gelassen verteidigt“) sind ganz selten empirisch fundiert, sie werden meist im Sinne von „Alltagserfahrungen“ bloß angenommen und oft nicht einmal in sprachlicher Form gedacht. Solche Erfahrungen „melden“ sich zudem in unterschiedlichem Maße je nachdem auch, ob es sich um angelerntes abstraktes, ganz selbstverständliches oder ein paarmal gehörtes Wissen oder aber erlebtes bzw. anhand von Beispielen mitgeteiltes Erfahrungswissen handelt und/oder, wann man diese Erfahrungssätze erlernt bzw. erlebt hat (ob sie frisch sind oder ob sie lange zurückliegen), mit unterschiedlichem Inhalt. Für diese Form des Denkens hat Kahnemann den Begriff „schnelles Denken“ geprägt<sup>10</sup>. Im Hinblick auf diese psychologische Struktur ist der praktische Erkenntnisprozess im Strafverfahren in hohem Maße fehleranfällig<sup>11</sup>. Unumstritten dürfte mittlerweile sein, dass diese Form des intuitiven Denkens „unhintergebar“ ist, also nicht durch durchgängig bewusstes Denken ersetzbar ist<sup>12</sup>. Diese Komponente des Beweiswürdigungsprozesses wird angesprochen, wenn „in dubio pro reo“ als *Verbot* beschrieben wird, *zu verurteilen, wenn das Gericht tatsächlich an der Schuld zweifelt*<sup>13</sup>. Eine gewisse Objektivierung dieses Urteilsfindungs-

---

Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens, 1834, S. 61 f.; *Mittermaier*, Archiv für Preußisches Strafrecht, Bd. 6, 1866, S. 313–325; vgl. zum Ganzen *Velten*, Laiengerichtbarkeit, in: *Koch/Stuckenberg/Wohlers*, Carl Joseph Anton Mittermaier und der reformierte Strafprozess, 2022, S. 241 ff.

<sup>10</sup> *Kahneman*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 2012, passim, insbes. S. 55 ff.; *Kahneman*, *American Psychologist* 2003, 697, 697 ff.; *Kahneman/Sibony/Sunstein*, *Noise*, 2021, 179 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Hupfeld-Heinemann/Oswald*, in: *Volbert/Steller*, *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 478 ff. Zur Zusammenfassung relevanter Bias, vgl. *Velten*, GA 2015, 378, 402 ff.; zur umstrittenen Bewertung der Fehleranfälligkeit intuitiver Urteile, vgl. einerseits: *Tversky/Kahneman*, *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, 1992, 3 ff.; andererseits: *Gigerenzer/Czerlinski/Martignon*, *How good are fast and frugal heuristics*, in: *Gilgovic/Griffin/Kahneman*, *Heuristics and biases. The psychology of intuitive Judgement*, 2002, 559.

<sup>12</sup> Vgl. *Frister* in: FS Grünwald, 1999, S. 169 ff., S. 181 m. w. N. Dazu die Analyse des richterlichen Entscheidungsprozesses bei *Hupfeld-Heinemann/Oswald*, in: *Volbert/Steller*, *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 478 ff.

<sup>13</sup> Zu dem in Deutschland herrschenden Verständnis vgl. oben Anm. 9; in den USA wird seit 1850 hierfür häufig die Formel „moral certainty“ verwendet, die mehrfach als Relativierung des „reaso-

prozesses kann auf zwei Ebenen gelingen: Erstens durch die Intersubjektivität von Urteilen, die widerspiegeln, dass Erkenntnis nichts rein Voluntaristisches ist; vielmehr sei „die Überzeugung von der Wahrheit“... „eine, unabhängig von dem urteilenden Subjekte, gleichsam selbst wider den Willen desselben entstehende“, sodass (zumindest in klaren Fällen) alle Beobachter eines Prozesses dasselbe Urteil fällen würden<sup>14</sup>. Zweitens kann man den Prozess – wie es scheint – zumindest „teiltrationalisieren“, und zwar durch sog. „debiasing“, indem man auf typische Verzerrungen bzw. Fehler des intuitiven Erkenntnisprozesses hinweist. Daher dienen Öffentlichkeit, Kontradiktorietät, Kollegialentscheidungen und Rechtsmittel<sup>15</sup> als Korrektive. Darum, wie ein „debiasing“ im Vorhinein konkret gelingen kann, geht es uns in dem zweiten Teil unserer Studien.

### cc) Psychologischer Urteilsprozess (Motivation)

Gerade weil der Urteilsfindungsprozess nicht vollständig objektivierbar ist, hängt die Treffsicherheit des Ergebnisses entscheidend von einem weiteren psychologischen Faktor ab, nämlich von der richtigen Motivation oder Einstellung des Entscheidenden<sup>16</sup>. Wer etwa der sog. „Schweinehund-Theorie“ (der Angeklagte ver-

---

nable doubt“-Kriterium angegriffen wurde. Nach der Interpretation des U.S. Supreme Courts im Fall *Nebraska vs. Victor* 511 U.S. 1 (1994), at 12 war damit historisch – genau wie im Deutschen – „a state of subjective certitude“ gemeint (oder wie *Frister* in: FS Grünwald, 1999, 169 ff, 185 formuliert: im Hinblick auf eine praktische Entscheidung müsste Gewissheit in dem Sinne bestehen, dass der Mensch „anderweitige Erklärungsmöglichkeiten für so unwahrscheinlich ansieht, daß er ihnen keinerlei praktische Bedeutung mehr beimißt“. In den USA: der Entscheidende „would not hesitate to act“). Die Phrase selbst wird aktuell als mehrdeutig, aber im Kontext der übrigen Belehrungen verständlich akzeptiert; a. A. dissenting opinion *Blackmun*, *Victor*, at 28 ff. Gefordert sei Folgendes: „The doubts must arise in the minds of jurors: *Macnally*, *The Rules of Evidence on Pleas of the Crown: Illustrated from Printed and Manuscript Trials and Cases 2* (J. Butterworth and J. Cooke 1802) abrufbar unter <http://catalog.hathitrust.org/Record/008620484>. Zu der historisch-teleologischen Geschichte, wonach die Subjektivierung den Mut zur Verurteilung ermöglichen sollte, weil das falsche Urteil der vereidigten Richter die Verdammnis nach sich zog, vgl. *Whitman*, *The Origins of Reasonable Doubt*, 2008, S. 91 ff.; 125 ff.

**14** *Mittermaier*, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens, 1834, S. 59 f. Insofern bietet das Kollegialitätsprinzip ein gewisses Korrektiv gegen Fehlbeurteilungen.

**15** Freilich ist es stets möglich, auch falsche Urteile „revisionsfest“ zu begründen; zu den Erfolgsaussichten der Rechtsmittel allgemein siehe *Jehlen*, *ForensPsychiatrPsycholKriminol*, Bd. 7, 2013, S. 225 f.

**16** Vgl. dazu *Velten*, in: *Systematischer Kommentar, StPO* (Anm. 2), Vor § 261 Rdn. 7 m. w. N.

dient im Grunde schon wegen seines Charakters Strafe oder Härte) folgt, oder den Fall aus politischen Motiven anders behandelt als andere, der wird viel weniger zweifeln bzw. viel schneller überzeugt sein als jemand, der mit der (gebotenen) Vorsicht an den Fall herangeht. Oft wird – schon im alten Schrifttum – von einer *déformation professionnelle* geredet, davon, dass die Aufgabe, die Richtern zugewiesen ist, zu einer Desensibilisierung führt. Diese Hypothese<sup>17</sup> hat eine wichtige Rolle bei der Forderung nach einem Jury-Verfahren gespielt<sup>18</sup>.

#### dd) Zwischenergebnis

Nach allem ist es zwar durchaus sachangemessen, wenn „in dubio pro reo“ als Verbot verstanden wird, zu verurteilen, sofern man subjektiv noch zweifelt. Angesichts der Analyse des psychologischen Urteilsprozesses hinsichtlich der Denkweise und der damit automatisch verbundenen Verzerrungen steht aber ernsthaft infrage, ob Zweifel automatisch dann auftauchen, wenn sie entstehen sollten. Dieser Verdacht wird noch verstärkt, wenn man erkennt, dass das Auftreten notwendiger Zweifel von der Motivation der Urteilenden abhängt. In unserer ersten Studie versuchten wir zu erforschen, ob die Rolle als Richter, die man einnimmt, diese gebotene Vorsicht möglicherweise außer Kraft setzt und wenn ja, in welchem Ausmaß dies geschieht.

## 2. Hypothesen

Wer sich mit Strafverteidigern unterhält, gewinnt folgenden Eindruck: Es gibt nicht viele Fälle, in denen das Ziel der Verteidigung ein Freispruch oder doch Teilfreispruch ist. In diesen Fällen aber scheint es unverhältnismäßig schwer zu sein, dieses Ziel auch zu erreichen. Wir wollten daher zwei Fragen aufklären. Erstens, trifft der Verdacht, dass es Richtern nicht gelingt, die von „in dubio pro reo“ gebotene Zurückhaltung und Vorsicht aufzubringen, wirklich zu und zweitens, falls dies der Fall ist, was kann man dagegen tun?

---

<sup>17</sup> Sog. *role-induced bias*. Zur Bedeutung der Rolle für richterliche Entscheidungen vgl. *Oswald, Psychologie richterlichen Strafens, 1994* (zu Disparitäten bei der Strafzumessung). Zur prägenden Kraft der Rolle für Entscheidungen, *Schweizer Beweiswürdigung* (Anm. 8.), S. 301; *Glöckner/Engel, Journal of Empirical Legal Studies* 2013, 233; Zur besonderen Punitivität von Richtern und Staatsanwälten, vgl. *Sessar, Wiedergutmachung oder Strafe, 1992*, S. 250 ff.

<sup>18</sup> *Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit, 1845*, S. 59 f.

Unsere Untersuchungen wurden dabei von folgenden Hypothesen geleitet:

1. Richter lassen sich in ihrem Urteil selten von jener Zurückhaltung und Vorsicht leiten, die „in dubio pro reo“ tatsächlich verlangt. Die für „in dubio pro reo“ unabdingbare Motivation fehlt rollenbedingt.
2. Dieses Defizit lässt sich ein wenig neutralisieren, indem man der Erzählung der Polizei bereits anfänglich (vor der Entscheidung über die Anklage und erst recht vor Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens) eine Erzählung gegenüberstellt, die eine Falsifizierung und eine alternative Darstellung der vorhandenen Informationen enthält (dazu unten IV.,2.).

### III. In-dubio-Studie

#### 1. Die Studie

Bei unserer In-dubio-Studie geht es darum, den Effekt der Rolle auf die (Motivation und damit die) Verurteilungswahrscheinlichkeit zu ermitteln. “Reasonable doubt is such a doubt as would cause a reasonable and prudent person, in one of the graver and more important transactions of life, to pause and hesitate before taking the represented facts as true and relying and acting thereon”<sup>19</sup>. Dies ist eine klassische, aktuell oft sehr kritisierte Version der Jury-Belehrungen<sup>20</sup>. Häufig wird versucht, diese klassische Version präziser zu formulieren, etwa durch die Wendung „would *you* be willing to rely and to act“ upon it (without hesitations) „in the most important *of your own* affairs“<sup>21</sup>. Diese Formel ist in den Musterentwürfen

---

**19** Vgl. nur: United States vs. Senior 1960, 274 F. 2d, 613 (617); Holt vs. United States 1910, 348, 121, 140; Whitney vs. United States, 53 Neb. 287 (298), 73 N.W. 696 (699) (1898); Willis v. State, 43 Neb. 102 (110–111), 61 N.W. 254, 256 (1894); Polin vs. State, 14 Neb. 540 (546–547), 16 N.W. 898 (900–901) (1883).

**20** Es ist eine einheitliche Instruktion weder vorgeschrieben noch gängig. Es kursieren verschiedene. Eine Übersicht über die verschiedenen Formulierungen gibt: *Newman*, in: *Judicature*, Vol 103, Nr. 2 2019, zuletzt abgerufen März 2022 unter: [judicature.duke.edu/articles/taking-beyond-a-reasonable-doubt-seriously](http://judicature.duke.edu/articles/taking-beyond-a-reasonable-doubt-seriously).

**21** Vgl. United States vs. Love, 767 F.2d 1052, 1060 n.10 (4th Cir. 1985); Geesa v. State, 820 S.W.2d 154 (Tex. Crim. App. 1991); United States vs. Delibac, 925 F.2d 610 (614) (1991); United States vs. Birbal, 62 FD.3d 456 (450–460); United States v. Jacobs, 44 F.3d 1219 (1225) (1995). Dieses Abstellen auf die Vorsicht in eigenen Angelegenheit zieht sich auch durch fast alle Musterentwürfe: Committee on pattern criminal jury instructions, District Judges ass’n Fifth circuit; pattern jury instructions criminal cases § 1.05, at 16 (2019). Diese Instruktion wurde (in einer früheren Version) aufrechterhalten in United States v. Hunt, 794 F.2d 1095, 1101 (5th Cir. 1986). United States v. Smaldone, 485 F.2d 1333, 1347–48 (10th Cir. 1973); Committee on pattern criminal jury instructions, District Judges ass’n eleventh circuit; pattern jury instructions criminal cases § 3, S. 20 (2010), cited

dominant. Sie gibt keine inhaltliche Definition für „reasonable doubt“, sie ist eine Heuristik. Die Analogien haben verschiedene Funktion: Der Verweis auf „transactions of life“ bzw. „own affairs“ soll zeigen, dass nur praktische, nicht rein theoretische Zweifel relevant sind (siehe unten IV.1.); dass jemand entscheidet ohne zu zögern, soll das Ausmaß der nötigen Gewissheit verdeutlichen, und der Verweis auf wichtige Angelegenheiten soll den Perspektivenwechsel andeuten. Das Entscheidungsmotiv, Schaden für sich selbst zu vermeiden, soll die notwendige Vorsicht und Zurückhaltung bei der Bewertung des Sachverhalts vermitteln. Wichtige<sup>22</sup> Angelegenheiten treten an die Stelle von eigener Verurteilung, damit das Urteil nicht etwa durch blinde Selbstbegünstigungstendenzen verfälscht wird. Der Verweis auf eine verständige und vorsichtige Person soll außerdem das Urteil notorisch risikoaffiner Menschen als Maßstab ausschließen.

Im hiesigen Zusammenhang ist vor allem Folgendes wichtig: Es wird ein Perspektivenwechsel empfohlen. Man soll die Rolle als Fremder, der über fremde Angelegenheiten entscheidet, verlassen und sich hineinversetzen in die Perspektive eines Betroffenen<sup>23</sup>. Die Prämisse: Wer zu unvorsichtig ist, würde sich selbst schaden. Die Motivation, dies zu verhindern, ist normalerweise eine maximale – und eine solche ist geschuldet. Die Konsequenz: Wenn man selbst bei einer solchen Vorsicht zugeben (erkennen) muss, dass Schuld gegeben ist, dann besteht

---

with approval in *United States v. Daniels*, 986 F.2d 451, (456) (11th Cir. 1993) alle mit jeweils kleinen terminologischen Differenzen; Sixth Circuit Committee, *Pattern Criminal Jury Instructions*, 2021, instruction 1.03; The U. S. Court of Appeals for the Third Circuit, *Model Criminal Jury Instructions*, instruction 3.06. Am klarsten: *The Model Criminal Jury Instructions for the Fifth Circuit*, 2019: “a doubt based upon reason and common sense after careful and impartial consideration of all the evidence in the case. Proof beyond a reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it without hesitation in making the most important decisions of *your own affairs*.”

**22** In England teilten die Jurymitglieder dem Richter mit, sie hätten Probleme mit der Art und Weise des Zweifels. Falls man nicht den geringsten Zweifel haben dürfte, dann würden viele von ihnen freisprechen. Daraufhin belehrte der Richter sie dahingehend, nicht jeder spekulative Zweifel sei relevant, sondern nur ein begründeter, wie etwa in Geschäftsangelegenheiten. Fünf Minuten nach dieser Belehrung wurde der Angeklagte mit 11:1 verurteilt. Diese Instruktion führte zur Urteilsaufhebung, der Verweis auf bloße Allerweltscheidungen wie etwa die Frage, was für ein Auto man kaufen solle, sei viel zu schwach; *Regina v. Ching*, 63 Cr. App. R. 7, 10 (1976), S. 8 ff.

**23** Der Wortlaut der zunächst üblichen Formel zeigt nicht ganz eindeutig, dass es sich um einen Perspektivenwechsel in dem Sinne handelt, dass „Vorsicht in *eigenen* Angelegenheiten“ gemeint ist, die dadurch operationalisiert wird, dass ein Mangel solcher Vorsicht einem selbst schaden würde. Dass dieser Formel allgemein dieser Zweck beigemessen wird, zeigt die dissenting opinion Blackmun, *Nebraska vs. Victor*, 511 U.S. 1 (1994) at 28 ff. (34): mit dem Verweis darauf, dass die Definition problematisch sei im Hinblick auf die „frequently high-risk personal decisions“, die die Menschen für sich im Alltag zu treffen hätten.

kein vernünftiger Zweifel mehr an ihr. Wenn man diese von „in dubio pro reo“ gebotene Vorsicht nur bei maximaler Motivation zeigt, dann dürften Richter die Frage nach der Überzeugung von der Schuld also nicht anders beantworten als Angehörige (sofern diese ihre Augen nicht gegenüber der Wahrheit verschließen, also „a reasonable and prudent person“ sind). Tun sie das doch und verurteilen sie eher, so fehlt es ihnen an der erforderlichen vorsichtigen und zurückhaltenden Einstellung.

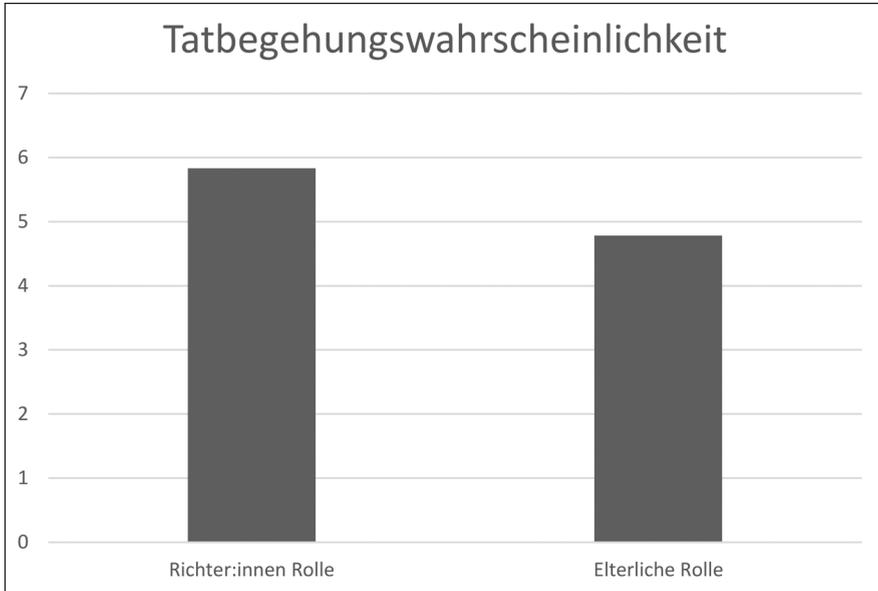
Wir haben versucht, diese Bedingungen in einer experimentellen Untersuchung (d. h. im Labor) herzustellen. Wir haben einer Gruppe von ca. 100 Jura-studierenden eine sog. Fallvignette zur Beurteilung vorgelegt (79 Probanden konnten analysiert werden<sup>24</sup>). Darin ging es um ein Szenario, in dem zwei Jugendliche von einem dritten möglicherweise „abgezogen“ werden sollten. Alle Teilnehmer bekamen das identische Szenario, allerdings wurden die Instruktionen vor der Entscheidungsfindung variiert: Die Hälfte der Studierenden erhielt die Anweisung, sie seien Richter und sollten die Tatwahrscheinlichkeit beurteilen und über Freispruch oder Verurteilung entscheiden. Die andere Hälfte erhielt die Anweisung: „Stellen Sie sich vor, Sie sind die Mutter/der Vater des Beschuldigten.“ Deren Sohn Florian habe in der Vergangenheit Schwierigkeiten gehabt, habe sich aber anscheinend gefangen, nachdem er eine Lehre als Koch begonnen habe. Nun würden erneut Anschuldigungen gegen ihn erhoben. Der Anwalt des Sohnes übermittele den Eltern auf dessen Bitte den kriminalpolizeilichen Abschlussbericht. Sie sollten nun einerseits ihre Einschätzung der Tatbegehungswahrscheinlichkeit angeben, andererseits, wie Richter ihrer Meinung nach entscheiden sollten.

Bemerkenswert ist, dass die Beurteilungen im Ergebnis sehr weit auseinanderliegen, die Differenz ist sehr signifikant: Schon die Beurteilung der *Tatbegehungswahrscheinlichkeit* lag bei Richtern deutlich höher als bei Eltern,  $F(1, 77) = 11.27$   $p = .001$ ,  $d = .749$  (mittelgroßer Effekt<sup>25</sup>), siehe Grafik 1.

---

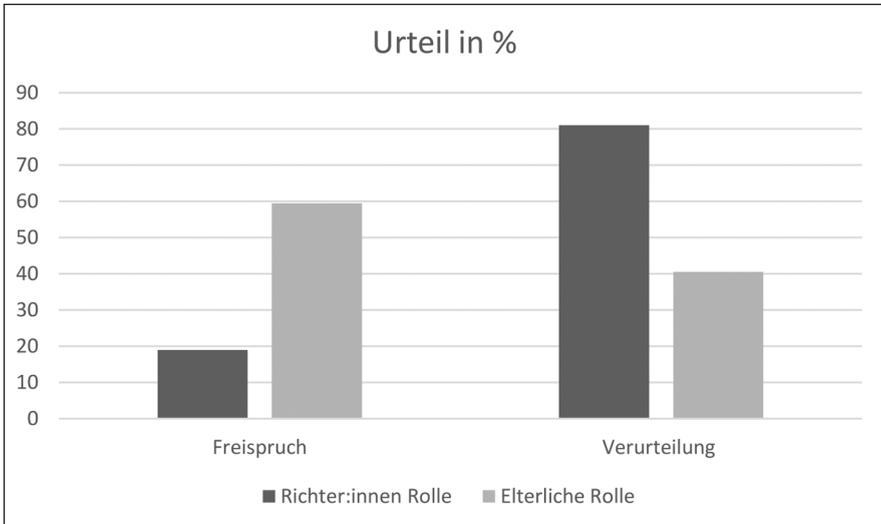
**24** 20 Teilnehmer wurden ausgeschlossen, weil sie entweder nicht Jura studierten, den Manipulationscheck falsch beantwortet haben, ihnen der Fall bekannt war oder sie die Frage nach Aufmerksamkeit nicht bestanden haben.

**25** Statistische Kennwerte, die nachfolgend wiederholt angegeben werden: M (Mean) ist der Mittelwert, SD steht für Standard Deviation (Standardabweichung) und gibt die durchschnittliche Abweichung vom Mittelwert an; Analysen wurden mittels ANOVA (F-Wert und Freiheitsgrade werden jeweils angegeben) durchgeführt. Der p-Wert signalisiert das Signifikanzniveau und misst, ob der beobachtete Unterschied zwischen zwei Gruppen statistisch signifikant ( $p < .05$ ) ist. Für die Interpretation eines signifikanten Ergebnisses ist die Effektgröße (hier mittels Cohens  $d$  oder Cramers  $V$  angegeben) ausschlaggebend.



**Grafik 1:** Die Teilnehmer wurden gefragt: „Wie sehr sind Sie davon überzeugt, dass der Beschuldigte/Ihr Sohn die Tat begangen hat?“ Die Skala ging von 1 (überhaupt nicht überzeugt) bis 7 (sehr überzeugt).

Der Unterschied zwischen einer richterlichen und einer elterlichen Rolle zeigt sich auch eindrucksvoll, wenn es um die Frage geht, ob der Beschuldigte verurteilt werden sollte,  $\chi^2(1) = 13,64$ ,  $p < .001$ , Cramer's  $V = .416$  (mittelgroßer Effekt). Richter verurteilen zu 80%, Eltern hingegen nur zu 40%, sie sprachen dreimal so oft frei wie Richter, siehe Grafik 2.



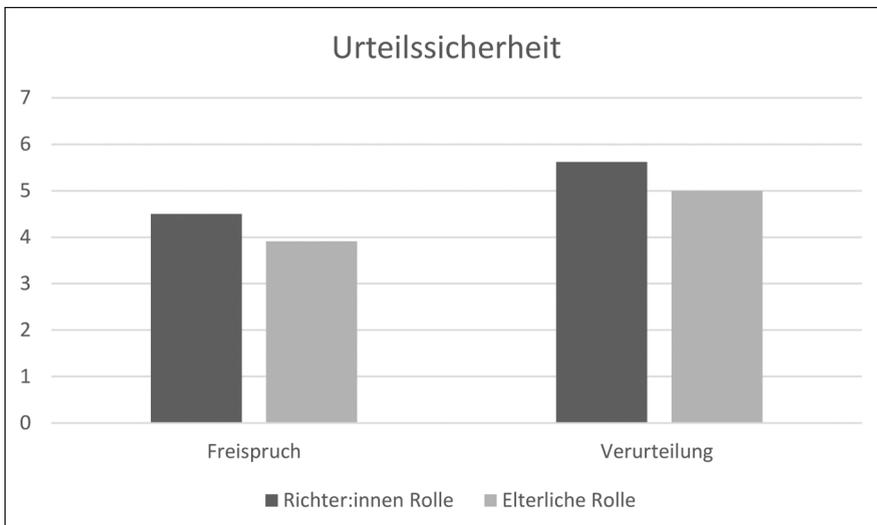
**Grafik 2:** Die Probanden, die in der richterlichen Rolle tätig waren, wurden gefragt, welches Urteil sie als Richter fällen würden. Die Probanden in der elterlichen Rolle wurden gefragt, wie die Richter ihrer Meinung nach entscheiden sollten. Die Probanden konnten zwischen Freispruch und Verurteilung auswählen.

Es gibt einen rationalen Grund dafür, warum Tatbegehungswahrscheinlichkeit und Verurteilung nicht kongruent (Differenz von  $1/7$  zu  $1/2$ ) sind. Die Frage nach der Verurteilung ist „binär kodiert“, sie kann nur mit Ja oder Nein, nicht graduell, beantwortet werden. Es existiert ein Schwellenwert der Tatbegehungswahrscheinlichkeit für die Verurteilung (besonders hohe Wahrscheinlichkeit). Es muss nicht sein, dass Richter und Eltern diesen Schwellenwert verschieden ansetzen. Die besonders massive Abweichung bei der Verurteilung kann auch daran liegen, dass das selbst nicht so massiv abweichende Urteil über die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung (5,83 versus 4,78) die Folge hatte, dass die von den Eltern angenommenen Tatbegehungswahrscheinlichkeiten dann in großem Umfang unter der zu einer Verurteilung ausreichenden Schwelle (die vielleicht etwa bei 5,5 – jedenfalls erstaunlich niedrig – angenommen wurde) blieben. Dem entspricht es auch, dass die Tatbegehungswahrscheinlichkeit ein signifikanter Prädiktor für das spätere Urteil war<sup>26</sup>: Die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschul-

**26** Das Urteil wurde Dummy kodiert (0 = Freispruch, 1 = Verurteilung). Das Regressionsmodell war statistisch signifikant,  $\chi^2(1) = 43,99, p < .001$ , mit einer sehr guten Varianzaufklärung von Nagelkerkes  $R^2 = .581$ . Tatbegehungswahrscheinlichkeit war ein signifikanter Prädiktor:  $\beta = 1,55$ , Wald  $\chi^2(1) = 20,16, p < .01, OR = 4,71, 95\% CI [2,94, 9,26]$

digte verurteilt wird, steigt mit jedem Punkt auf der Skala um 4,71. Die Antworten auf der Skala sind von der Rollenzugehörigkeit abhängig und je höher die Antworten auf der Skala waren, desto wahrscheinlicher ist es demnach, dass verurteilt wird.

Wir konnten auch zeigen, dass Richter sich ihrer Entscheidung viel sicherer sind, als diejenigen, denen die Elternrolle zugewiesen wird,  $F(1, 77) = 10.88$ ,  $p = .001$ ,  $d = .738$  (mittlerer bis großer Effekt), siehe Grafik 3. Es gab jedoch keine signifikante Interaktion zwischen Urteil und Rolle in Bezug auf die Urteilsicherheit,  $F < 1$ ,  $p > .9$ ); dies bedeutet, dass in Bezug auf den Inhalt der Entscheidung (Freispruch oder Verurteilung) bei Richtern und Eltern die Relationen (mehr Sicherheit bei Verurteilung als bei Freispruch) nicht grundlegend anders ausfielen.



**Grafik 3:** Die Teilnehmer wurden gefragt: „Wie sicher sind Sie sich, dass dies die richtige Entscheidung ist?“ Die Skala ging von 1 (überhaupt nicht sicher) bis 7 (sehr sicher).

Unabhängig von der zugewiesenen Rolle zeigte sich eine verblüffende Divergenz zwischen der Entscheidung (Verurteilung bzw. Freispruch) und der Sicherheit über das Urteil: Bei einer Verurteilung waren sich alle Probanden im Durchschnitt sicherer ( $M = 5,43$ ,  $SD = 1,14$ ) als bei einem Freispruch ( $M = 4,07$ ,  $SD = 1,66$ ). Eigentlich verlangt „in dubio pro reo“, dass man sich ganz sicher ist, dass es der Täter war und also, dass die eigene Entscheidung zutrifft. Erstaunlich ist daher, dass die Probanden sich ihrer Entscheidung nicht so sehr sicher waren (denn dann hätten sie die 6 oder 7 auf der Skala ankreuzen müssen). Das deutet darauf

hin, dass die Verurteilenden einen falschen Maßstab für die Verurteilung anwenden<sup>27</sup>.

Auch, wenn einige Fragen noch offen sind, zeigt dies doch, dass die Entscheidung im Ergebnis sehr signifikant – nämlich sehr deutlich (dies zeigen die mittelgroßen Effektstärken) – davon abhängt, welche Rolle man den Entscheidenden zuweist. Die Rollenzuweisung wirkt klar in eine Richtung: Menschen in der Rolle als Richter verurteilen doppelt so häufig, wie Menschen in der Rolle als Eltern dies für angemessen halten. Erstere entscheiden viel unvorsichtiger.

## 2. Bedeutung der Studienergebnisse

### a) Einwände gegen Vignettenstudien

Nun werden gegen derartige Vignettenstudien viele Einwände vorgetragen.<sup>28</sup> Sie seien ökologisch nicht valide, also auf reale Entscheidungssituationen nicht übertragbar. Es sei ein gravierender Unterschied, ob sich eine Person wirklich in einer *Entscheidungssituation* befinde oder ob sie sich dieses *nur vorstelle*. Die Einwände sind sicher nicht ganz von der Hand zu weisen. So ist fraglich, ob sich (insbesondere) Studierende, die meist noch keine Kinder haben, wirklich in die Situation von Eltern hineindenken können. Auch die emotionale Komponente wird bei einer bloß vorgestellten Entscheidungssituation blasser bleiben, als sie es in der Realität ist. Zudem setzt die *déformation professionnelle*, die dadurch entsteht, dass eine Person eine bestimmte Rolle wahrnimmt, deren dauerhafte Zuweisung, das reale Erleben von Verantwortung voraus. Die einmalige Vorstellung, man agiere als Richter, ist vermutlich weniger prägend für das Verhalten als die wirkliche, dauerhafte Übernahme der Funktion. Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese Probleme im Falle unserer Studie für eine (im Vergleich zu anderen Vignettenstudien) erhöhte Validität sprechen. Wenn man diese Einwände gegen die Validität im Hinblick auf unsere Studien konkretisiert, erscheint es

---

<sup>27</sup> Das Ausmaß der Unsicherheit beim Freispruch hängt hingegen wahrscheinlich damit zusammen, dass die Frage zwei Deutungen zulässt: die nach dem juristischen Zutreffen des Urteils (musste wegen „in dubio pro reo“ freigesprochen werden?) und die danach, ob man sicher ist einen Unschuldigen freigesprochen zu haben. Im Falle der Verurteilung wirken sich diese Deutungsdifferenzen nicht aus; im Falle des Freispruchs würden sie die Verunsicherung tendenziell erhöhen. Wahrscheinlich sind die Urteilsdifferenzen also noch um Einiges höher.

<sup>28</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden: *Aguinis/Bradley*, in: *Organizational Research Methods* 2014, Vol. 17(4) 351 ff.; *Atzmüller/Steiner*, *Methodology European Journal of Research Methods for the Behavioral and Social Sciences* 2010, 128 ff.

plausibel, dass in einer realen Entscheidungssituation die Urteile von Amtspersonen und Eltern eher weiter auseinanderdriften würden, als dies in dieser simulierten Situation der Fall ist.

Die *Differenz zwischen Erleben und Sich-theoretisch-Hineinversetzen* ist im Hinblick auf „in dubio pro reo“ unschädlich: Nicht umsonst verweist die Formel, die in den angelsächsischen Ländern verwendet wird, ja auch auf eine „reasonable and prudent person“, die in eigenen Angelegenheiten entscheidet. Man will die Verbundenheit mit dem Freiheitsinteresse, aber man will nicht die Tatsachenblindheit, die Neutralisierungstechniken oder gar Selbstbegünstigungstendenzen, die in manchen Fällen daraus resultieren. Wir können mit unserem Design ziemlich sicher sein, dass keine Fälle einer solchen perspektivenbedingten Tatsachenblindheit auftreten. Noch etwas spricht dafür, dass die von uns erzielten Ergebnisse wahrscheinlich die *déformation professionnelle* eher moderater abbilden, als sie es in Wirklichkeit ist: Unsere Rollenzuweisung beschränkt sich auf die Zuweisung der Aufgabe zu entscheiden. Die Rolle, die die StPO den Richtern zuweist, ist jedoch eine ganz andere: Sie entscheiden nicht nur über einen ihnen präsentierten Sachverhalt, sie werden auch inquisitorisch tätig, d. h. sie leiten die Verhandlung, ordnen Beweisaufnahmen an und vor allem führen sie die Vernehmungen durch. Diese Doppelfunktion (Entscheider und Aufklärer sowie Subjektionsverhältnis) verstärkt mutmaßlich noch einmal die hier abgebildeten Tendenzen (bei denen die Richter nur als Entscheider eines ihnen präsentierten Sachverhalts angesprochen werden).

Darüber hinaus besteht ein Problem von Vignetten darin, dass sie *deutlich blutleerer* sind als die Verhandlungen, die den Entscheidungen in der Praxis zugrunde liegen. Man sieht das Verhalten des Angeklagten und von Zeugen nicht. Auch das stellt möglicherweise die Verlässlichkeit der Ergebnisse infrage. Es gibt jedoch experimentelle Studien, die gezeigt haben, dass das Darstellungsmedium allein nicht allein ausschlaggebend ist. Slead und Kollegen haben 2002 untersucht, ob die Bewertung von Vergewaltigungsszenarien anders ist, wenn das Material auf Video oder in einer Vignette präsentiert wurde, und die Ergebnisse zeigten, dass es keine grundsätzlichen Unterschiede gab<sup>29</sup>. Dennoch kann die Realität in einer Vignette natürlich nur bedingt abgebildet werden. Neben den negativen Punkten einer Vignettenstudie müssen jedoch auch die positiven Aspekte hervorgehoben werden: Diese Methode erlaubt es, einzelne Einflüsse gezielt zu manipulieren und dadurch kontrolliert zu studieren, was in der Realität nicht umzusetzen wäre. Darüber hinaus spricht wenig dafür, dass dieser Mangel an Konkretheit einen Einfluss speziell auf die hier abgebildeten *Tendenzen* haben soll, außerdem

---

29 Slead/Durrheim/Kriel, South African Journal of Psychology 2002, 21 ff.

basieren die meisten Entscheidungen (über die Eröffnung der Hauptverhandlung oder Einstellung, über diversionelle Entscheidungen, um nur einige zu nennen) auf den Akten, die ebenfalls keinen unmittelbaren Eindruck erlauben. Auch in der Realität ist der erste Eindruck durch die schriftlichen Berichte begründet. Es gilt als höchstwahrscheinlich, dass dieser auch in der Hauptverhandlung fortwirkt und durch den unmittelbaren Eindruck, der dort ja erst im Nachhinein gewonnen wird, nur schwer neutralisiert werden kann: Perseveranzeffekte<sup>30</sup> führen also zum besonderen Gewicht der schriftlichen Berichte.

Ein dritter Einwand läuft bei der Forschung über die systematische Abweichung der einen Perspektive von der anderen (bias) darauf hinaus, *dass es an einem archimedischen Punkt fehle*, der es erlaube, der einen Perspektive den Vorrang vor der anderen einzuräumen; m.a.W: Man weiß nur, dass mindestens eine von beiden verzerrt ist und falsch sein muss, nicht aber welche. Auch dieser Einwand trifft speziell im vorliegenden Fall nicht zu: Zwar wissen wir nicht, welches der beiden Urteile nach erkenntnistheoretischen Maßstäben „der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ entspricht, uns fehlt also der objektive Referenzpunkt. Wohl aber wissen wir, von welcher Vorsicht ein intersubjektiv maßgebliches Urteil getragen sein muss. Eine richtige Entscheidung setzt diejenige Vorsicht voraus, die in für den Entscheidenden selbst besonders wichtigen Angelegenheiten eingesetzt wird. Damit haben wir einen Referenzpunkt: Als richtig gilt die Entscheidung, wie sie (im Durchschnitt) mit einer bestimmten Einstellung zustande kommt. Die Entscheidungen, die man „als Eltern“ trifft, sollen nach diesem Konzept von „in dubio pro reo“ der Maßstab sein, einschränkend vorausgesetzt, man lässt in dieser Rolle Vernunft walten. Die Abweichung davon stellt per se einen Fehler dar. Wenn nun die einer Person *zugewiesene* Rolle als Richter dazu führt, dass eine Verurteilung doppelt so oft für angemessen gehalten wird, zeigt dies, dass rollenbedingt nicht die geforderte Einstellung an den Tag gelegt werden kann.

## b) Ergebnis

Als Ergebnis dieser Studie kann man festhalten: Der Grundsatz in dubio pro reo verlangt eine bestimmte Motivation, eine Vorsicht, deren Wirkung es ist, dass der

---

<sup>30</sup> *Schünemann*, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- Schulterschlusseffekt, in: *Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger*, Verfahrensgerechtigkeit, 1995, 215 ff.; *Schmittat/Englich*, Public Policy, and Law 2016, 386 ff.; *Findley/Scott*, Wisconsin Law Review 2006, 291 ff.; *Rassin*, Legal and Criminological Psychology, 2020, 80 ff.

Urteilende sich nur von einer wirklich zwingenden Beweislage überzeugen lässt. Die Studie hat gezeigt, dass die Übernahme der Rolle als Richter im Gegenteil die Wirkung hat, dass es die meisten Urteilenden an der gebotenen Vorsicht fehlen lassen. Der sachlich notwendige Zweifel kann nicht entstehen. An anderer Stelle wurde gezeigt, dass dieser Befund sich einerseits einfügt in das Rollenbild, das die Ausbildungsliteratur für Richter nahelegt (Entscheidungsfreude statt „überzogener“ Skrupulosität)<sup>31</sup>, und andererseits in den Forschungsergebnissen über die besondere Punitivität von Strafrichtern eine weitere Bestätigung findet<sup>32</sup>. Diese Tendenz bedarf einer Gegensteuerung. Daher widmeten wir uns in der Folge dieser Frage.

## IV. Die Erzeugung notwendiger Zweifel

Eine weitere Studie sollte daher klären, ob und unter welchen Bedingungen ein Sachverhalt eher Zweifel hervorruft. Diese Bedingungen beeinflussen nicht die motivatorische Komponente des Urteils, sondern die kognitive<sup>33</sup>.

### 1. Die Rechtslage

Der Grundsatz „in dubio pro reo“ setzt voraus, dass Richter angesichts zweifelhafter Sachverhalte auch wirklich zweifeln. In Literatur und Rechtsprechung wird versucht, erhebliche von irrelevanten Zweifeln zu unterscheiden. Allgemein wird formuliert: Nicht jeder denkmögliche Zweifel sei erheblich, mathematische Gewissheit sei nicht gefordert. Irrelevante Zweifel sind nach herrschender (und zutreffender) Meinung solche, die aus der allgemeinen (fundamentalen) Fehlbarkeit von Entscheidungen resultieren: Müsste man freisprechen, weil man eben immer irren kann, könnte man niemals verurteilen, gäbe es also keine Strafjustiz<sup>34</sup>. Das

---

31 Lesenswert insoweit: *Föhrig*, Kleines Strafrichterbrevier, 2013, passim; zusammenfassende Zitate bei: *Velten*, GA 2015, 378, 406.

32 *Sessar*, Wiedergutmachung (Anm. 17), 1992, S. 250 ff.; vgl. zum Ganzen *Velten*, GA 2015, 378, 405 f.

33 Siehe dazu aber unten IV.2.b.

34 H.M., vgl. nur *Stein*, in: *Wolter*, Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, 1995, S. 233, 251 ff.; *Freund*, Normative Probleme bei der „Tatsachenfeststellung“, 1987, S. 56 ff., 72 ff.; *Kraatz*, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung. Zum „strafprozessualen“ Anscheinsbeweis, 2011, S. 311; *Hoyer*, in: ZStW 105 (1993), S. 523, 537; ausschließlich in diesem Sinne wohl auch die ursprünglichen Entscheidungen zu „in dubio pro reo“: RGSt. 66, 163; BGHSt. 5, 34, 36; 10, 208, 211.

Ignorieren solcher Fundamentalzweifel ist die Bedingung der Möglichkeit von Justiz. Aber über diese Konstellation hinaus ist umstritten, wann ein Sachverhalt Anlass zu Zweifeln geben „darf“. Meist wird verlangt, dass das Gericht auch *in Bezug auf den konkreten Fall* nicht abstrakt zweifeln dürfe, sein Zweifel müsse konkret sein: Es müsse ein Zweifel sein, „der aus dem Fall selbst warnend die Hand emporstreckt“<sup>35</sup>. Zudem könnte man darunter verstehen, dass nur *konkret-bildhafte Vorstellungen* des Richters, der Richterin (im Gegensatz zu einer allgemeinen Unsicherheit) Zweifel im Sinne von „in dubio pro reo“ darstellen. Dann muss ihnen eine konkrete Sachverhaltsdeutung vorschweben, die sie sich „vor“stellen können. Der BGH ist dabei sogar noch viel strenger, jedoch zu Unrecht: Er nimmt an, dass *Zweifel, die nicht auf konkreten Anhaltspunkten beruhen, unbeachtlich* seien<sup>36</sup>. Richtigerweise sind *zweifelhafte* Sachverhalte schon dann gegeben, wenn alternative Erklärungen für das Beweismaterial nicht so unwahrscheinlich erscheinen, dass ihr Vorliegen „praktisch irrelevant bzw. ausgeschlossen“ anmutet, es kommt weder auf konkrete Anhaltspunkte noch auf die Art und Weise des Zweifels an<sup>37</sup>. Leider besteht jedoch kein Automatismus, dass bereits die zu geringe Tatbegehungswahrscheinlichkeit Zweifel auslöst, also dass der erkenntnistheoretische Befund (Täterschaft ist nicht ausreichend wahrscheinlich) in einen psychologischen Befund (Zweifel) transformiert wird. Viel mehr spricht dafür, dass die theoretisch falsche Position des BGH (Zweifel setzen konkrete Anhaltspunkte voraus) die faktisch-psychologischen Mechanismen durchaus abbildet. Wir wollten erfahren, ob Argumente oder Alternativgeschichten Zweifel hervorrufen und das motivatorische Defizit ein wenig kompensieren können.

## 2. Sozial- und rechtspsychologischer Forschungsstand

Nach dem Stand der sozial- und rechtspsychologischen Forschung beeinflussen zwei (für uns hier relevante) Mechanismen diesen Transformationsprozess: Ers-

<sup>35</sup> Scanzoni, JW 1928, 2181, 2181; ebenso *Kindhäuser* JA 1988, 296, 296 ff.; die Unterscheidbarkeit von konkreten und abstrakten Zweifeln leugnen *Freund*, Normative Probleme (Anm. 34), S. 48 f.; *Hoyer*, in: ZStW 105 (1993), S. 523, 536 f.

<sup>36</sup> Vgl. nur BGH NSTZ 2009, 630 m. w. N.; BGH wistra 2010, 310; BGH NSTZ 2009, 630; BGH StV 2001, 666, 667; BGH NSTZ-RR 2003, 166, 168. Das Tatgericht *darf* danach also z. B. *nicht* argumentieren, es sei denkbar, dass auch andere Personen Tat Gelegenheit und Motiv haben, sofern konkret nichts darauf hinweist. vgl. dazu und zur Kritik dieser Rspr. im Einzelnen, *Velten*, Festschrift für Marcelo Sancinetti, 2020, S. 969 ff.

<sup>37</sup> So zu Recht noch BGHSt. 25, 367 ff.; ähnlich später BVerfG NJW 1994, 847; siehe dazu *Velten*, Festschrift für Marcelo Sancinetti, S. 969 ff.; BGH NJW 1988, 3272; heute ist diese Rspr. praktisch aufgegeben.

*tens* eine Unfähigkeit, fragmentarische Informationen als das wahrzunehmen, was sie sind: als bloße Fragmente, die vervollständigt werden müssen (entweder durch Informationssuche oder durch Hypothesenbildung und Schätzung). Meist neigt man irrig dazu, sie als komplette Informationen zu betrachten. *Zweitens* die Tendenz aus diesen Einzelinformationen eine Geschichte zu konstruieren, wobei man diejenige Geschichte wählt, die diese Informationen scheinbar am besten erklärt. Diese Geschichte lässt sich dann schwer entkräften.

### a) What you see is all there is

Kahneman und Miller haben gezeigt, dass nicht präsentierte Informationen häufig gar nicht in die Urteilsbildung einfließen: „What you see is all there is“ (Akronym: WYSIATI) bedeutet: Nur das, was für den Entscheidenden präsent und greifbar hat, ist für das Gehirn existent. Nicht vorhandene Informationen werden (je nach dem Grad des eigenen jüngeren Erlebens und der Erfahrungen) tendenziell ausgeblendet. Je weniger Informationen vorliegen, desto besser für die Kohärenz der Geschichte. Kahneman führt aus: „WYSIATI erleichtert es, jene Kohärenz und kognitive Leichtigkeit zu erreichen, die dafür sorgt, dass wir eine Aussage als wahr akzeptieren“<sup>38</sup>. Die Folge dieses Urteilsfehlers ist es zudem, dass man sich seines Urteils besonders sicher ist. An einem Beispiel<sup>39</sup>: Die Polizei hat ermittelt, dass das Opfer eine HIV-Infizierung erlitten hat und dass es zuvor eine Blutkonserve erhalten hat, die wahrscheinlich mit HIV kontaminiert war (viele Konserven einer Charge waren nachweislich kontaminiert). Eine solche Blutkonserve führt mit 90%iger Wahrscheinlichkeit zu einer HIV-Infektion. Diese Informationen werden bei intuitivem Urteilen schnell zu einer kohärenten Geschichte zusammengefügt. Es scheint auf der Hand zu liegen, dass die Infektion auf die Blutkonserve zurückzuführen ist – wären alle Informationen (auch negative) vollständig darin enthalten, sodass fehlende Informationen als nicht existent behandelt werden könnten, wäre das Urteil richtig. Wissen wir nicht alles (d. h. stehen Lücken nicht für das Nichtvorhandensein von Tatsachen<sup>40</sup>), dann könnte es auch sein, dass das Opfer häufig wechselnden, ungeschützten Geschlechtsverkehr hatte, sich beim Fußballspiel verletzt und infiziert hat oder v.m. Bei Berücksichtigung dieser Alternativen lässt sich zeigen, dass die Infektion noch nicht mit an Sicherheit grenzen-

<sup>38</sup> Kahneman, Schnelles Denken (Anm. 10), S. 81 f.

<sup>39</sup> Vgl. dazu im Einzelnen BGH NJW 1991, 1948; und die eingehende Analyse des Falls bei Schweitzer, Beweiswürdigung (Anm. 8), S. 227 ff.

<sup>40</sup> Velten, Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung, 1995, S. 205 ff.; Velten, Gedächtnisschrift für Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, S. 391, 391 ff.

der Wahrscheinlichkeit auf die Blutkonserve zurückgeführt werden kann<sup>41</sup>. Aber es fällt eben schwer, den Sachverhalt als unvollständigen zu behandeln und zu würdigen. Dieses Konzept von Kahneman ist sehr breit theoretisch diskutiert worden, vor allem in der Volkswirtschaft<sup>42</sup>. Es ist aber inzwischen auch empirischer Überprüfung unterzogen worden. Enke konnte zeigen, dass zwei Faktoren diesen Denkfehler begünstigen, nämlich zum einen die Unfähigkeit zu statistischem Denken und zum anderen die Komplexität einer Aufgabe, die das kritische Denken blockiert<sup>43</sup>. Ersterer lässt sich durch Hinweise darauf, dass die Informationslage unvollständig ist, stark verbessern.

## b) Aktuelle Studien zum Story-Telling

Auch die aktuelle Forschungstendenz in der Rechtspsychologie zur Überzeugungskraft von Geschichten geht in diese Richtung. Pennington und Hastie<sup>44</sup> zeigten, dass Entscheidungsträger (Juroren) automatisch Geschichten aus präsentierten Beweisen konstruieren. Nach dem Story-Modell von Pennington und Hastie wird unter allen möglichen Geschichten diejenige ausgewählt, die die höchste Deckung (beste Übereinstimmung zwischen Beweis und Geschichte), Kohärenz (konsistenteste, vollständigste und plausibelste/realistischste Geschichte) und Einzigartigkeit (nur diese eine Geschichte kann die Beweise erklären) aufweist. Diese gewählte Geschichte prägt dann das Urteil<sup>45</sup>. Daher könne nur die Konkurrenz zweier Geschichten, die beide kohärente Erzählungen (als Erklärungen des Beweismaterials) sind, ernsthaft Zweifel sähen. Gegen eine bereits gebildete Geschichte zu argumentieren, ist schwierig<sup>46</sup>. Durch Kohärenzverschiebung, ein ko-

**41** Schweizer, Beweiswürdigung (Anm. 8), S. 229 f.

**42** Enke, *The Quarterly Journal of Economics* (2020), 1363–1398 m. w. N.; *Eerland/Rassin*, *Psychology, Crime & Law*, 2012, S. 351 ff.

**43** Enke, *The Quarterly Journal of Economics* (2020), 1366 (mit weiteren Nachweisen zur Theorie und Empirie), 1369 ff.

**44** *Pennington/Hastie*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1986, 242 ff.; *Pennington/Hastie*, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 1988, 521 ff.; *Pennington/Hastie*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1992, S. 189 ff.; *Pennington/Hastie*, *Cognition* 1993, 123 ff.

**45** *Pennington/Hastie*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1992, 189 ff.

**46** *Ask/Granhag*, *Journal of investigative psychology and offender profiling* 2005, 43 ff.; *Luus/Wells*, *The malleability of eyewitness confidence: Co-witness and perseverance effects* 1994, S. 711 ff.; *O'Brien*, *Psychology, Public Policy and Law* 2009, 315 ff.; *Pyszczyński/Wrightsmann*, *Journal of Applied Social Psychology* 1981, 301 ff.; *Rassin*, *Journal of investigative Psychology and Offender Profiling* 2010, 153 ff.

gnitiver Prozess, welcher zu Urteilsverzerrungen führt, werden Informationen kontinuierlich in einer bestätigenden Art und Weise bewertet und neu bewertet<sup>47</sup>. In der Folge kann die (erste) belastende Geschichte zunehmend kohärent erscheinen und daher schwer zu widerlegen sein. Daher muss eine wirksame alternative Geschichte die Nachteile des zweiten Platzes überwinden. Deshalb haben wir die Wirkung von Alternativgeschichten untersucht. Zusätzlich zu der Darstellung einer alternativen und entlastenden Geschichte haben wir Falsifikationen der ersten Geschichte (belastende Darstellung aus dem Polizeibericht) einbezogen, weil vermutet wird, dass erst die durch sie erzeugte Verunsicherung den Urteilenden für die Akzeptanz einer Alternativgeschichte „öffnet“<sup>48</sup>.

Wir wollten diese Mechanismen nun nicht nur im Hinblick auf die Bildung der Geschichte oder der Entstehung der Kohärenzverschiebung untersuchen, sondern prüfen, wie einer solchen Geschichte und ihren Wirkungen die Basis entzogen werden kann. Wir wollten genau wissen, ob und welche Zusatzinformationen förderlich sind, damit in zweifelhaften Sachverhalten auch wirklich praktisch gezweifelt wird.

---

<sup>47</sup> *Holyoak/Simon*, Journal of Experimental Psychology: General 1999, 3 ff.; *Simon*, University of Chicago Law Review 2004, 511 ff.

<sup>48</sup> Um die Ausgangsposition einer alternativen Geschichte zu verbessern, könnte es von Vorteil sein, die belastende Geschichte zuerst zu falsifizieren. Drei Forschungslinien deuten in diese Richtung: Erstens schlägt das klassische mentale Korrekturmodell von *Wilson* und *Brekke* (Mental contamination and mental correction: unwanted influences on judgments and evaluations, Psychological Bulletin 1994, 117 ff.) vor, dass man, um offen für Alternativen zu sein, sich Fehler bewusst machen muss, um die Notwendigkeit zu sehen, etwas zu ändern. Zweitens legt die Forschung zur narrativen Persuasion nahe, dass Geschichtenleser aufgrund der Perspektivenübernahme möglicherweise nicht genügend kognitive Ressourcen zur Verfügung haben, um selbständig Gegenargumente gegen die präsentierte Geschichte zu finden (*Green/Brock*, Journal of personality and social psychology 2000, 701 ff.). Daher könnte es notwendig sein, dies für sie zu tun. Drittens haben *Pyszczynski* und *Wrightsmann* (siehe Anm. 46) gezeigt, dass die Wirkung der Eröffnung der Verteidigung (d. h. der alternativen Geschichte) weitgehend von der Ausführlichkeit der Eröffnung der Anklage (d. h. der belastenden Geschichte) abhängt. Die Eröffnung der Verteidigung war nur dann effektiv, wenn die Staatsanwaltschaft keine Geschichte lieferte oder wenn die Geschichte schwach war. Dies impliziert, dass, wenn eine Geschichte nicht von vornherein schwach ist, sie durch Diskreditierung geschwächt werden kann. In ähnlicher Weise schlugen *McKenzie/Lee/Chen*, Journal of Behavioral Decision Making 2002, 1 ff., vor, dass es einen Referenzpunkt gibt, mit dem eine Story verglichen wird (genannt minimal akzeptable Stärke; MAS). Je stärker die erste Geschichte ist, desto höher ist die MAS der zweiten. Wenn also die Staatsanwaltschaft eine starke Geschichte präsentiert, verschiebt sich der Referenzpunkt (die MAS der Verteidigung steigt) und somit muss die Geschichte der Verteidigung noch stärker sein. Wenn die Geschichte der Verteidigung hinter dem MAS zurückbleibt, kann dies eine umgekehrte Auswirkung auf das Vertrauen haben: Die Leute sind noch mehr davon überzeugt, dass der Angeklagte schuldig ist. Um eine alternative Geschichte erfolgreich einzuführen, sollte daher eine Falsifikation der ersten Geschichte vorausgehen.

Dazu haben wir zu diesem Thema drei Studien durchgeführt<sup>49</sup>, die jeweils (in unterschiedlichen Konstellationen) vergleichen, wie die Probanden reagieren (1.) auf die nackte Schilderung der Beweislage im polizeilichen Abschlussbericht, (2.) auf diesen Abschlussbericht und eine (wortreiche) Beteuerung der Unschuld (in der Folge: Unschuldsbeteuerung; untersucht in Studie 2), (3.) auf den Abschlussbericht und die Falsifikation dieses Abschlussberichtes verbunden mit der Präsentation einer Alternativgeschichte (in der Folge: qualifizierte Verteidigung; untersucht in Studien 1 und 2). (1.) und (2.) unterscheiden sich von der Mitteilung von Fakten her (idealiter<sup>50</sup>) gar nicht, die Unschuldsbeteuerung ist lediglich ein Prozessverhalten, sie kann aber durchaus indiziellen Charakter haben – also die Beweislage betreffen. Sie verändert den dann Beweiswert<sup>51</sup> insgesamt – jedoch marginal<sup>52</sup>. Nur im Falle der qualifizierten Verteidigung wird eine neue Geschichte erzählt. Die bloße Falsifizierung ist hingegen eine Analyse der Beweise mithilfe von Erfahrungssätzen (Zeugen irren sich häufig). Die Alternativgeschichte kann zwei Komponenten haben, nämlich die Behauptung von Möglichkeiten (das Opfer könnte betrunken gewesen sein) oder die Behauptung neuer Fakten (ich weiß,

---

**49** Schmittat/Englich/Sautner/Velten, *Crime & Law* 2021, 1 ff.

**50** Vgl. dazu unten Anm. 56 zu Studie 1.

**51** Vgl. zur Berechnung des Beweiswerts die Ausführungen unten Anm. 52. Entscheidend ist seine Bedeutung im Zusammenspiel mit anderen Indizien. Soweit *Enke* (*The Quarterly Journal of Economics* (2020), 1365) in seiner Analyse davon spricht, „(that) subjects receive the same objective information as those in selected except that all signals physically appear on subjects’ screens“ geht er wie hier von der Prämisse aus, dass auch unbekannte Informationen in die Wahrscheinlichkeit „eingepreist“ werden müssen (siehe oben am Beispiel mit der HIV-Infektion). Sie müssten also mitberücksichtigt werden, aber sie können es nicht oder nur selten.

**52** Die Behauptung des Beschuldigten: „ich habe die Tat nicht begangen“ ändert den Beweiswert unter bestimmten Umständen. Sie kann ein Indiz für seine Unschuld sein. Die Beweiskraft eines Indizes hängt von zwei Faktoren an: Von der abstrakten Beweiskraft des Indizes und von dessen Be- (oder Ent-)lastungswahrscheinlichkeit. Die abstrakte Beweiskraft wird ermittelt, indem man vergleicht, wie häufig in einem bestimmten Fall (einschließlich seiner Randbedingungen) das Indiz zusammen mit der Haupttatsache auftritt (vgl. zum Ganzen *Velten* in: *Systematischer Kommentar, StPO* (Anm. 2), Vor § 261 Rdn. 4; *Bender/ Nack/Schwarz*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 2021, Rdn. 630 ff.; BGHSt. 38, 320, 323 f. Wenn z. B. 90% aller Unschuldigen leugneten, wäre die abstrakte Beweiskraft des Leugnens zunächst sehr hoch (90:10). Zu berücksichtigen ist allerdings auch die Ausgangswahrscheinlichkeit: Dazu muss man zusätzlich wissen, wie viele Schuldige ebenfalls leugnen (unterstellt 35%) und wie hoch (im Durchschnitt) im Strafverfahren das Verhältnis von Schuldigen zu Unschuldigen ist (85% zu 15% unterstellt). Wenn von 100 Angeklagten also 15 unschuldig und 85 schuldig wären, würden die 15 zu 90% leugnen, das heißt, dies wären 13, 5 Personen; von den Schuldigen 85 Personen würden dann immerhin noch 25 Personen leugnen, daher wäre die Entlastungswahrscheinlichkeit des Leugnens sehr gering. Wahrscheinlich stimmen diese geschätzten Daten nicht bzw. nur annähernd, sie illustrieren aber, inwiefern der Beweiswert in diesen Fallkonstellationen nur unwesentlich verändert ist.

dass das Opfer betrunken war). Sowohl die Falsifizierung als auch die Alternativhypothesenbildung weisen nur auf Widersprüche und Denkfehler oder falsche Erfahrungssätze hin, es sind nur Argumente, sie bringen also nichts vor, was als neues Faktum angesehen werden könnte. Sie ändern nicht den Beweiswert der Geschichte. Anders, wo die Alternativgeschichte die Behauptung des Beschuldigten enthält, er habe dies so wahrgenommen, dann ändert sie den Beweiswert zugunsten des Beschuldigten. Diese Behauptungen haben wir stets so gehalten, dass keine weiteren, neuen Beweismittel angeboten wurden. Daher ist die Änderung des objektiven Beweiswerts selbst dann sehr gering, wo eigene Wahrnehmungen behauptet werden, denn dies kann eine Information aus eigenem Wissen sein, es kann aber auch eine Schutzbehauptung sein. Solche Auswirkungen auf die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung müssen möglichst geringgehalten werden, andernfalls wären die Fälle nicht vergleichbar: Je weiter die den „Richtern“ jeweils präsentierten Fälle nicht nur in ihrem Framing, sondern auch in ihrem Beweiswert voneinander abweichen, desto eher müssen diese (um rational zu entscheiden) die Fälle tatsächlich unterschiedlich gewichten. Dann erhält man keine Aussage über eine Urteilsverzerrung, die nur von der Präsentation des Falles abhängig ist. Wir haben uns daher bemüht, diese Abweichungen so gering wie möglich zu halten.

### 3. Unsere Studien

#### a) Studie 1

In einer ersten Studie haben wir nur die beiden Varianten „Abschlussbericht der Polizei“ und „Abschlussbericht plus Falsifikation und Alternativgeschichte“ (zusammen ergeben diese Komponenten die qualitative Verteidigung<sup>53</sup>) verglichen<sup>54</sup>. Allen Probanden wurde ein Abschlussbericht der Kriminalpolizei gegeben. Dieser Abschlussbericht enthielt Beweismittel, die für den Diebstahl von Autoradios durch den Beschuldigten sprachen: Mehrere Diebstähle in einer Tiefgarage; beim Eintreffen der Polizei um 16.30 Uhr war ein Mann (späterer Beschuldigter) anwe-

---

<sup>53</sup> In *Schmittat/Englich/Sautner/Velten*, Anm. 49, haben wir die Begrifflichkeiten aufgrund der vorhandenen psychologischen Literatur anders gewählt: Die Alternativgeschichte wurde als Oberbegriff für die Falsifikation des Abschlussberichtes sowie der Darstellung eines alternativen Szenarios verwendet.

<sup>54</sup> In Studien 1 und 2 haben wir zusätzlich den Einfluss von einschlägigen Vorstrafen untersucht. In Studie 1 wurde der Beschuldigte häufiger angeklagt und verurteilt, wenn er Vorstrafen hatte. Studie 2 konnte diesen Effekt mit einem anderen Fall nicht replizieren, siehe Anm. 49.

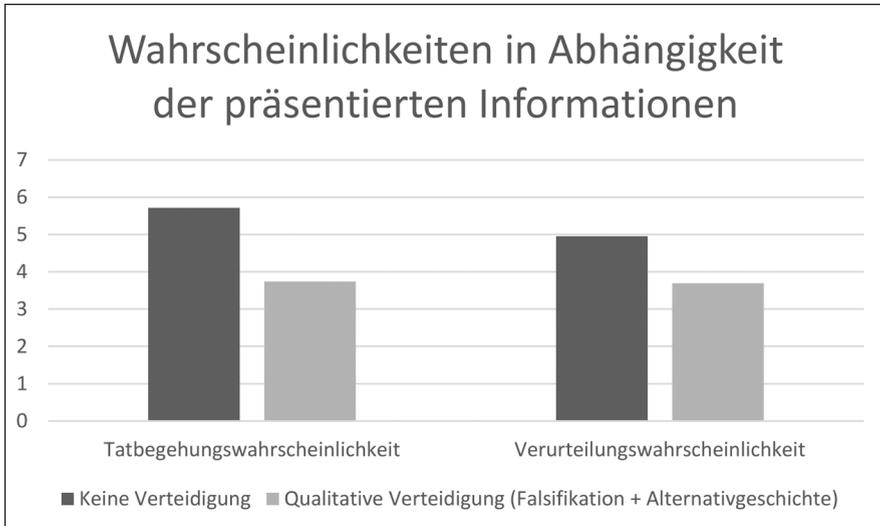
send; der Beschuldigte befuhr die Tiefgarage um 13.35 Uhr, betrat sie erneut um 15.30 Uhr; das Auto des Beschuldigten (bzw. seiner Freundin) war ebenfalls aufgebrochen und das Radio fehlte; im Auto des Beschuldigten wurden (unter der Motorhaube) einige dieser Radios von der Polizei gefunden; der Beschuldigte hatte Vorstrafen (Diebstahl von Autoradios)<sup>55</sup>. Der Hälfte der Probanden wurde nur dieser Abschlussbericht vorgelegt; und sie wurden direkt um ihre Einschätzungen gebeten. Die andere Hälfte bekam jedoch eine Verteidigungsschrift vorgelegt, die sowohl eine Falsifikation<sup>56</sup> (z. B. warum hätte der Beschuldigte das Auto seiner Freundin aufbrechen sollen, denn er hatte den Schlüssel; Erklärung für seine Aufenthaltsorte in dem Zeitfenster; Radio aus eigenem Auto wurde nicht gefunden) als auch eine Alternativgeschichte (jemand anderes hat in die Autos eingebrochen; Auto des Beschuldigten wurde ausgewählt, um die Beute abzutransportieren; Kurzschlussversuch scheiterte; Radio des Beschuldigten wurde zusammen mit den teureren Radios mitgenommen und die restlichen Radios zurückgelassen) enthielt.

Gefragt wurde nach Tatbegehungswahrscheinlichkeit, Verurteilungswahrscheinlichkeit sowie nach der Bereitschaft zur Anklage und zur Verurteilung. Folgendes waren die Ergebnisse:

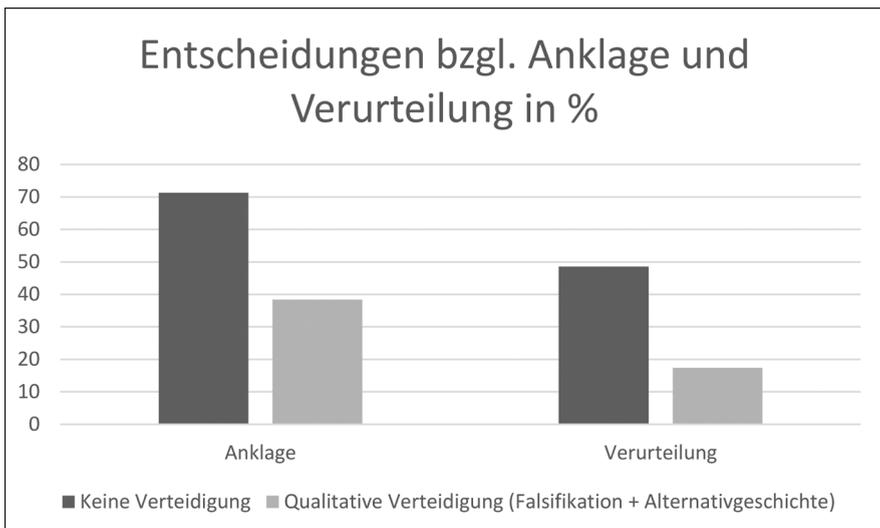
---

**55** Der Fall wurde in anderer Gestalt einem sog. Pretest unterzogen, er musste geändert werden, um überhaupt ein ausreichendes Verurteilungsniveau zu erreichen. Im Originalfall hatte der Beschuldigte selbst die Polizei gerufen, weil das Auto seiner Freundin aufgebrochen war. Dieser Fall wurde tatsächlich vor dem AG Köln verhandelt. Trotz einer Verteidigung, die eher mehr Argumente vortrug als in unserer Vignette mitgeteilt, wurde der Angeklagte in zwei Instanzen verurteilt, siehe Anm. 49.

**56** In dieser ersten Studie haben wir – wie man erkennt – die Differenzierung zwischen Falsifizierung und Alternativgeschichte noch nicht so streng vorgenommen, wie oben IV 2.b.) erläutert. Diese Unschärfe haben wir in den folgenden Studien jedoch korrigiert. In der Studie 1. handelt es sich jedoch cum grano salis um eine Kontrastierung von bloßer Falsifikation und Alternativgeschichte. Insofern sind die Ergebnisse durchaus zu diesem Thema aussagekräftig.



**Grafik 4:** Die Probanden wurden gefragt, wie wahrscheinlich sie es finden, dass der Beschuldigte die Tat begangen hat und für wie wahrscheinlich sie eine Verurteilung halten. Die Skalen gingen jeweils von 1 (überhaupt nicht wahrscheinlich) bis 7 (sehr wahrscheinlich).



**Grafik 5:** Die Probanden wurden gefragt, wie sie das Ermittlungsverfahren beenden würden, wenn sie Staatsanwalt wären bzw. ob sie den Beschuldigten freisprechen würden, wenn sie Richter wären.

Diese erste Studie deutet darauf hin, dass die Präsentation einer Falsifikation und einer alternativen Geschichte zusammen mit dem Abschlussbericht der Polizei die Bewertungen und Entscheidungen der Teilnehmer beeinflusst: Die Probanden hielten es nicht nur für unwahrscheinlicher, dass der Verdächtige das Verbrechen begangen hat,  $F(1,212) = 65.34$ ,  $p < .001$ ,  $d = -1.09$ , sondern schätzten auch die Verurteilungswahrscheinlichkeit als geringer ein,  $F(1, 212) = 23.18$ ,  $p < .001$ ,  $d = 0.64$ , Grafik 4. Die qualitative Verteidigung senkt demnach die Tatbegehungswahrscheinlichkeit um ein Drittel und die Verurteilungswahrscheinlichkeit um knapp ein Drittel; und offenbar für viele Probanden unter die Schwelle, die für sie noch einer Verurteilung zulässt: Ohne Verteidigung waren noch 48,50% bereit zu verurteilen, mit qualitativer Verteidigung waren es nurmehr 17,30%, das ist deutlich weniger als die Hälfte, Grafik 5.

Insgesamt war die qualitative Verteidigung ein hochsignifikanter Prädiktor sowohl für die Anklageentscheidung<sup>57</sup> als auch für das Urteil<sup>58</sup>: Die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte nicht angeklagt und freigesprochen wurde, war signifikant höher, wenn eine qualitative Verteidigung nach dem Polizeibericht präsentiert wurde.

Interessant sind daneben auch die Ergebnisse zum Verhältnis von Verurteilungs- und Anklagebereitschaft: Nach §§ 170 Abs. 1, 203 StPO setzt die Anklage hinreichenden Tatverdacht voraus. Nach dem ursprünglichen Konzept der StPO sollte hierdurch ein Vier-Augen-Prinzip installiert werden<sup>59</sup>. Das heißt, nur wenn die Staatsanwaltschaft selbst nach dem (vorläufigen) Ergebnis der Ermittlungen (unter Berücksichtigung ihrer Unvollständigkeit) die Verurteilung mindestens für überwiegend wahrscheinlich hält, soll sie anklagen und nicht, um „mal zu schauen“, wie sich das Hauptverfahren entwickelt<sup>60</sup>. Das traf nicht zu: Nur 42,6% der Probanden, die sich für eine Anklage entschieden hatten, wollten den Beschuldigten auch verurteilen, knapp 60% hielten eine Anklage auch dann für richtig, wenn sie eine Verurteilung ablehnten. Von denjenigen, die entschieden hatten, den Beschuldigten anzuklagen, verurteilten 68,5% ihn auch dann, wenn sie keine qualitative Verteidigung bekommen hatten, während nur 38,1% ihn verurteilten, wenn sie die qualitative Verteidigung erhielten. Das könnte auf den ersten Blick daran liegen, dass 2/3 der Probanden nur Jura studierten, also keine praktische Erfahrung hatten und das Konzept der StPO laienhaft anwendeten. Dagegen spricht aber Folgendes: Ob diese Probanden ihr Jura-Studium abgeschlossen hat-

<sup>57</sup>  $\beta = 1,079$ , Wald  $\chi^2(1) = 6,83$ ,  $p = .009$ , OR = 2,93, 95% CI [1,31, 6,61].

<sup>58</sup>  $\beta = 1,317$ , Wald  $\chi^2(1) = 6,86$ ,  $p = .009$ , OR = 3,73, 95% CI [1,39, 10,00].

<sup>59</sup> Vgl. etwa Mittermaier, NArchCrimR 1849, S. 177, 188.

<sup>60</sup> Wohlers, in: Wolter, Systemischer Kommentar zur-StPO, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, § 179 Rdn. 23; Kaiser, NJW 1965, 2380, 2383.

ten oder noch studierten, hatte weder einen Effekt noch war es ein signifikanter Prädiktor für eine der abhängigen Variablen. Obwohl zukünftige Forschung den Effekt der alternativen Geschichte mit einer Stichprobe von Staatsanwälten replizieren sollte, deuten unsere Ergebnisse darauf hin, dass Rechtsexperten auf die präsentierten Fallmaterialien ähnlich reagieren wie Jurastudenten.

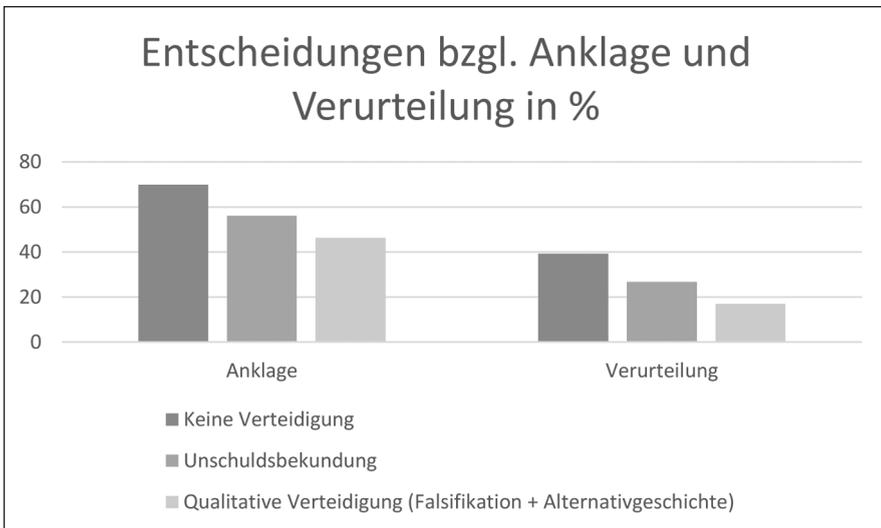
## b) Studie 2

In einer Folgestudie<sup>61</sup> haben wir versucht, den Gründen, die die Verurteilung erschweren, genauer auf die Spur zu kommen, indem wir den Probanden unterschiedliche Vignetten präsentierten. Wir haben die Anklage- und Verurteilungsbereitschaft sowie die Einschätzung der Tatbegehungswahrscheinlichkeit der Probanden in einer Gruppe nach Präsentation nur des Abschlussberichts, in der zweiten Gruppe nach Abschlussbericht und Unschuldsbeteuerung und in der dritten Gruppe nach Abschlussbericht und Alternativgeschichte mit Falsifikation (qualitative Verteidigung) untersucht. Alle Probanden erhielten einen *Abschlussbericht* der Kriminalpolizei, der zunächst die Tathypothese formulierte (R überfällt in einer Straßenunterführung O, hält ihr ein Messer an die Kehle und nimmt ihr Handy und Portemonnaie weg). Der Bericht enthielt außerdem eine Übersicht über das Beweismaterial (Überwachungsvideo der Kamera an einem der beiden Zugänge – die Kamera am zweiten Zugang ist defekt), das zunächst O beim Betreten der Unterführung zeigt, sodann R (aber niemanden sonst); ein am nicht überwachten Zugang sichergestelltes Klappmesser ohne Fingerabdrücke; eine ergebnislose Wohnungsdurchsuchung bei R; die der Tathypothese entsprechende Aussage von O über den Tathergang; ihre Erklärung, sie glaube, bei dem Täter habe es sich um die auf der Videoaufnahme zu erkennende Person gehandelt; die Einlassung des R, er habe die Unterführung westseitig betreten und ostseitig verlassen; eine telefonierende Frau gesehen, mehr könne er nicht sagen. Ein Drittel der Teilnehmer erhielt eine *Verteidigungsschrift (Unschuldsbeteuerung)*, die darauf hinweist, dass Anwesenheit am Tatort die Tatbegehung nicht beweist, ein Kleidungsstück, ähnlich dem, das R trug und das der gängigen jugendlichen „Uniform“ entspreche, wenig Aussagekraft habe, welche die Frage stellt, ob es die Tat überhaupt gegeben habe und nicht weiter durch Fakten untermauerte oder sonst substantiierte Zweifel an der Glaubwürdigkeit der O äußert. Ein weiteres Drittel

---

61 In *Schmittat/Englich/Sautner/Velten*, Anm. 49, wurde eine weitere Studie durchgeführt, welche aus Platzgründen hier nicht angeführt wird. Die hier benannte zweite Studie wurde dort als dritte Studie publiziert.

erhielt eine *qualitative Verteidigung*, die eine *Falsifikation* und eine *Alternativgeschichte* enthielt. Darin wurde geschildert, dass R ein Konzert besucht habe, bei dem ein mitgeführtes Messer aufgefallen wäre, die O habe er telefonierend passiert; der Überfall sei jedoch geschehen, als sie das Telefonat schon beendet habe, die Behauptungen, er habe keine Handschuhe getragen, daher habe er – wie auf dem Video ersichtlich – die Hände in die Taschen seines Kapuzenpullovers gesteckt, der echte Täter müsse den Tatort ostseitig betreten und wieder verlassen haben.



**Grafik 6:** Die Probanden wurden gefragt, wie sie das Ermittlungsverfahren beenden würden, wenn sie Staatsanwalt wären bzw. wie sie urteilen würden, wenn sie Richter wären.

Im Ergebnis betrug *die Anklagerate* 69,8% ohne Verteidigung, 56,1% mit Unschuldsbeteuerung und 46,3% nach qualitativer Verteidigung. Noch viel deutlicher fiel die Reduktion der Verurteilungsquote aus: Ohne Verteidigung haben 39,2% verurteilt, mit Unschuldsbehauptung waren es nur noch 26,8%, im Falle einer Alternativgeschichte reduzierte sich *die Verurteilungsquote* nochmals erheblich, auf 17%, Grafik 6. Hierbei ist anzumerken, dass die qualitative Verteidigung die Senkung der Anklagerate signifikant vorhersagt,  $\beta = .987$ , Wald  $\chi^2(1) = 5.94$ ,  $p = .015$ ,  $OR = 2.68$ , 95% CI [1.21, 5.93], die Unschuldsbekundung jedoch nicht,  $\beta = .591$ , Wald  $\chi^2(1) = .40$ ,  $p = .140$ ,  $OR = 1.81$ , 95% CI [.82, 3.96], gleiches Muster war auch bei dem Urteil festzustellen,  $\beta = 1,149$ , Wald  $\chi^2(1) = 6,11$ ,  $p = .013$ ,  $OR = 3,15$ , 95% CI [1,27, 7,85] und  $\beta = .567$ , Wald  $\chi^2(1) = 1.86$ ,  $p = .173$ ,  $OR = 1.76$ , 95% CI [.78, 3,99].

## V. Zusammenfassung der Studienergebnisse

1. Die in dubio-Studie zeigt, dass Richter die vom Grundsatz „in dubio pro reo“ geforderte Vorsicht häufig nicht an den Tag legen (können). Ihre Rolle steht dem entgegen. Das ist eine sehr ernstzunehmende Erkenntnis. Sie besagt nämlich, dass eine zentrale Säule unseres rechtsstaatlichen, fairen Strafverfahrens – der Grundsatz in dubio pro reo – systematisch versagt. Die Transformation von objektiver Zweifelhafteigkeit in tatsächliche Zweifel ist in kritischen Fällen nicht so gewährleistet, wie das gesetzliche Programm dies verlangt.

2. Eine Gegensteuerung ist daher erforderlich und unter folgenden Bedingungen denkbar:

a) Eine substantiierte Verteidigungsschrift, die gleichzeitig mit dem polizeilichen Abschlussbericht vorgelegt wird, wirkt (in problematischen Fällen) sehr stark. Sie reduziert die Anklagebereitschaft; noch stärker reduziert sie die Einschätzung der Tatbegehungswahrscheinlichkeit und noch einmal mehr die Bereitschaft zur Verurteilung. Ob sie den Rollenbias vollständig neutralisieren kann, ist jedoch offen und bedarf weiterer Überprüfung.

b) Sie belegt nicht ohne weiteres, dass diese *Anhebung der Hemmschwelle auch sachlich geboten* ist. Wie andere Studien über kognitive Verzerrungen auch zeigt sie in erster Linie eine systematische Abweichung zweier Urteile in Abhängigkeit vom Faktor Verteidigung. Folgendes spricht allerdings für die Annahme, dass die Entscheidungen, die zusätzlich aufgrund einer Verteidigungsschrift ergingen, sachlich angemessener sind:

- Das betrifft zum einen die *Auswahl der Vignetten*: Wir haben Fälle ausgesucht, bei denen man aus unserer Sicht kaum ernsthaft davon sprechen kann, dass die Schuld über jeden Zweifel erhaben ist.
- Zum anderen reagieren diejenigen, denen eine qualifizierte Verteidigung vorgelegt wurde, auf *Argumente*. Selbstverständlich kann man auf Argumente auch nicht kognitiv (emotional) reagieren, also z.B. einfach aus Angst vor Fehlern, aus Unlust, die Ambiguität weiter zu durchdenken – statt aus Gründen – entscheiden (oben, Fn. 30, 31). Dennoch erscheint es vor allem in Anbetracht dessen, dass auch die bloße Unschuldsbehauptung derartige Gefühle anspricht, aber weniger wirksam ist, durchaus wahrscheinlich, dass gerade auch eine kognitive Wirkung der Denkanstöße von Bedeutung ist.
- Zudem wurden die Teilnehmer nach ihrer Bewertung der präsentierten Geschichten gefragt (Polizeibericht im Vergleich zu den Verteidigungen). Nach-

dem ihnen eine alternative Geschichte präsentiert wurde, glaubten sie weniger, dass die Geschichte der Polizei die einzige Geschichte ist, die die Beweise erklären kann.

Es spricht also vieles für eine kognitive Umbewertung als Reaktion auf Argumente und damit für eine rationalere Entscheidung. Amtsermittlungsgrundsatz und Objektivitätsverpflichtung allein reichen also nicht, um eine gründliche Beweiswürdigung zu garantieren, erst die Kontradiktion stößt diesen Prozess an.

3. Wenn man die *Ergebnisse der beiden Studien zu Alternativgeschichten miteinander in Verbindung bringt*, dann wird es sehr deutlich, dass die Entscheidungen nach Verteidigung eher richtig sind als die ohne: In den letzten beiden Studien wurden den Probanden die Rollen als Staatsanwalt oder Richter zugewiesen; die Entscheidungen unterlagen also einem starken – den Beschuldigten belastenden – Rollenbias. Die Verteidigung ist möglicherweise ein Mittel die dort aufgezeigten Motivationsdefizite etwas zu kompensieren. Es geht hier also nicht lediglich um Verteidigungsskills, vielmehr geht es um die Bedingung der Möglichkeit zu einem sub specie „in dubio pro reo“ angemessenen Urteil.

4. Die Studien zu Alternativgeschichten zeigen daneben, dass die Entscheidung über die Anklage nicht dem ursprünglichen Konzept der StPO folgt, das (u. a.) ein Vier-Augen-Prinzip garantieren sollte. Vielmehr wird Anklage schon erhoben, wenn sich die Akteure sagen, es lohne sich, den Fall mal genauer anzusehen. Dies ist allerdings ein Nebenaspekt unserer Forschungen.

## **VI. Rechtspolitische Konsequenzen: Ausreichende Verteidigungsmöglichkeiten?**

### **1. Notwendiger Zeitpunkt der Ermittlungen**

Die Rollenzuweisung konterkariert also den Zweifelsgrundsatz, die Verteidigung kann dies bis zu einem gewissen Grad wieder ausgleichen. Aber die spät – erst lange nach Kenntnisnahme der Akten durch das Gericht und nach Vorbereitung der Hauptverhandlung – einsetzende Verteidigung vermag eine solche nachhaltige Wirkung nicht zu erzielen. Dieser Mechanismus ist im rechtspsychologischen Schrifttum mittlerweile weithin anerkannt. Wir haben ihn daher nicht mehr eigens überprüft. Die Anklage prägt das Hauptverfahren als erste Information, die das Gericht erhält. Der Primacy-Effekt ebenso wie die Bestätigungstendenz be-

günstigen die Übernahme der Hypothese der Ermittlungsbehörden durch das Gericht<sup>62</sup>.

## 2. Defizite und erste Überlegungen zu deren Behebung

Aus diesem Grunde muss eine *effiziente Verteidigung schon im Ermittlungsverfahren* gewährleistet sein, und sie muss zum *Regelfall* jedenfalls bei einer Freispruch- oder Teilfreispruchverteidigung werden. Wir wollen hierzu eine Diskussion anstellen.

### a) Defizite

Auf den ersten Blick scheint dies alles bereits gewährleistet zu sein: Staatsanwaltschaft und Polizei müssen bzw. sollen den Beschuldigten anhören, bevor Anklage erhoben wird. Sie haben ihn frühzeitig darüber zu informieren, dass er unter Verdacht steht. Der Beschuldigte hat auch im Ermittlungsverfahren das Recht, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Er kann Beweisanträge stellen, ob die Ermittlungsbehörden dem nachgehen, ist jedoch weitgehend in deren Belieben gestellt: §§ 136 Abs. 1 Satz 3, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO sehen zwar eine gewisse Verpflichtung vor, diese ist jedoch *lex imperfecta*<sup>63</sup>. In Österreich schränkt § 55 Abs. 3 öStPO das durchsetzbare Beweisantragsrecht für das Ermittlungsverfahren auf den Alibibeweis ein. Problematisch sind auch die Anwesenheitsrechte des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten (und erst recht Dritter): In Österreich kann der Beschuldigte darauf bestehen, dass ein Anwalt seiner Vernehmung beiwohnt, dieser darf allerdings kaum intervenieren (§ 164 Abs 2 öStPO). Er ist eine Art „stumme Zeuge“. In Deutschland besteht ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei der Polizei *de jure* nicht<sup>64</sup>, erst bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung (§§ 163, 163a Abs 3 S. 2 i.V.m § 168c StPO) ist sie vorgesehen. Auch wäre

<sup>62</sup> Man nimmt auch an, dass zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft sogenannte *Schulter-schlusseffekte* wirken vgl. *Schünemann*, in: *Kerner/Kury/Sessar*, Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle, Bd. II, S. 1983, 1109 ff.; *Gadenne/Oswald*, Zeitschrift für Experimentelle und Angewandte Psychologie 1986, 360, 360 ff.

<sup>63</sup> Wenn die Staatsanwaltschaft dem Antrag nicht nachkommt, dann besteht keine Möglichkeit, die ablehnende Entscheidung einem Gericht zur Überprüfung vorzulegen. Auch ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung in dem Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG ist nicht zulässig, *Böttcher*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, Bd. 11, 27. Aufl. 2021, § 23 EGGVG Rdn. 52 ff. m.w.N; *Wohlers*, in *Wolter* (Anm. 60), § 163a Rdn. 79; *Kretschmer*, *StraFo* 2013, 184, 184 f. m. w. N.

<sup>64</sup> Vgl. dazu aber auch *Wohlers*, in *Wolter* (Anm. 60), § 163a Rdn. 72.

es dem Beschuldigten, der vom Verfahren weiß, möglich, sich anwaltlich vertreten zu lassen und eine alternative Geschichte zu den Akten zu geben oder in der Vernehmung zu präsentieren (Schutzschrift). Auch vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist eine Äußerung möglich. Diese Mitwirkungsmöglichkeiten stehen (außer im Falle von Wirtschaftsstrafsachen) der Sache nach aber nur auf dem Papier. Daher bedarf Kontradiktion im Ermittlungsverfahren einer Institutionalisierung. Zwar sieht die österreichische StPO die Möglichkeit einer schriftlichen Gegenäußerung der Verteidigung vor, jedoch erst nach Anklageerhebung und nur optional (§ 222 Abs 3 öStPO), so dass damit die Entscheidung über die Anklageerhebung selbst nicht mehr beeinflusst werden kann. In Deutschland sieht § 163a dStPO zwar eine obligatorische Abschlussvernehmung vor, nicht aber eine schriftliche Einlassung. Anders als im Zivilprozess gibt es keine Klageerwiderung als Rechtsinstitut. In der Praxis findet eine Stellungnahme in der Regel nicht statt. Eine der Verteidigung dienende Alternativgeschichte findet somit kaum jemals Eingang in die Ermittlungsakte.

Die Gründe dafür sind strukturell und vielschichtig:

1. Die Information des Beschuldigten über die Aufnahme von Ermittlungen erfolgt regelmäßig zu spät. Die Polizei verfügt über Strategien, die Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten zu verhindern. Sie führt ein Verhör durch, gewährt aber kein Gehör. Sie vernimmt den Beschuldigten nach ihren eigenen Regeln. Das Ziel und meist auch das Ergebnis solcher Vernehmung ohne anwaltliche Beteiligung ist, dass keine Alternativgeschichte zur Entlastung des Beschuldigten vorgebracht wird<sup>65</sup>. Falsifikatorische Argumente bleiben hier i. d. R. ganz aus.

2. Das geltende Prozessrecht bringt den Beschuldigten, der sich Gehör verschaffen will, in ein Dilemma: Anders als im Zivilprozess ist es im Strafprozess stets riskant, überhaupt eine Stellungnahme abzugeben. Man entscheidet sich (wenn man der h. M. hierzu folgt<sup>66</sup>) damit nämlich, auf sein Schweigerecht zu verzichten. Während im Zivilprozess der Beklagte eine Gegengeschichte behaupten darf, ohne zugleich zum Beweismittel zu werden, kann der Beschuldigte im Strafprozess entweder eine Alternativgeschichte nur *aussagen*, wodurch er einen Beweis gegen und für sich schafft und auch sein weiteres Schweigen verwertbar wird, oder er muss (weniger effektiv) die theoretischen Möglichkeiten aufzeigen, wie es gewesen sein könnte.

<sup>65</sup> Vgl. zum Ganzen die empirischen Untersuchungen von *Wulf*, Strafprozessuale und kriminaltaktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen, Dissertation Hamburg, 1984, passim.

<sup>66</sup> BGHSt. 20, 298, 300; 32, 145; NStZ 2000, 494 f.; weitere Nachweise zum Meinungsstreit bei *Rogall*, in: *Wolter*, Systemischer Kommentar zur-StPO, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, Vor § 133 ff. Rdn. 204 ff.

3. Eine Gegengeschichte kann ohne genaue Kenntnis des Ermittlungsstandes nicht sinnvoll abgegeben werden. Das Akteneinsichtsrecht besteht aber uneingeschränkt nur im Hauptverfahren. Da der Grundsatz der Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren nicht greift, fehlen der Verteidigung deshalb die Mittel (Rechte, Apparat und Geld), um eine Alternativgeschichte mit Plot, Motiv usw. zu ermitteln. Das ist der Grund, warum in der Regel Verteidigung durch Präsentation einer Alternativgeschichte im Ermittlungsverfahren nicht möglich ist und fast nie erfolgt.

4. Viele Verteidiger verzichten nach der Zustellung der Anklage auf eine Replik, weil sie befürchten müssen, dass „der Schuss nach hinten losgeht“. Die Nichteröffnung gilt den Gerichten als Affront gegen die Staatsanwaltschaft<sup>67</sup>. Sie ist äußerst selten und die Entscheidung erfolgt oft ohne genauere Kontrolle, ob wirklich hinreichender Tatverdacht besteht<sup>68</sup>. Sie folgt der Prämisse „es lohnt sich, sich die Sache in der Hauptverhandlung näher anzusehen“ (dies kann auch mittelbar durch die Ergebnisse unserer Studien belegt werden, die ja zeigen, dass Anklage- und Verurteilungsbereitschaft weit auseinanderklaffen; das dürfte in gleicher Weise für die Eröffnungsentscheidung zutreffen), oft auch, ohne dass die Sache ausermittelt ist<sup>69</sup>. Wenn man angesichts dieser Entscheidungsmaxime Gegenargumente vorträgt, dann besteht aus der Sicht der Verteidiger die Gefahr, dass sie „verbrannt“ werden.

## b) Reformansätze

Es müssen daher Reformvorschläge dazu erarbeitet werden, wie sich eine Gegen Darstellung des Beschuldigten effektiv in das Ermittlungsverfahren integrieren lässt. Es geht dabei um eine *systematische Einbindung der Verteidigungsperspektive bereits in das Ermittlungsverfahren*, die über die Beantwortung von Fragen bei der Vernehmung des Beschuldigten, die Argumentation der Verteidigung bei einer Haftverhandlung bzw über sporadische sonstige Stellungnahmen der Verteidigung hinausgehen. Hierbei kommt es auf den *Zeitpunkt der Äußerung*, deren

---

<sup>67</sup> Man nimmt an, dass zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft sogenannte Schulterchluss-effekte wirken: *Schünemann*, in: *Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger*, Verfahrensgerechtigkeit, 1995, S. 215 ff.

<sup>68</sup> Das beruht auf Hörensagen, uns haben dies mehrere Richter erzählt, die zu der seltenen Gruppe gehören, die Eröffnungsanträge schon einmal mangels Ausermittlung zurückweisen und deshalb in Kauf nehmen müssen, dass ihr berufliches soziales Umfeld daran Anstoß nimmt.

<sup>69</sup> Die letzteren Annahmen sind nicht empirisch abgesichert, sie beruhen auf eigener Anschauung, Gesprächen mit Verteidigern und Richtern.

*Institutionalisierung* und *Ausgestaltung* im Hinblick auf die Ambiguität des Beschuldigtenstatus als Partei und Beweismittel an. Dabei können Anleihen beim Zivilprozess genommen werden. Eine schriftliche Einlassung im Ermittlungsverfahren, die eine andere Perspektive als die der Polizei einführt, sollte zunächst bereits vor dem Abschluss der Ermittlungen zur Regel werden. Wird dann doch Anklage erhoben, sollte sie dem Richter, der das Hauptverfahren eröffnet, mit den Akten der Staatsanwaltschaft zugeleitet werden. Ist sie bis dahin nicht erfolgt (siehe unten 3.), sollte mit der Zustellung der Anklage zu einer Art obligatorischer schriftlicher Klageerwidern aufgefördert werden, die nicht als Einlassung des Angeklagten (mit den Folgen des Teilschweigens), sondern nur als Behauptung ausgestaltet würde. Möglicherweise ließe sich so den Zweifeln „auf die Beine helfen“. Maßgeblich ist zudem die zeitliche Abfolge der Informationen und deren Inhalt: *Wichtig wäre es, dem Gericht Aktenkenntnis vorzuenthalten*, solange diese nur die einseitigen Informationen der Ermittlungsbehörden enthält (und folgerichtig Verhandlungsleitung und -entscheidung zu trennen) oder aber die Verteidigung im Ermittlungsverfahren zu institutionalisieren, also echte Waffengleichheit herzustellen<sup>70</sup>. Das ist freilich nicht so einfach.

#### **aa) Beweisantragsrecht im Ermittlungsverfahren**

Das Beweiserhebungsmonopol der Ermittlungsbehörden im Ermittlungsverfahren muss aufgehoben werden: Dem Beschuldigten muss auch in diesem Verfahrensstadium ein eigenes Recht eingeräumt werden, alternative Spuren zu verfolgen oder verfolgen zu lassen. Die Beweiserhebungen der Ermittlungsbehörden müssen in weitem Umfang betroffenenöffentlich stattfinden.

#### **bb) Äußerung auch als Parteierklärung statt nur als Beweismittel**

Das Problem einer *Verwirkung des Schweigerechts* im Falle einer Einlassung ließe sich einfach beseitigen: Eine Einlassung könnte als Parteierklärung statt als Beweismittel klassifiziert werden. Dann hätte sie keine Beweiskraft, sondern denselben Status wie die Anklage. Sie würde im Ermittlungsverfahren abzugeben sein, sie könnte nach Abschluss der Ermittlungen und voller Akteneinsicht wiederholt und vervollständigt werden und als Anklageerwidern zu Beginn der Hauptverhandlung vorgetragen werden. Natürlich muss daneben die Aussage des Beschuldigten als Beweismittel möglich bleiben. Es müsste aber zudem zwischen Einlas-

<sup>70</sup> Vgl. schon *Schünemann* in: *Kerner/Kury/Sessar*, Deutsche Forschungen zur Kriminalitätstestehung und Kriminalitätskontrolle, Bd. 2, 1983, S. 1109 ff.; *Sautner*, ÖJZ 2017, 902, 910.

sung in der „Klageerwiderung“ und der Aussage des Beschuldigten im Hauptverfahren (mit Beweischarakter) unterschieden werden<sup>71</sup>.

### cc) Obligatorische Äußerung?/Regelmäßige Gegenerklärung

Im Zivilverfahren ist die Klageerwiderung der Sache nach obligatorisch. Sie ist keine Pflicht, sondern eine Obliegenheit. Wenn sie nicht fristgerecht abgegeben wird, so wird der Beklagte säumig und er kann (vorausgesetzt die Klage ist schlüssig) per Versäumnisurteil verurteilt werden. Eine solche Möglichkeit, eine Erwiderung zum Regelfall zu machen, kann es im Strafverfahren im Hinblick auf „nemo tenetur“ nicht geben. Eine Verurteilung mangels Äußerung ist ebenso ausgeschlossen wie etwa eine erzwingbare Äußerungspflicht. Sie ist auch inhaltlich keinesfalls sinnvoll, es kann ja gute Gründe dafür gegeben, sich schweigend zu verteidigen. In Betracht kommt jedoch etwa eine – schriftlich zu dokumentierende – amtswegige und obligatorische Befragung bzw. Erklärung des Angeklagten, *ob* er sich verteidigen wolle, einen Freispruch oder teilweise Freispruch anstrebe. Bejaht er das, kann ihm anwaltliche Hilfe vermittelt werden und es ist zumindest die Möglichkeit eröffnet, eine Gegenäußerung abzugeben, wenn er das will und es nach Beratung sinnvoll erscheint. Dabei ist zu beachten, dass ja bereits die Unschuldsbekundung die Verurteilungswahrscheinlichkeit senkt.

Schwierig ist es auch, einen *möglichst frühen Zeitpunkt* der Gegenerklärung zu gewährleisten: Ideal wäre eine Gegenäußerung schon, bevor die Polizei ihren Abschlussbericht an die Staatsanwaltschaft übersendet, spätester Zeitpunkt wäre die Entscheidung über die Anklageerhebung, zumal mit dem Abschluss der Ermittlungen volle Akteneinsicht zu gewähren ist. Ersteres hätte den Vorzug, dass schon die Staatsanwaltschaft den Fall aus beiden Perspektiven kennenlernt. Freilich stößt sich dies mit dem bei uns geltenden Grundsatz, dass die Staatsanwaltschaft die Herrin des von der Polizei geführten Ermittlungsverfahrens sein soll

---

71 Im englischen Recht hat der Angeklagte dementsprechend drei Möglichkeiten: Er kann schweigen, er kann als Zeuge unter Eid und Wahrheitspflicht (die aber praktisch selten sanktioniert wird) aussagen oder er kann ein „unsworn statement“ abgeben. Letzteres hat dann keinen Beweiswert, aber es kann die Perspektive auf den Fall ändern. Zur historischen Entwicklung und Funktion vgl. *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 419 ff. Anders ist die Situation im amerikanischen Recht: Dort ist die Möglichkeit des „unsworn statement“ entfallen. Dafür wird die Sanktion der Lüge im Hinblick auf die Rechtskraftwirkung von Freisprüchen restriktiver gehandhabt (*Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 439). Erhalten geblieben ist das Institut im Militärstrafverfahrensrecht der USA, in zahlreichen Commonwealth-Ländern und neuerdings auch im Verfahrensrecht des Rom-Statuts.

und ihr zumindest die Entscheidung über bestimmte Zwangsmaßnahmen vorbehalten ist.

#### **dd) Flankierende Maßnahmen: Notwendige Verteidigung in Fällen von (Teil-)Freispruchverteidigung**

Wenn der Betroffene erklärt, er wolle sich verteidigen, so muss ihm dies ermöglicht werden. Das bedeutet, dass die Erklärung, man wolle sich verteidigen, einen Fall der *notwendigen Verteidigung* begründet. Das kostet zwar Geld, wenn man allerdings beachtet, dass die Fälle, in denen eine Verteidigung auf Freispruch oder doch Teilfreispruch im Raum steht, eher selten sind, dürfte dies nicht zu schwer ins Gewicht fallen. Zudem ist ein Paradigmenwechsel in der aktuellen kriminalpolitischen Debatte zum Verfahrensrecht anzunehmen: Verteidigungsinteressen gelten entgegen dem „favor defensionis“ in der kriminalpolitischen Diskussion als bloße Störfaktoren, Verteidigung als Blockade der Gerechtigkeit. Die Bereitschaft, sich Rechtsstaat zu leisten, ist seit den Reformbewegungen des 18. Jahrhundert massiv gesunken. Angeklagte und Beschuldigte sind für die Rechtspolitik wohl eher „die anderen“. Die Bedrohung eigener Freiheit durch die Justiz ist unwahrscheinlicher geworden. Die Sorge gilt daher weniger der Freiheit als vielmehr dem Strafverfolgungsinteresse. Dass und warum ein Paradigmenwechsel und eine Besinnung auf die rechtsstaatliche Haltung der frühen Reformer angezeigt ist und Verteidigungsinteressen wieder viel ernster genommen werden sollten, glauben wir gezeigt zu haben.

#### **ee) Entscheidungsquorum**

Ein weiterer Garant der Rationalität der Beweiswürdigung und eine gewisse Absicherung des Zweifelsgrundsatzes ist das Kollegialitätsprinzip. Zum einen vermag interne Beratung zu helfen, Zweifelhaftigkeit in Zweifel zu transformieren. Zum anderen könnte das Entscheidungsquorum helfen, den Rollenbias zu neutralisieren. Bei uns genügt eine einfache Mehrheitsentscheidung für die Verurteilung, in den USA muss die Entscheidung hingegen einstimmig erfolgen, in England müssen von 12 Geschworenen 10 für die Verurteilung stimmen. Wir sollten uns diesem Konzept anschließen: Ohnehin zeigt der Umstand, dass eine Person zweifelt, dass die Verurteilung gerade nicht über jeden Zweifel erhaben ist; wenn nun aber nachweisbar ist, dass überdies zu wenige Richter freisprechen, dann sollte diejenige, welche ernsthafte Zweifel hegt, den Ausschlag geben.

## VII. Fazit

Die Treffsicherheit der Beweiswürdigung hängt vom kognitiven Urteilsvermögen, aber auch von der Motivation der Entscheidungsträger ab. Die freie Beweiswürdigung und der sie regierende Grundsatz „in dubio pro reo“ setzen idealiter voraus, dass „objektiv“ zu geringe Tatbegehungswahrscheinlichkeit zu subjektiven Zweifeln der Richter führt. Das verlangt aber von den Richtern Zurückhaltung und Vorsicht „wie in eigenen wichtigen Angelegenheiten“. Wir konnten zeigen, dass die richterliche Rolle die gebotene Vorsicht in erschreckendem Ausmaß zurückdrängt. Probanden, denen wir die Rolle als Richter zuwiesen, hielten eine Verurteilung doppelt so oft für angemessen wie Probanden in einer elterlichen Rolle. Das ist ein ernstzunehmender Befund, besagt er doch, dass eine zentrale Säule unseres rechtsstaatlichen, fairen Strafverfahrens, der Grundsatz „in dubio pro reo“, versagt. Wir konnten jedoch zeigen, dass dieses motivatorische Defizit teilweise durch Verteidigung aufgefangen werden kann. Sowohl die bloße Unschuldsbeteuerung als auch erst recht eine Falsifizierung oder eine Alternativgeschichte senken die Verurteilungswahrscheinlichkeit deutlich. Jedoch setzt eine Kompensation voraus, dass frühzeitig im Prozess eine qualitative Verteidigung zumindest dort, wo der Angeklagte auf Freispruch oder Teilfreispruch abzielt, zur Regel wird. Um den Status quo von der Ausnahme zur Regel faktisch zu ändern, müsste das Ermittlungsverfahren durch kontradiktorische Elemente bereichert und das Strafverfahren insgesamt (hinsichtlich frühzeitiger schriftlicher Parteiäußerungen ohne Beweisstatus) den Regeln des Zivilverfahrens angenähert werden.