

Prof. Dr. Endrik Wilhelm, Dresden
Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung

I. Einleitung

"Das Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr wird nach dem mehr summarischen Vor- und Zwischenverfahren der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt, und zwar in einer Weise, die nach allgemeiner Prozess Erfahrung größte Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet" ¹.

Diese scheinbar in Stein gemeißelten Worte des Bundesverfassungsgerichts stehen als Leitsatz über dem Motto des 38. Strafverteidigertages. Er beschäftigt sich mit dem Bedeutungsverlust eben des Instruments, das den wesentlichsten Beitrag leisten soll bei der Erforschung der Wahrheit in einem Strafverfahren, der Hauptverhandlung.

Es wird nicht erst seit gestern darüber geklagt, dass die Hauptverhandlung schon lange nicht mehr im Mittelpunkt des Strafverfahrens steht. Sie verliert zusehends ihren Zweck. Es droht ihre Degeneration zur Plausibilitätsprüfung der Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren, womit sich morgen die Arbeitsgruppe 1 des diesjährigen Strafverteidigertages befassen wird. Dazu erinnere ich außerdem an das Motto des 35. Strafverteidigertages 2011 in Berlin, der sich mit dem Thema „Abschied von der Wahrheitssuche“ befasste. In seinem beeindruckenden Vortrag wies mein geschätzter Kollege *Klaus Malek* nach, dass die Wahrheitssuche in der Hauptverhandlung durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung zunehmend in den Hintergrund gedrängt wird².

Ich gehe noch einen Schritt weiter. Ich behaupte, dass die Wahrheitsfindung in einer Hauptverhandlung von ganz und gar untergeordneter Bedeutung ist. Das war schon immer so und gilt für den Strafprozess insgesamt. Es ist nicht die Wahrheit, die über das Schicksal des Angeklagten entscheidet. Es ist die Überzeugung derer, die über ihn zu urteilen haben. Ganz gleich, wie sich ein Sachverhalt zugetragen hat, Grundlage eines Urteils ist stets die subjektive Überzeugung der urteilenden Richter, die diese auf welche Weise auch immer gewinnen. Ob diese

¹ BVerfGE 74, 358,372

² Malek, StV 2011, 559 ff.

Überzeugung der objektiven Wahrheit entspricht, ist für den Ausgang des Verfahrens völlig irrelevant. Man muss deshalb kein Positivist sein, sondern einfach nur Realist, um dem großen Positivisten *Hans Kelsen* zuzustimmen, der 1960 in seinem Werk „*Reine Rechtslehre*“ feststellte³:

„Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll eine bestimmte Strafe verhängt werden, sondern: Wenn das zuständige Gericht ... festgestellt hat, dass ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll das Gericht über diesen Menschen eine Strafe verhängen.“

Angesichts dieser Ausgangslage verwundert es mich seit vielen Jahren, dass in unserer Wissenschaft immer nur platonisch von Wahrheitsfindung die Rede ist. Mindestens ebenso bedeutsam dürfte sein, von welchen Faktoren menschliche Überzeugungsbildung abhängt und welche Fehler dabei auftreten können. Eine Betrachtung dieses hochkomplizierten Prozesses lohnt sich nicht nur interessehalber. Sie weckt Zweifel an Grundfesten unserer Rechtsprechung.

II. Verzerrungen

In der Theorie ist Überzeugungsbildung ein unvoreingenommener Abwägungsprozess. Grundlage in einem Strafprozess ist – so will es das Bundesverfassungsgericht⁴ – die Hauptverhandlung, in deren Verlauf die mit der Sache befassten Richter die für die Entscheidung des Falles wesentlichen Daten sammeln. Neben der Sammlung der Daten setzt der ideale Abwägungsprozess unvoreingenommene und nicht von sachfremden Erwägungen beeinflusste Richter voraus. Soweit die Theorie⁵.

1. Chaos-Theorie

Eine vollständige Erfassung der relevanten Datenmenge zur exakten Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts ist indes bereits naturgesetzlich ausgeschlossen. Die Datenmenge ist viel zu groß und niemals vollständig erfassbar. Ein historisches Ereignis lässt sich nicht vollständig rekonstruieren. Um zu veranschaulichen, wie groß das allein daraus resultierende Fehlerpotenzial ist, möchte ich eine Erkenntnis der Naturwissenschaft nutzbar machen.

Ein Meteorologe namens *Edward Lorenz* unternahm 1963 den Versuch, Klimabedingungen zu simulieren. Ihm stand ein für damalige Verhältnisse gigantischer Computer zur Verfügung, den er mit Daten fütterte. Der Computer war in der Lage, sechs Dezimalstellen hinter dem Komma zu verarbeiten. Das Ziel bestand darin, die Entwicklung des Wetters zuverlässig zu prognostizieren.

³ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 246.

⁴ Fn. 1.

⁵ Angeblich von dem US-amerikanischen Baseball-Manager *Yogi Berra*, einer mit *Sepp Herberger* vergleichbaren Ikone des Sports, stammt der Satz: „In theory there is no difference between theory and practice. In practice there is.“

Um Zeit zu sparen (oder aus Nachlässigkeit, wer weiß das schon?), gab *Lorenz* bei der Wiederholung einer Simulation nur drei Dezimalstellen statt der möglichen sechs ein (0,506 statt 0,506127). Das Resultat waren erhebliche Abweichungen zwischen den alten und neuen Berechnungen. Obwohl die Eingabewerte nur um weniger als 1/1000 auseinander lagen, zeigten die Wetterkurven ab einem bestimmten Punkt keinerlei Gemeinsamkeiten mehr⁶.

Lorenz hielt dazu einen vielbeachteten Vortrag mit dem Titel: „*Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil set off a Tornado in Texas?*“ Auf Deutsch: „*Vorhersehbarkeit: Verursacht ein Schmetterlingsschlag in Brasilien einen Tornado in Texas?*“⁷ Seither gilt *Lorenz* als der Vater der Chaostheorie⁸. Die beschäftigt sich damit, dass kleinste Veränderungen in komplexen Systemen unvorhersehbare und sehr große Auswirkungen haben können.

Nun mögen sie sich fragen, was diese Erkenntnis mit einem Strafprozess zu tun hat. Die Antwort gebe ich gerne. Sie lautet: sehr viel. Denn Überzeugungsbildung ist wie die Entwicklung des Wetters ein komplexer Prozess, an dessen Ende ein Ergebnis steht. Auch hier gilt: Es kann an Winzigkeiten liegen, welche Überzeugung sich die mit der Sache befassten Richter bilden. Der Weg dorthin ist sogar noch komplexer als die Aufgabe der Meteorologen. Denn die – um bei dem Beispiel zu bleiben – aktuellen Wetterdaten liegen immerhin vollständig vor und es ist „nur“ eine Frage ihrer präzisen Erfassung und Verarbeitung. Die auf dem Weg zur Überzeugungsbildung über einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang zu berücksichtigenden Daten sind hingegen nicht mehr vollständig verfügbar. Sie müssen mühevoll rekonstruiert werden. Stellen Sie sich dazu vor, sie hätten die Aufgabe, die Form einer Pfütze vorherzusagen, zu der ein schmelzender Eiswürfel wird. Das ist bereits unmöglich. Aber dann stellen sie sich vor, sie hätten die Aufgabe, aus einer Pfütze einen Eiswürfel zu rekonstruieren, ohne auch nur sicher sein zu können, dass die Pfütze vorher ein Eiswürfel war⁹.

Die naturgesetzliche Unmöglichkeit eines zu 100 % zutreffenden Urteils über einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang ist die Ausgangssituation in jedem Strafverfahren¹⁰. Selbst

⁶ <http://de.wikipedia.org/wiki/Schmetterlingseffekt>

⁷ http://eaps4.mit.edu/research/Lorenz/Butterfly_1972.pdf

⁸ Er trägt diesen Titel etwas zu Unrecht. *Henri Poincaré* schrieb bereits im Jahr 1912 in seinem Buch „Wissenschaft und Methode“: „Wenn wir die Gesetze der Natur und den Anfangszustand exakt kennen würden, so könnten wir den Zustand des Universums zu jedem weiteren Zeitpunkt vorhersagen. Aber selbst wenn die Naturgesetze keine Geheimnisse mehr vor uns hätten, so könnten wir die Anfangsbedingungen doch nur genähert bestimmen. Wenn uns dies erlaubt, die folgenden Zustände mit der gleichen Näherung anzugeben, so sagen wir, dass das Verhalten vorhergesagt wurde, dass es Gesetzmäßigkeiten folgt. Aber das ist nicht immer der Fall: Es kann vorkommen, dass kleine Unterschiede in den Anfangsbedingungen große im Ergebnis zur Folge haben [...], eine Vorhersage wird unmöglich und wir haben ein zufälliges Phänomen.“

⁹ Vgl. dazu *Nassim Nicholas Taleb*, *Der Schwarze Schwan: Die Macht höchst unwahrscheinlicher Ereignisse* (The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable), 2008, S.243 f.

¹⁰ Das sieht auch die höchstrichterliche Rechtsprechung so: *RGZ* 15, 338 (339); *RGSt* 61, 202 (206); *BGHSt* 10, 208 (209).

kleinste Veränderungen bei der Rekonstruktion des Geschehens können zu erheblichen Abweichungen beim Gesamtergebnis führen¹¹. Das kann Schicksale entscheiden. Die Rechtsschicht liefert dafür ungezählte Beispiele. Zur Veranschaulichung verweise ich auf das Schicksal des Selfmade-Meteorologen und deshalb besonders mit der Chaos-Theorie vertrauten *Jörg Kachelmann*. Das Urteil ist zwar nicht öffentlich zugänglich, die auf der Homepage des *Landgerichts Mannheim* veröffentlichten Auszüge aus der mündlichen Urteilsbegründung machen aber deutlich, dass die Frage von Schuld oder Unschuld für die *Kammer* von Kleinigkeiten abhing. Das *Landgericht Mannheim* ließ ausdrücklich offen, ob es nicht womöglich doch anders war¹². Viel kann es deshalb nicht gewesen sein, was die *Kammer* von einer Verurteilung abhielt, es sei denn der von der Verteidigung zu hörende Vorwurf sollte stimmen, es sei ihr nur noch um eine „maximale Beschädigung“ des zwingend freizusprechenden *Jörg Kachelmann* gegangen¹³. Für die Parallele zur Chaos-Theorie wäre das allerdings einerlei. Denn dann wäre der fehlende Wille der *Kammer* zur Rehabilitation des Angeklagten die im Verhältnis zum Gesamtgeschehen zu sehende Kleinigkeit, die den Ruf des *Jörg Kachelmann* auf immer beschädigt hat.

Die Erkenntnisse der Chaos-Theorie bedeuten bezogen auf das Ergebnis eines Überzeugungsbildungsprozesses im Strafprozess nichts Geringeres als die Aussage, dass die Gefahr des Irrtums auch dann noch sehr groß ist, wenn wir zu 100 % überzeugt sind. Denn es kann immer sein, dass irgendeine Kleinigkeit nicht sichtbar war und deshalb nicht in den Überzeugungsbildungsprozess einbezogen wurde. Sie kann winzig klein sein und dennoch zu einer ganz anderen Überzeugung führen.

2. Der Faktor Mensch

Es gibt einen zweiten Faktor, den es in die Betrachtung einzubeziehen gilt. Das ist der Faktor Mensch. Er versucht nicht nur, Überzeugungsbildungsprozesse zu seinem Nutzen zu beeinflussen, wie wir es täglich im Gerichtssaal erleben. Er hat überdies die bemerkenswerte Eigenschaft, bei identischer Faktenlage unterschiedliche Überzeugungen bilden zu können und – nach einer Veränderung der eigenen Anschauung – nicht einmal mehr zu verstehen, dass er früher einmal eine andere Überzeugung hatte¹⁴. Dazu ein paar Beispiele:

- Vor 50 Jahren war es strafbar, seinen Ehepartner zu betrügen (§ 172 StGB a.F.). Allein zwischen 1958 und 1966 wurden 1365 Menschen deswegen bestraft¹⁵. Das beruhte auf Jahrhunderte alten Moralvorstellungen und Überzeugungen, die sich zurückverfolgen lassen bis ins Alte Testament. Dort ist es das sechste der zehn Gebote, die Ehe nicht zu brechen. Es war deshalb über Jahrhunderte selbstverständlich, Ehebruch zu strafen. Erst

¹¹ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/bayern-bauer-rudi-ein-grausiger-mord-und-das-falsche-gestaendnis-a-630648.html>

¹² <http://www.landgericht-mannheim.de/pb/Lde/1167947/?LISTPAGE=1167839>

¹³ <http://www.n-tv.de/panorama/Verteidiger-Schwenn-attackiert-das-Gericht-article3463611.html>

¹⁴ Vgl. dazu *Daniel Kahneman*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 3. Aufl., 2012, S. 250 ff.

¹⁵ <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/vor-35-jahren-als-die-liebe-legal-wurde-aid-1.2279153>

1969 wurde diese Jahrhunderte alte Tradition mit einem Federstrich beendet¹⁶. Inzwischen ist die Überlegung, außerehelichen Geschlechtsverkehr mit Gefängnis zu bestrafen, unvorstellbar. Heute lebt ein verheirateter Mann – zu allem Überfluss ein Pastor – mit seiner Freundin im Schloss Bellevue und ist unser Bundespräsident. Dass man wegen Ehebruchs früher ins Gefängnis gehen konnte, versteht im Deutschland des Jahres 2014 niemand mehr.

- Vor 40 Jahren war es strafbar, wenn homosexuelle Männer miteinander geschlechtlich verkehrten (§ 175 StGB a.F.). Das entsprach ebenfalls uralten Traditionen und war so selbstverständlich wie es normal war, „uneheliche“ Kinder und alleinerziehende Mütter gesellschaftlich auszugrenzen. Zwischen 1945 und 1966 wurden wegen homosexueller Handlungen 65.000 Männer bestraft¹⁷. Vor gerade einmal 25 Jahren war homosexueller Geschlechtsverkehr zwar nur noch in bestimmten Fällen strafbar¹⁸. Gleichwohl bedeutete es immer noch den gesellschaftlichen Ruin, sich als Homosexueller zu outen. Inzwischen wird Homophobie staatlicherseits massiv bekämpft. Unser Bundespräsident hat unter anderem wegen der homophoben Gesetzeslage in Russland seinen Besuch der dortigen olympischen Winterspiele abgesagt¹⁹. Die uralte gesellschaftliche Ächtung der Homosexualität wurde damit innerhalb nur einer Generation vom staatlichen Kampf gegen Homophobie abgelöst. Selbst die BILD-Zeitung feierte das Coming-Out des früheren Fußball-Profis *Thomas Hitzlsberger* als Heldentat²⁰. Dabei ist es nicht nur so, dass wir Homosexualität zu tolerieren gelernt haben. Es gibt auch kein Verständnis mehr für die, die das bestrafen, was auch bei uns vor 40 Jahren noch geradewegs ins Gefängnis führen konnte. Und ausgerechnet im zutiefst katholischen Spanien ist Homophobie heute sogar ein Straftatbestand²¹.

Diese widersprüchlich anmutende Ausgangslage lohnt zweifelsohne eine intensivere Betrachtung der Mechanismen, die in uns wirken und unsere Überzeugungen bestimmen²². *Daniel Kahneman*, ein Psychologe, hat den aktuellen Stand der Forschung zur menschlichen Überzeugungsbildung in seinem Buch „*Langsames Denken, schnelles Denken*“ zusammengefasst²³. *Kahneman* gilt als einer der bedeutendsten Psychologen unserer Zeit. Er hat für seine Erkenntnisse den Nobelpreis bekommen. Dankenswerterweise hat er seine Forschungsergebnisse so

¹⁶ Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StRG) vom 25. Juni 1969 (BGBl I, S. 645).

¹⁷ <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/vor-35-jahren-als-die-liebe-legal-wurde-aid-1.2279153>

¹⁸ Die vollständige Gleichstellung mit der Heterosexualität wurde erst mit der ersatzlosen Streichung des § 175 StGB durch das 29. Strafrechtsänderungsgesetz vom 31. Mai 1994 vollzogen.

¹⁹ <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundespraesident-gauck-boykottiert-olympia-in-sotschi-a-937791.html>

²⁰ <http://www.bild.de/sport/fussball/thomas-hitzlsperger/outing-die-reaktionen-34128842.bild.html>

²¹

²² Ein gutes Beispiel ist auch der Umgang mit DDR-Biografien. Während in den ersten Jahren nach 1990 eine geradezu hysterische Ausgrenzung staatsnaher DDR-Bürger zu verzeichnen war, sehen wir das heute viel spannender. Vor 20 Jahren wäre es wohl nicht möglich gewesen, als ehemals für Agitation und Propaganda zuständige FDJ-Sekretärin politische Karriere in der CDU zu machen und Bundeskanzlerin zu werden, vgl. dazu *Lachmann/Reuth*, Das erste Leben der Angela M., 2013.

²³ *Daniel Kahneman*, Schnelles Denken, Langsames Denken, 3. Aufl., 2012.

aufgeschrieben, dass auch einfachere Geister wie Juristen sie verstehen. Dafür hätte er einen weiteren Nobelpreis verdient.

Ich werde im Folgenden versuchen, einige Grundzüge der Forschungsmethode und exemplarische Aussagen wiederzugeben. Eine ausführliche Befassung würde leider den Rahmen des Vortrags sprengen. Doch auch so werde ich sie hoffentlich davon überzeugen, dass wir uns vor unseren Überzeugungen hüten müssen, weil deren Bildung nach unzuverlässigen Mustern abläuft. Die diesbezügliche Botschaft der Psychologie lautet:

Unsere Überzeugungen sind verführerische Illusionen. Wir können uns niemals sicher sein, nur weil wir überzeugt sind²⁴.

a. Grundlagen

Überzeugungsbildung findet statt im menschlichen Gehirn. Mit ihm besitzt der Mensch ein Organ, das ihn an die Spitze der Evolution katapultiert hat. Es ist ein zwar langsamer, aber durchaus leistungsfähiger Computer. Wer verstehen will, wie dieser Computer funktioniert, muss ein paar Grundlagen seiner Funktionsweise nachvollziehen. Insbesondere muss man verstehen, dass er – vereinfacht ausgedrückt – auf zwei Ebenen arbeitet. Die Psychologie nennt sie System 1 und System 2²⁵.

(1) System 1

Die erste Ebene ist das sogenannte System 1. Auf dieser Ebene trifft der Mensch unbewusst und ungewollt erste Entscheidungen, und zwar unmittelbar nachdem er mit einer Situation konfrontiert wird. System 1 arbeitet dabei wie ein Autopilot, der uns durch unser Leben lenkt. Es nimmt die Informationen der Außenwelt auf und vergleicht sie mit gespeicherten Modellen aus Erfahrungswerten oder Instinkten auf Übereinstimmung. Kann es eine Übereinstimmung feststellen, trifft es sofort die dazu gespeicherte Standardentscheidung, ohne dass uns diese Entscheidung überhaupt bewusst wird. Dazu ein paar Beispiele: Wir wenden uns automatisch der Quelle eines plötzlichen Geräuschs zu, wir treffen diese Entscheidung nicht bewusst. Wir ziehen ein angewidertes Gesicht, wenn uns ein grauenvolles Bild gezeigt wird. Darüber denken wir nicht nach. Auch die Feindseligkeit aus einer Stimme hören wir aufgrund der gespeicherten Modelle heraus, ohne sie auf ihre Nuancen hin analysieren zu müssen. System 1 arbeitet sogar in dem Bereich, der mathematisches Verständnis voraussetzt, wenn die Erfahrung nur modelliert ist. So müssen wir nicht nachdenken, um den Satz „2+2=.“ zu vervollständigen. System 1 macht das selbstständig. Der Autopilot System 1 handelt insoweit völlig autark, wir können uns gegen seine ersten Entscheidungen nicht einmal wehren. Es lässt sich auch nicht abschalten. Die allermeisten Entscheidungen in unserem Leben treffen wir auf diese Weise²⁶.

²⁴ Kahneman, S. 263.

²⁵ Kahneman, S. 31 ff.

²⁶ Kahneman, S. 38.

(2) System 2

Auf der zweiten Ebene arbeitet System 2. Es kommt zum Einsatz, wenn System 1 keine oder nur eine unzureichende Standardentscheidung bereit hält. Folglich ist es zuständig für die anstrengenden mentalen Aktivitäten außerhalb von Standardsituationen. Sie beanspruchen unsere Konzentration. Auch dazu ein paar Beispiele: Eindeutig in den Zuständigkeitsbereich von System 2 fallen komplexe Berechnungen oder die Konzentration auf einen Startschuss beim Wettlauf. System 2 durchsucht unser Gedächtnis, um ein ungewohntes Geräusch zu identifizieren und wir brauchen es, um eine Steuererklärung anzufertigen. System 2 beurteilt auch die Angemessenheit unseres Verhaltens in einer sozialen Situation und so weiter. In all diesen Situationen ist Konzentration erforderlich.

(3) Die Tauglichkeit der Arbeitsteilung

Die Arbeitsteilung zwischen System 1 und System 2 ist grundsätzlich höchst effizient: Sie minimiert den Aufwand und optimiert den Ertrag. Normalerweise funktioniert das gut, weil System 1 zuverlässig arbeitet. Das ist eine der Ursachen dafür, dass die Menschen die Welt beherrschen.

Allerdings hängt die Qualität der Arbeit unseres Gehirns auch davon ab, in welchem Zustand unser Körper ist. Dazu ist zu verweisen auf ein den meisten Anwesenden im Auditorium sicherlich bekanntes Experiment. Durchgeführt wurden Versuche mit Richtern, die sich mehrere Tage mit Anträgen auf Strafaussetzung zur Bewährung befassten. Bemerkenswert ist, dass bei allen Richtern eine Kurve erkennbar war, die Auskunft darüber gab, zu welchen Zeiten die meisten Anträge bewilligt wurden. Sie hing unmittelbar mit der Nahrungsaufnahme zusammen. So erreichten die Strafaussetzungen zur Bewährung kurz nach Einnahme einer Mahlzeit einen Anteil von 65 %, während die Rate in den Stunden danach wesentlich niedriger lag. So sank sie auf bis auf etwa Null vor dem nächsten Mahl. Danach stieg sie wieder katapultartig an²⁷. Seit ich das weiß, versuche ich, meine Hauptverhandlungstermine möglichst so zu legen, dass Entscheidungen kurz nach der Mittagspause anstehen. Ich komme auch nicht mehr auf die Idee, kurz vor der Mittagspause über die Aufhebung von Haftbefehlen zu diskutieren.

System 2 muss aber nicht nur regelmäßig gefüttert werden. Ein mindestens ebenso großes Problem ergibt sich daraus, dass es nur dann arbeitet, wenn es motiviert ist oder gezwungen wird. Anders als System 1 lässt es sich abschalten bzw. muss eingeschaltet werden. Das begrenzt die Rationalität unserer Entscheidungen, wenn sich eine Standardentscheidung in Sys-

²⁷ Kahneman, S. 60, unter Berufung auf *Shai Danziger, Jonathan Levav und Liora Avnaim-Pesso*, Extreme Factors in Judicial Decisions, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 108 (2011), S. 6889 – 6892. Vgl. auch <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/justiz-studie-muede-richter-entscheiden-gegen-angeklagte-a-756452.html>

tem 1 erst einmal verfestigt hat und eine Motivation fehlt, sie in Frage zu stellen. Dann ist es unglaublich schwierig, System 2 nachhaltig zu aktivieren²⁸. Es bedarf dann schon besonderer Umstände, um der besseren Erkenntnis zum Erfolg zu verhelfen. Homosexuelle wissen davon ein Lied zu singen, was Ehebrecher schon fast verlernt haben. Das gilt noch heute im Justizalltag. Und ich meine damit nicht die vereinzelt vorkommenden Amtsrichter, die wir alle kennen und von denen man meinen könnte, sie hätten überhaupt kein System 2 oder würden sich beharrlich weigern, es einzuschalten. Nein, ich meine die unterbleibende Einschaltung von System 2 in Gesetzgebung und höchstrichterlicher Rechtsprechung, was noch heute nahezu täglich zu schier unerträglichen Ergebnissen führt. Dazu drei Beispiele:

- Die meisten von ihnen werden sich schon oft gewundert haben, wie kompliziert die Regeln zur Bildung nachträglicher Gesamtstrafen sind (§ 55 StGB). Da gibt es unverhofft auftauchende Zäsuren, Härteausgleich, den plötzlichen Wegfall einer Zäsur und so weiter. Bisweilen kommt man sich vor wie in einem sich ständig verändernden Zauberwald, den nur noch der durchschaut, der ihn gestaltet. Wenn sie bisher Angst hatten, womöglich nicht die Befähigung zu haben, das Regelwerk zu verstehen, habe ich eine gute Nachricht für sie: Es liegt nicht an ihnen. Es liegt am Regelwerk. Es ist nicht zu verstehen, weil es in sich nicht stimmig ist²⁹. Es ist total irrational. Es kümmert sich nur keiner darum, weil sich zu wenige dafür interessieren.

Dazu ein Beispiel: Hier in Dresden wurde 1997 folgender Fall abgeurteilt. Ein Mann war wegen Diebstahls zu einer sechsmonatigen Bewährungsstrafe verurteilt worden. Die Strafe war noch nicht erledigt, als er wegen dreier Totschläge vor Gericht gestellt wurde. Zwei davon hatte er vor der Bestrafung wegen Diebstahls begangen, einen danach. Die Verurteilung wegen Diebstahls begründete eine Zäsur. Er bekam für die ersten beiden Taten unter Einschluss der Verurteilung wegen Diebstahls 14 Jahre und für den dritten Totschlag 12 Jahre und drei Monate, insgesamt also 26 Jahre und 3 Monate³⁰. Der Täter beging kurze Zeit nach dem Urteil Selbstmord.

Ursache für diese drakonische Strafe war die zwischenzeitliche Verurteilung wegen des Diebstahls. Die Frage, warum diese Verurteilung so eine Wirkung haben konnte, erklärt ihnen ihr System 1 vermutlich mit der Warn- und Appellfunktion dieser Verurteilung. Es sagt ihnen, dass der Täter die Vorteile einer Gesamtstrafe nicht verdiente, weil er trotz der Verurteilung weitere Straftaten begangen hatte³¹. Wenn sie sich das so erklären, befinden sie sich in guter Gesellschaft. Der *BGH* hat das auch einmal so entschieden³². Das *Bundesverfassungsgericht* sieht es bis heute so³³. Irgendwie leuchtet das ja auch ein.

²⁸ Vgl. dazu *Kahneman*, S. 55 ff.

²⁹ Ausführlich dazu *Wilhelm*, NStZ 2008, 425 ff. sowie ZIS 2007, 82 ff.

³⁰ *LG Dresden* Urt. v. 6.1.1999 – 5 Ks 411 Js 40035/96; vgl. auch *BGH* NStZ 1999, 182.

³¹ So formuliert erstmals von *Stree*, JR 1987, 73; vgl. auch *BGH*, NStZ 1999, 182.

³² *BGHSt* 33, 367.

³³ NStZ 1999, 500 sowie Beschluss vom 26.05.1999, 2 BvR 694/99-

Es gibt allerdings ein Problem, das die These von der Warn- und Appellfunktion ad absurdum führt. Es ist nämlich nach dem unüberbrückbaren Gesetzeswortlaut so, dass eine zwischenzeitliche Verurteilung nur so lange in eine Gesamtstrafe einfließen kann, wie sie nicht vollstreckt ist. Und wenn sie nicht mehr einbezogen werden kann, entfaltet sie auch keine Zäsurwirkung mehr. Stattdessen ist eine Gesamtstrafe für alle noch nicht abgeurteilten Taten zu bilden – § 53 Abs. 1 StGB³⁴. Das bedeutet, dass einer Verurteilung eine Warn- und Appellfunktion nur bis zum Abschluss ihrer Vollstreckung beizumessen wäre. Diese Überlegung hat indes allenfalls Unterhaltungswert. Eine Strafe kann ihren Schrecken unmöglich durch ihre Vollstreckung verlieren. So modern ist unser Strafvollzug nun auch wieder nicht.

Die Konsequenz zwischenzeitlicher Strafvollstreckung erledigt nicht nur die These von der Warn- und Appellfunktion, von der sich der *BGH* auch schon verabschiedet hat³⁵. Sie führt außerdem zu dem höchst ungerechten Ergebnis, dass die Höhe der Strafe in dem Beispielsfall davon abhing, ob die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe während der Untersuchungshaft vollständig vollstreckt worden war. Wäre das geschehen, wäre der Täter zu 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden. Die unterbliebene Vollstreckung führte zu beinahe 27 Jahren. Im Extremfall hätte eine Urteilsverkündung einen Tag vor oder nach Ablauf der Vollstreckung einen Unterschied von 12 Jahren Freiheitsstrafe ausgemacht.

Sie werden mir zustimmen, dass diese Konsequenzen eigentlich jeden vernünftigen Menschen schlussfolgern lassen müsste, dass da etwas ganz Grundsätzliches nicht stimmt und geändert werden muss³⁶. Der *BGH* hat in anderer Sache entsprechende Zweifel auch durchaus geäußert, es dabei aber belassen³⁷. Nach allem geschieht nichts, um diesen durch und durch unerträglichen Zustand zu ändern. Er ließe sich durch eine Vielzahl weiterer Beispielsfälle leicht illustrieren³⁸. Wenn einer ihrer Mandanten eine derart himmelschreiende Ungerechtigkeit zu erwarten hat, sollten sie erwägen, das *Bundesverfassungsgericht* anzurufen. Es wartet vielleicht auf eine Gelegenheit.

- Es fällt mir schon seit längerem zunehmend schwer nachzuvollziehen, dass Richter Importeure von Cannabis zu Freiheitsstrafen von 8, 9 oder 10 Jahren und mehr verurteilen, um sich danach vor dem Gerichtsgebäude eine Zigarette anzuzünden und eine Flasche Rotwein zu trinken. Wenn ich bedenke, was ein Angeklagter sonst angestellt haben muss, um derart drakonisch bestraft zu werden, kann ich oftmals nur mit dem Kopf

³⁴ *BGH* NStZ 2005, 32.

³⁵ *BGH* NStZ-RR 2001, 368; *BGHR* StGB, § 55 Abs. 1 Satz 1, Anwendungspflicht 1, vgl. weiter *BGH* NStZ 1997, 593. Das *Bundesverfassungsgericht* hatte dazu noch keine Gelegenheit.

³⁶ Weil auch ich dieser Überzeugung bin, habe ich ein Konzept vorgeschlagen, wie man das Problem lösen könnte, ohne das Gesetz zu ändern (ZIS 2007, 82; eine Kurzfassung findet sich in NStZ 2008, 425). Es gibt in der Literatur Stimmen, die den Vorschlag unterstützen (*Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 55, Rn. 13). Der *BGH* hat sich damit noch nicht befasst.

³⁷ *BGH*, Beschl. Vom 17.7.2000 – 5 StR 280/00.

³⁸ Vgl. *Wilhelm*, NStZ 2008, 425 ff. sowie ZIS 2007, 82 ff.

schütteln. Vergewaltigung, Raub und sogar Totschlag oder versuchter Mord werden bei uns milder bestraft als der Import von Cannabis, wenn nur die Menge groß genug ist, der Täter womöglich noch ein Taschenmesser bei sich führte oder mit zwei weiteren Mittätern unterwegs war. Rational ist das nicht erklärbar.

Daneben ergeben sich bei näherem Hinsehen erhebliche Zweifel, ob das Verbot von Cannabis überhaupt noch rationalen Erwägungen folgt. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das *Bundesverfassungsgericht* im Jahr 1994 feststellte, dass wir – völlig unabhängig vom Rauschmittel – kein sich aus der Verfassung ergebendes „*Recht auf Rausch*“ haben³⁹. Es wäre dem Gesetzgeber danach erlaubt, sämtliche Rauschmittel, also auch Alkohol und Nikotin, zu verbieten. Unsere Bundestagsabgeordneten machen von dieser Machtfülle nur keinen Gebrauch. Das geschieht in vielen Fällen vermutlich zunächst einmal wegen der eigenen Betroffenheit. Überdies wären sie nach der nächsten Wahl bestimmt alle arbeitslos, der Staat bekäme mit Blick auf die ausfallenden Steuereinnahmen von ca. 20 Mrd. € jährlich erhebliche Finanzierungsprobleme⁴⁰ und die Beschäftigten der Alkohol- und Tabakindustrie wären ebenfalls arbeitslos. Also erlauben uns unsere Bundestagsabgeordneten den Konsum von Alkohol und Tabak. Das wird der eine oder andere von ihnen heute Abend bestimmt noch mit einem Trinkspruch zu würdigen wissen. Und wenn sie es nicht tun, tue ich es.

Nun hat das *Bundesverfassungsgericht* im Zusammenhang mit dem Nichtraucherschutz im Jahr 2008 entschieden, dass Verbote zum Schutze der Volksgesundheit nur im Rahmen eines durchdachten und folgerichtigen Konzepts ausgesprochen werden dürften. Ausgehend davon sei – wie es im zu entscheidenden Fall geschehen war – nicht nachvollziehbar, einerseits Raucherräume in Gaststätten zu erlauben und andererseits das Rauchen in Discotheken generell zu verbieten. Mit dieser Begründung hob das *Bundesverfassungsgericht* das generelle Rauchverbot in Discotheken auf⁴¹.

Das ist durchaus schlüssig. Übertragen auf das Verbot von Cannabis müsste der Gesetzgeber sich danach indes fragen, ob es einem durchdachten Konzept folgt, Alkohol und Tabak zu erlauben und Cannabis zu verbieten. Er müsste in den Blick nehmen, dass an den Folgen des Konsums von Tabak weltweit jährlich sechs Millionen⁴² (120.000 allein in Deutschland⁴³) und an den von Alkohol jährlich 2.25 Millionen Menschen⁴⁴ (74.000 allein in Deutschland⁴⁵) sterben. Demgegenüber gibt es keine Erkenntnisse dazu, dass Cannabis zum Tode führen oder annähernd vergleichbare Auswirkungen haben kann.

³⁹ BVerfGE 90, 145 (145):

⁴⁰ <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/ueber-18-milliarden-euro-tabak-und-alkohol-bringen-steuer-einnahmen-in-rekordhoehe/7382826.html>

⁴¹ Urteil vom 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 -

⁴² <http://www.who.int/gho/tobacco/en/index.html>

⁴³ <http://www.derwesten.de/panorama/jaehrlich-zehntausende-tote-durch-alkohol-id7795729.html>

⁴⁴ http://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/msbgsruprofiles.pdf

⁴⁵ http://www.welt.de/welt_print/wissen/article8194870/74-000-Alkoholtote-pro-Jahr-in-Deutschland.html

Auch die These von Cannabis als Einstiegsdroge auf dem Weg zum Heroin ist überholt, wenn man den Angaben der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung Glauben schenken darf⁴⁶. Das macht es schlicht unverständlich, die gefährlicheren Drogen Alkohol und Nikotin zu erlauben, während Cannabis verboten bleibt. Unser Gesetzgeber und das *Bundesverfassungsgericht* befassen sich mit derartigen Überlegungen nur nicht. Sie werden wissen warum. Vielleicht kann sie die Arbeitsgruppe 3 des morgigen Tages dazu bewegen, System 2 ein wenig mehr zu bemühen und darüber einmal nachzudenken.

- Auf ein vollkommen lustloses und nicht zu motivierendes System 2 treffen die in System 1 modellierten Entscheidungen, wenn Tabus ins Spiel kommen. Um sich durchzusetzen, erzeugt System 1 sogar Ekelgefühle. Das trug die Strafbarkeit der Homosexualität durch die Jahrhunderte und wirkt noch heute bei § 173 StGB. Diese Norm verbietet es zwei erwachsenen Menschen, miteinander geschlechtlich zu verkehren, wenn sie denselben Vater oder dieselbe Mutter haben⁴⁷. Das Gesetz stellt dazu veraltet ausschließlich auf den Beschlaf, den vaginalen Geschlechtsverkehr ab⁴⁸. In der JVA Leipzig verbüßte bis zum 3. Juni 2009 ein junger Mann insgesamt dreieinhalb Jahre Haft, weil er 18-fachen – jederzeit einvernehmlichen und auf einer Liebesbeziehung beruhenden – Geschlechtsverkehr mit einer Blutsverwandten hatte⁴⁹.

Ihr System 1 hat dafür – neben dem Ekel, den sie bei der Vorstellung empfinden – vermutlich die Erklärung parat, dass eine solche Beziehung verboten werden muss, weil sie behinderte Kinder hervorbringen kann. Wenn das so ist, befinden sie sich erneut in guter Gesellschaft. Sieben von acht Richtern des *Bundesverfassungsgerichts* hatten im Jahr 2008 dieselbe Assoziation und begründeten unter anderem damit ihre Entscheidung, § 173 StGB nicht für verfassungswidrig zu erklären⁵⁰. Die Assoziation sitzt so tief, dass dabei übersehen wird, dass es außerhalb von § 173 StGB längst dem gesellschaftlichen Konsens entspricht, dass „Eugenik“ oder der „Schutz vor der Entstehung behinderten Lebens“ keine Grundlage für **irgendeine** Gesetzgebung sein darf. Schon die Idee, behinderten Menschen oder Menschen mit Erbkrankheiten die Fortpflanzung zu verbieten, liegt außerhalb jeder Vorstellung. Der bundesdeutsche Gesetzgeber sieht das ausdrücklich so, wie sich aus mehreren Äußerungen der damit befassten Gremien ergibt⁵¹. Und Art. 3 Abs. 2 der Grundrechte-Charta der EU-Verfassung enthält ein absolutes Verbot gesetzgeberischer Aktivitäten zur Durchsetzung eugenischen Gedankenguts. Die rechtswissenschaftliche Literatur nennt die eugenische Argumentation des *Bundesverfassungsgerichts* deshalb zu Recht „unvertretbar“⁵².

⁴⁶ <http://www.bzga.de/infomaterialien/suchtvorbeugung/cannabis-basisinformation/>

⁴⁷ *BVerfG*, NStZ 2008, 614.

⁴⁸ *Fischer*, Kommentar zum StGB, 61. Aufl. 2014, § 173, Rn. 9.

⁴⁹ *EGMR* Stübing vs. Germany, Application No. 43547/08, Beschluss vom 12.04.2012.

⁵⁰ *BVerfG*, NStZ 2008, 614.

⁵¹ BT-Drucks. 6/1552, S. 14; 6/3521, S. 17 f.

⁵² *Hassemer*, NJW 2008, 1137, 1142 f.; *Hörnle*, NJW 2008, 2085, 2087; *Zabel*, JR 2008, 453, 455; *Roxin*, StV 2009, 544, 547; *Fischer*, StGB, 61. Aufl., § 173, Rn. 5.

Und nicht nur das müssen sich die sieben die Entscheidung tragenden Richter vorhalten lassen. Der achte war der kürzlich leider verstorbene *Winfried Hassemer*, der sich dieser Entscheidung widersetzte und den ich nicht nur deshalb nicht unerwähnt lassen will⁵³. Ihnen ist darüber hinaus ein Lapsus unterlaufen, den es bei hinreichend motivierter Befassung von System 2 mit der Sache ganz gewiss nicht gegeben hätte. So hat das *Bundesverfassungsgericht* in seiner Entscheidung auch die Frage erörtert, ob das strafbewehrte Verbot des Beischlafs ein sich liebendes Halbgeschwisterpaar nicht in eine ausweglose und damit die Menschenwürde verletzende Lage bringen würde. Dieser Konflikt zwischen dem Verbot und dem Drängen der sich Liebenden erscheint in der Tat unlösbar. Denn wer sich liebt und nicht miteinander geschlechtlich verkehren darf, befindet sich durchaus in einer ausweglosen Lage.

Sieben der acht Mitglieder des 2. *Senats* hatten jedoch eine Lösung parat. Sie argumentierten, § 173 StGB verböte doch nur den Beischlaf, also den vaginalen Geschlechtsverkehr, während jede andere Sexualpraktik erlaubt sei. Mit anderen Worten, das *Bundesverfassungsgericht* erlaubt es dem Gesetzgeber, den vaginalen Geschlechtsverkehr zu verbieten, **weil** § 173 StGB Analverkehr, Oralverkehr und alles andere nicht unter Strafe stellt. Und weil ich vermute, dass sie mir das womöglich nicht glauben, zitiere ich jetzt wörtlich aus dem Beschluss. Er bedient sich selbstverständlich einer weniger deutlichen Wortwahl, als sie sich ein Strafverteidiger leisten kann. Es heißt dort⁵⁴:

„Da das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand hat und die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell verkürzt, werden die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt.“

Die Richter, die das unterschrieben haben, wollten gewiss nicht zynisch sein, auch wenn es auf die Betroffenen den Anschein gemacht haben dürfte. Sie haben die Folgen des Satzes vermutlich ebenso wenig überschaut wie die Folgen ihrer Ausführungen zur Eugenik. Das belegt nicht nur, wie verbrämt Rationalität auch im 21. Jahrhundert noch daherkommt. Es verdeutlicht, dass unser System 2 nicht nur abhängig ist vom Glukosepegel unseres Körpers. Es schaltet sich überdies nur höchst widerwillig ein, wenn das nicht ausschaltbare System 1 eine Standardentscheidung parat hat und der Mensch kein Interesse hat, System 2 mit der sorgfältigen Prüfung dieser Entscheidung zu beauftragen. Das nicht abschaltbare System 1 drängt immer wieder zur fest verankerten Standardentscheidung und System 2 wird nicht hinreichend aktiv, weil es nicht interessiert ist. Mit anderen – einfacheren – Worten: *Albert Einstein* hatte Recht, als er sagte:

⁵³ *Hassemer*, NJW 2008, 1137, 1142 f

⁵⁴ *BVerfG*, NStZ 2008, 614

„Es ist leichter, einen Atomkern zu spalten als ein Vorurteil“⁵⁵.

b. Der Hang, kohärenten Geschichten zu glauben

Verfestigte Vorurteile sind nicht das einzige Hindernis auf dem Weg zur fehlerfreien Abwägung und Entscheidung. Es kommt hinzu, dass ein Entscheidungsapparat wie unser Gehirn, das die Außenwelt vorrangig auf gespeicherte Modelle für eine Standardentscheidung durchsucht, nur die Informationen verarbeiten kann, die es sieht. Wenn System 1 die eingehenden Informationen als ausreichend ansieht, um eine Standardentscheidung abzurufen, führt das zu dem Problem, dass das Unsichtbare keine Berücksichtigung bei der Entscheidung mehr findet. Mit anderen Worten: Wir ignorieren das Unsichtbare, auch wenn es denkbar ist.

Wir tun das vor allem dann, wenn uns plausibel klingende Geschichten präsentiert werden. Sie passen gut in die von System 1 gespeicherten Muster. Sie haben deshalb besonders große Chancen, auch bei dünner Datenlage geglaubt zu werden. Das gilt für kohärente, also zusammenhängende und auf den ersten Blick widerspruchsfreie Geschichten. Besonders leicht werden diese Geschichten geglaubt, wenn sie aus einer als vertrauenswürdig eingeschätzten Quelle stammen und ein paar weitere Voraussetzungen vorliegen. Die Psychologie hat die Mechanismen, die insoweit in uns arbeiten, näher erforscht.

(1) Spontanentscheidungen

Mit Hilfe verschiedener Experimente wurde nachgewiesen, dass System 1 bereits mit ersten Wahrnehmungen auf der Grundlage einer Plausibilitätskontrolle Überzeugungen bildet, obwohl eine kritische Betrachtung die Entscheidungsgrundlage viel zu dürtig erscheinen lässt. Dazu möchte ich – beispielhaft – auf folgendes Experiment hinweisen⁵⁶:

Eine Versuchsgruppe wurde mit der Frage konfrontiert, ob eine ihnen unbekannte Person mutmaßlich eine gute Führungskraft sein würde. Um das zu beurteilen, wurden Eigenschaften der Person mitgeteilt⁵⁷. Konkret wurde gesagt, die Person sei

„intelligent und durchsetzungsstark“.

Die mit Abstand meisten Personen bejahten daraufhin die Frage nach der Eignung als Führungskraft. Wenn sie so sind wie die meisten Menschen, gingen ihre Überlegungen ebenfalls in diese Richtung.

Das war eine verfrühte Entscheidung. Denn die Person hätte ja durchaus intelligent und stark, außerdem aber auch noch grausam und korrupt sein oder wegen Mordes im Gefängnis sitzen

⁵⁵ Albert Einstein, Physiker, (1879 – 1955).

⁵⁶ Kahneman, S. 108 ff.

⁵⁷ Kahneman, S. 112.

können. Trotzdem teilte ihnen ihr System 1 eine erste Entscheidung mit. Wir entscheiden eben lieber als dass wir fragen, wenn die wahrgenommenen Daten eine erste Plausibilitätskontrolle passieren und damit eine Standardentscheidung im System 1 abrufen. Und diese Voraussetzung erfüllt die Mitteilung der Eigenschaften „intelligent und durchsetzungsstark“, wenn wir dazu befragt werden, ob der so beschriebene Mensch eine bestimmte Aufgabe erfüllen kann. Das Unsichtbare spielt bei dieser Entscheidung keine Rolle, denn – um es zu wiederholen, weil es so wichtig ist – System 1 interessiert sich nur für das Sichtbare⁵⁸.

Die Psychologie leitet daraus die allgemeine Erkenntnis ab, dass der Mensch sich auch auf unzureichender Informationsgrundlage Überzeugungen bildet, sobald System 1 eine Standardentscheidung parat hat. Oder anders gesagt: Der Mensch bildet sich zu schnell eine Meinung. Das ist übrigens der tiefe Grund dafür, warum Menschen Urteile fällen über Dinge, von denen sie keine Ahnung haben. Dazu erinnere ich erneut an den Fall *Kachelmann*, der weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt wurde. Es gab so gut wie keine Informationen insbesondere zum Aussageverhalten des vermeintlichen Opfers. Trotzdem hatte jeder eine Meinung dazu, ob er schuldig oder unschuldig ist⁵⁹. Dasselbe Prinzip wirkt übrigens Woche für Woche bei der Frage, ob der Trainer seiner Lieblingsmannschaft die richtige Aufstellung gewählt hat.

(2) Der Halo-Effekt

Die Entdeckung eines Modells durch System 1 bewirkt überdies eine Weichenstellung. Sie beeinflusst die Bewertung der nachfolgend eingehenden Daten. Die erste Einordnung in ein gespeichertes Modell sorgt dafür, dass die Bewertung der nachfolgenden Informationen angepasst wird an die bereits gebildete Überzeugung. Die Psychologen nennen das Halo-Effekt. Er bewirkt, dass wir zusätzliche Informationen durch die Brille der bereits mitgeteilten aufnehmen. M.a.W., wir interpretieren die folgenden Informationen im Sinne einer Bestätigung unserer ersten Entscheidung. Das ist ebenfalls wissenschaftlich belegt, was sich erneut mit einem einfachen Beispiel verdeutlichen lässt. Versuchsgruppen wurden danach gefragt, was sie von zwei Personen hielten, die wie folgt beschrieben wurden⁶⁰:

Laura: intelligent – fleißig – impulsiv – kritisch – eigensinnig – neidisch

⁵⁸ Eine Ausnahme davon bildet das System 1 des BGH bei der Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, z.B. BGH StV 2006, 237. Danach muss eine Revision auch über Nichtereignisse berichten, wenn sie in Betracht kommen, um der Revision den Boden zu entziehen. Das ist ein Grund dafür, dass so viele Verfahrensrügen scheitern. Umgekehrt sind die Anforderungen, die der BGH an die tatrichterliche Befassung mit denkbaren und nicht ausschließbaren Sachverhaltsalternativen stellt, denkbar gering, vgl. dazu BGH NSTZ-RR 2013, 147 sowie BGH, Beschl. v. 1.8.2013, 4 StR 189/13..

⁵⁹ Einige Medien ließen ihre Leser sogar während des laufenden Prozesses über Schuld oder Unschuld abstimmen, was von der Justiz zu Recht scharf kritisiert wurde, siehe dazu <http://www.tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2011/05/31/Vermischtes/Kachelmann-Prozess-Richter-kritisiert-Medien-und-Oeffentlichkeit>

⁶⁰ Kahneman, S. 109.

Guðrun: neidisch – eigensinnig – kritisch – impulsiv – fleißig – intelligent

Wenn sie so sind wie die meisten Menschen, haben sie von *Laura* eine bessere Meinung als von *Guðrun*, obwohl beiden in Summe dieselben Eigenschaften zugeschrieben werden. Die Reihenfolge der Mitteilung beeinflusste ihr Bild. Daraus leiten Psychologen den allgemeinen Satz ab:

Wenn wir uns bei einer Bewertung in eine Richtung entschieden haben, färbt die erste Festlegung die nächste Information und so weiter. Wir bewerten die Folgeinformationen so, dass sie sich besser einfügen in die bereits gebildete Überzeugung⁶¹.

(3) Der Einfluss der Mehrheit

Überaus irrational kann es auch werden, wenn uns eine Bewertung als allgemein akzeptierte Erkenntnis präsentiert wird. In derartigen Situationen tendieren wir dazu, uns unabhängig vom eigenen Urteilsvermögen der Mehrheit anzuschließen. Das kann zu geradezu bizarr anmutenden Ergebnissen führen. Auch das wurde experimentell belegt.

So wurde z.B. Versuchsgruppen von jeweils neun Personen eine Leinwand präsentiert, auf die nacheinander 18 Aufgaben projiziert wurden. Die Versuchspersonen sollten sehr einfache Fragen zur Übereinstimmung einzelner Linien beantworten. Eine Beispielaufgabe sehen sie an der Leinwand. Acht der neun Probanden wurden jeweils instruiert, bei sechs der 18 Aufgaben gleichlautend eine falsche Antwort zu geben, die der neunte Proband vor seiner eigenen Antwort erfuhr. Ergebnis war, dass sich sage und schreibe 76 % der nicht eingeweihten Probanden von der Mehrheitsmeinung dahin bringen ließen, zumindest eine der ganz offensichtlich falschen Antworten mitzutragen⁶². Sie werden das vielleicht nicht glauben, aber es ist wahr.

(4) Instinkte

Maßgeblichen Einfluss nehmen schließlich unsere Instinkte auf unsere Überzeugungsbildung. Zusammen mit unserer übertriebenen Entscheidungsfreude, unserem Hang, plausible Geschichten zu glauben und unserer Affinität zur Mehrheit ist das nicht nur der Nährboden, den Betrüger und Heiratsschwindler nutzen. Es ist zugleich die Basis, auf der ganze Weltanschauungen und Religionen gedeihen. In diesen Fällen erbringt unser Hirn Höchstleistungen als im wahrsten Sinne des Wortes Sinn stiftendes Organ. Es fügt Informationen hinzu, die gar nicht zum Input gehören, um den aufgenommenen Informationen einen Sinn zu geben oder die Geschichte bei Inkonsistenzen wieder kohärent zu machen⁶³.

⁶¹ Kahneman, S.

⁶² Kevin Dutton, Der Gehirnflüsterer, S. 114.

⁶³ Kahneman, S. 100, 247 ff; Vgl. auch Nassim Nicholas Taleb, Der Schwarze Schwan: Die Macht höchst unwahrscheinlicher Ereignisse (The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable), 2008, S. 87 ff.

Das Muster erklärt nicht nur, warum Anlagebetrüger und Heiratsschwindler immer wieder Erfolg haben. Es erklärt auch das Geschehen an den Finanzmärkten, deren Akteure die Welt schon mehr als einmal an den Rand des Abgrundes gebracht haben, weil sie ehrlichen Herzens an die Sicherheit von Finanzprodukten glaubten, nur weil das plausibel war und alle anderen auch daran glaubten⁶⁴. Es erklärt, warum an den zum überwiegenden Teil – bei rationaler Betrachtung – doch sehr unwahrscheinlichen Aussagen der Religionen Milliarden von Menschen glauben. Ohne den Respekt vor dem Glauben einzelner in Frage stellen zu wollen, dürfte es eine unbestreitbare Aussage sein, dass wir schlicht nicht wissen können, ob es einen Gott gibt oder nicht. Es gibt daneben eine Vielzahl wissenschaftlicher Erkenntnisse, die es extrem unwahrscheinlich machen, dass Gott vor 5000 Jahren die Erde in sieben Tagen schuf und der Mensch sein Ebenbild ist. Gleichwohl glauben einer Umfrage zufolge noch heute immerhin 70 % der republikanischen Wähler in Georgia, USA, daran, dass die biblische Schöpfungsgeschichte zutreffend die Entstehung der Welt und des Menschen beschreibt⁶⁵. Diese Menschen mag man belächeln. Aber sie sind von der Schöpfungsgeschichte genauso überzeugt wie die, die sich in Flugzeugen in Wolkenkratzer stürzen, weil sie ehrlichen Herzens glauben, dass im Jenseits Jungfrauen auf sie warten. Sie denken nicht darüber nach, wo die bemitleidenswerten Jungfrauen eigentlich herkommen. Das gehört zum unsichtbaren und damit unwesentlichen Teil der Geschichte. All diese Menschen funktionieren nicht anders als wir. Ihre Überzeugungsbildung folgt dem gleichen Muster wie bei uns: Sie vertrauen auf eine plausible Geschichte, die aus einer als vertrauenswürdig eingeschätzten Quelle, der Bibel oder dem Koran, stammt. Milliarden andere glauben sie auch und sie ist voller Verheißungen. Unser Gehirn formt unter diesen Bedingungen aus wenigen Informationen Geschichten, von deren Richtigkeit wir felsenfest überzeugt sind.

c. Überzeugungsbildung im Gerichtssaal

Ich muss sie vermutlich gar nicht mehr fragen, ob es diese Einflussfaktoren auf die Überzeugungsbildung nach ihrer Erfahrung auch im Gerichtssaal gibt. Wer schon einmal versucht hat, eine bereits überzeugte Kammer „umzudrehen“, der weiß: Das Muster ist unübersehbar identisch. Es ist nicht wegzudenkender Bestandteil unseres Alltags.

Es verblüfft mich immer wieder, wie sich Kriminalbeamte aus diffusen Telefonaten Geschichten zusammenreimen, die den Handel mit Betäubungsmitteln belegen sollen, schlicht weil sie nach Bestätigung suchen. Oder denken sie an weinende Anzeigeerstatte(r)innen oder bemitleidenswerte Kinder, die als Zeugen zunächst bei der Polizei und dann vor Gericht erscheinen. Ihre Erzählungen vereinen alle Eigenschaften, die eine Geschichte haben muss, um bevorzugt geglaubt zu werden. Polizisten und Richter sehen eine weinende Frau bzw. bemitleidenswerte Kinder, die widerspruchsfreie Geschichten erzählen und deshalb mühelos die Eingangskontrolle von System 1 passieren. Vordergründig geben die Zeugen nicht den geringsten Anlass, an ihren Worten zu zweifeln. Sie sind zwar fremd und es ist nichts über sie bekannt. Sie könnten notorische

⁶⁴ http://de.wikipedia.org/wiki/Finanzkrise_ab_2007#Verbriefung_von_US-Hypothekenkrediten

⁶⁵ http://www.huffingtonpost.com/2013/08/08/georgia-republicans-creationism_n_3726445.html

Lügner sein, geheim gehaltene oder unverständliche Motive für eine Falschbelastung haben oder schlicht an etwas glauben, was gar nicht geschehen ist. Polizisten und Richter orientieren sich aber nur an dem, was sie sehen, solange es sich in ihre modellierte Vorstellungswelt einfügt.

Auf diesem Nährboden bilden sich erste Überzeugungen, die die Bewertung nachfolgender Ermittlungsergebnisse beeinflussen, insbesondere die Version des womöglich zu Unrecht einer Straftat bezichtigten Beschuldigten. Niemand sucht nach der Bestätigung seiner Version. Gesucht wird der Widerspruch in seinen Bekundungen, weil das die bereits vorhandene Annahme bestätigt. Im weiteren Verlauf glauben die Polizisten bestätigenden Zeugen. Staatsanwälte sehen keinen Anlass, die Ermittlungen der Polizei in Frage zu stellen und Gerichte halten Staatsanwaltschaften für ebenso zuverlässig arbeitende wie vertrauenswürdige Quellen⁶⁶. Richter vertrauen sich natürlich auch untereinander und auf die sorgfältige Arbeit des Berichterstatters⁶⁷. Allerspätestens der Eröffnungsbeschluss stellt dann die Weiche, nach der neue Informationen nichts mehr ändern, wenn sie wie auch immer mit der Anklage in Übereinstimmung gebracht werden können. Das Unsichtbare findet dabei keine Berücksichtigung, auch wenn es denkbar bleibt. Denn System 1 urteilt ohne das Unsichtbare, auch wenn es denkbar ist. Im Urteil stehen dazu dann Sätze wie:

„Die Kammer konnte kein Falschbelastungsmotiv des/der Zeugen/in erkennen.“

Das Revisionsgericht liest eine plausible Geschichte und hält den Tatrichter für eine besonders vertrauenswürdige Quelle. Dabei entsteht das Vertrauen in Zeugen, Polizisten oder Richter nicht, weil sie einer besonderen Überprüfung unterzogen wurden, indem z.B. ihr Umfeld und ihre Vergangenheit durchleuchtet wurden. Das Vertrauen beruht vielmehr auf dem Zirkelschluss, dass sie Geschichten erzählen, die das System 1 des aufnehmenden Gehirns als Muster abgespeichert hat. Oder anders gesagt: Ihre Erzählungen entsprechen den Erwartungen. Bei Polizisten und Richtern kommt deren berufliche Stellung hinzu, die sie vorbehaltlos zu vertrauenswürdigen Personen macht.

Bis zur Aussage der Zeugen vor Gericht hat sich längst eine Mehrheit der mit der Sache Befassen eine Überzeugung gebildet. Die Schuld des Angeklagten ist längst zur „*herrschenden Meinung*“ geworden – ein Umstand, der in der Rechtswissenschaft schon im Studium Einfluss nimmt auf die Überzeugungsbildung. Interne Konflikte der Entscheidungsträger sind auch nur selten zu befürchten. Strafkammermitglieder stehen – ohne dass ich das natürlich abschließend beurteilen könnte – eher in dem Ruf, sich der herrschenden Meinung in der Kammer anzuschließen als einen Konflikt mit Kollegen oder gar dem oder der Vorsitzenden zu riskieren. Dienstliche Hierarchien, das tägliche Miteinander, kollegiale Beziehungen, mitunter freundschaftliche Verbundenheit und das Selbstverständnis als „Team“ fördern den Konsens, nicht

⁶⁶ Vgl. Dazu auch Fischer, StV 2014, 47, 51.

⁶⁷ Fischer, NStZ 2013, 425.

den Konflikt. Solange sich keine massiven Anhaltspunkte für Zweifel aufdrängen, lautet die Standardentscheidung von System 1, sich der Mehrheit anzuschließen⁶⁸.

Wenn der Beschuldigte das Gegenteil nicht beweisen kann, sieht er sich außerdem mit dem Problem konfrontiert, dass die Geschichte den Beschützerinstinkt in gleicher Weise weckt wie das Bedürfnis nach Bestrafung des vermeintlichen Täters. Und die alle Beteiligten instinktiv – die Verteidiger nehme ich da keinesfalls aus – abstoßende Aussicht, die Zeugen anhören und befragen zu müssen, erweist sich – bisweilen gepaart mit Faulheit – als zusätzliches Hindernis, die bereits gebildete Überzeugung in Frage zu stellen.

Im Revisionsverfahren – darauf komme ich gleich noch einmal zurück – ist die Überzeugungsbildung des Tatrichters ohnehin nur begrenzt einer Überprüfung zugänglich. Und in einem Wiederaufnahmeverfahren kommt die Autorität eines rechtskräftigen Urteils hinzu. Es prägt die Überzeugungsbildung eines Richters im Sinne des Halo-Effekts mindestens so viel wie die Bibel den Pabst oder der Koran den Selbstmordattentäter. Er will gar nichts anderes mehr glauben, als das, was der Kollege schon rechtskräftig festgestellt hat.

Diese Automatismen ignorieren beharrlich, dass es ein ganz erhebliches Risiko gibt, dass die gewonnene Überzeugung falsch sein könnte, weil etwas Entscheidendes übersehen wurde. Und das gilt nicht nur in den gerade beschriebenen Aussage-gegen-Aussage Situationen. Es gilt stets, wenn eine objektiv dünne Beweislage Grundlage der Überzeugungsbildung ist. Das Muster wirkt in sämtlichen Fällen, in denen der Tatrichter im besonderen Maße auf die Zuverlässigkeit weniger Indizien oder die Vertrauenswürdigkeit einzelner Zeugen angewiesen ist. Das Unsichtbare – aber denkbare – wird ignoriert, auch wenn nur **eine** zusätzliche Information genügen würde, um das gesamte Bild zu sprengen. Der BGH gibt das sogar ausdrücklich vor. Allzu fantasievolle und sich auf die Suche nach dem Unsichtbaren begebende Tatrichter weist er zu recht, indem er formuliert:

„Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass der Tatrichter weder mit Blick auf den Zweifelssatz noch sonst gehalten ist, zu Gunsten des Angeklagten von Sachverhaltsvarianten auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat“⁶⁹.

Dabei kann sich die Ignoranz des Risikos unsichtbarer Details fatal auswirken. Jörg Kachelmann brachte eine kohärente Geschichte aus vermeintlich vertrauenswürdiger Quelle nicht nur in Untersuchungshaft⁷⁰. Sie beschädigte seinen Ruf für immer. Exemplarisch ist weiterhin auf den tragischen Fall des Lehrers Horst Arnold hinzuweisen. Er hatte angeblich seine Kollegin Heidi K.

⁶⁸ Kahneman, S. 112, nennt das die „What you see is all there is“-Regel.

⁶⁹ Vgl. erneut BGH, Beschl. vom 1.8.2013 – 4 StR 189/13, sowie BGH, Urt. v. 13.12.2012 - 4 StR 33/12 (wistra 2013, 195, 196) und 21.12.2008 - 1 StR 292/08 (NStZ-RR 2009, 90, 91) und Beschl. v. 23.10.2008 – 1 StR 526/08

⁷⁰ Vgl. dazu auch den Artikel von Barbara Rückert in „Die ZEIT“ vom 24.02.2011.

in der großen Pause im Biologie-Vorbereitungsraum vergewaltigt. Er war zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt worden. Die ihn verurteilende Kammer sah nicht, dass es sich bei *Heidi K.* um eine notorische Lügnerin handelte. Die vom *BGH* insoweit – siehe oben⁷¹ – verlangten „konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte“ lagen nicht vor. Das war nur einem Zufall geschuldet und dieser Zufall entschied über das Schicksal von Horst Arnold. Das sollte uns alle daran zweifeln lassen, die subjektive Überzeugung des Tatrichters und die Ignoranz des Unsichtbaren zum Maß aller Dinge zu machen.

d. Überzeugungsbildung im Revisionsverfahren

Ich werde am Ende meiner Ausführungen noch einmal darauf zurückkommen, wie der Gesetzgeber und die Rechtsprechung diesem Problem begegnen müssten. Zuvor möchte ich noch darauf eingehen, dass die Ignoranz des Unsichtbaren im Revisionsverfahren vom *BGH* sogar zum Prinzip erhoben wird.

Im Revisionsverfahren besteht die Aufgabe des Gerichts bekanntlich darin, die Richtigkeit des tatrichterlichen Urteils zu überprüfen. Das gelingt nicht immer, wie wir alle wissen. Exemplarisch ist auf das Beispiel *Horst Arnold* hinzuweisen. Mit donnernden Worten wurde er zwar im Wiederaufnahmeverfahren vom *Landgericht Kassel* freigesprochen⁷². Der dortige Richter sparte nicht mit Kritik an dem Darmstädter Gericht, das ihn verurteilt hatte. Es habe gegen „elementare Grundregeln der Wahrheitsfindung verstoßen“⁷³. Die Revision gegen dieses Urteil war vom *BGH* gleichwohl als „offensichtlich unbegründet“ zurückgewiesen worden⁷⁴. *Horst Arnold* hatte beim *BGH* keine Chance gehabt.

Auch ohne Einblick in die Verfahrensakten gehabt zu haben, wage ich die Aussage, dass das auch daran lag, dass der *BGH* den tatrichterlichen Überzeugungsbildungsprozess prinzipiell nur auf dessen Plausibilität überprüft. Eine inhaltliche Auseinandersetzung findet nicht statt. Das liegt auch und gerade an einer kohärenten Geschichte, an die der *BGH* glaubt, obwohl sie nicht wahr ist. Sie hat ebenfalls alle Eigenschaften, die eine Geschichte braucht, um bevorzugt geglaubt zu werden – zumal sie aus der vertrauenswürdigsten Quelle stammt, die der *BGH* kennt. Der *BGH* ist es selbst, der sich diese Geschichte erzählt. Es ist die Geschichte vom „Rekonstruktionsverbot“ im Revisionsverfahren⁷⁵.

Das „Rekonstruktionsverbot“ hat zum Inhalt, dass es im Revisionsverfahren nicht möglich sein soll, Beweiserhebungen aus der Tatsacheninstanz daraufhin zu überprüfen, ob sie den Feststellungen des Tatrichters entsprachen oder nicht. Dogmatisch handelt es sich um ein Beweiserhebungsverbot in der Revisionsinstanz. Begründet wird das Dogma damit, das Revisionsverfahren

⁷¹ Fn. 69.

⁷² *LG Kassel*, Urt. v. 5.7.2011 - 1620 Js 16973/08 1 KLS

⁷³ <http://m.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/urteil-im-fall-horst-arnold-eine-erlogene-vergewaltigung-12572251.html>

⁷⁴ *BGH*, Beschluss vom 13.12.2002 – 2 StR 444/02.

⁷⁵ Ausführlich dazu *Wilhelm*, ZStW 2005, [117], S. 143 ff. und StV 2012, S. 74.

enthalte keine Regeln für eine derartige Beweisaufnahme. Eine Rekonstruktion z.B. der Aussage eines Zeugen würde deshalb gegen die „*Ordnung des Revisionsverfahrens*“ verstoßen⁷⁶. Das bewirkt, dass nicht im Urteil sichtbare Fehler des Tatrichters unsichtbar bleiben. Es macht die Ignoranz des Unsichtbaren – die Hauptfehlerquelle schlechthin auf dem Weg zur Überzeugungsbildung – zum vorgegebenen Bestandteil des Revisionsverfahrens. Daneben macht es die Hauptverhandlung im Ergebnis bedeutungslos. Denn entscheidend ist nicht, was in der Hauptverhandlung geschehen ist. Entscheidend ist, was der Tatrichter darüber aufgeschrieben hat. Man ist versucht, frei nach *Hans Kelsen* zu sagen⁷⁷:

Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn der Tatrichter gegen § 261 StPO verstoßen hat, ist das Urteil aufzuheben, sondern: Wenn der Tatrichter sein Urteil nicht „revisionsunsicher“ schreibt, hebt das Revisionsgericht sein Urteil auf.

Dabei erfüllt die Geschichte vom „*Rekonstruktionsverbot*“ sämtliche Voraussetzungen, um die Eingangskontrolle von System 1 eines Strafrechtlers mühelos zu passieren. Das macht sie so gefährlich. In der Tat sollte das Revisionsverfahren keine Tatsacheninstanz sein. Es gibt keine Vorschriften für die Beweisaufnahme, die den Regeln für die tatrichterliche Hauptverhandlung entsprechen. Überdies stammt die Geschichte aus einer zuverlässigen Quelle. Der *BGH* ist aus anwaltlicher Sicht zwar nicht uneingeschränkt vertrauenswürdig. Er verfügt aber über so große Autorität, dass das „*Rekonstruktionsverbot*“ nur selten in Frage gestellt wird. So wurde seine Akzeptanz zur herrschenden und beinahe unangefochtenen Mehrheitsmeinung. Nicht einmal in den von ausgewiesenen Strafverteidigern verfassten Standardwerken zur Revision, gemeint sind die Werke von *Dahs*⁷⁸, *Hamm*⁷⁹ und *Schlothauer/Weider*⁸⁰ wird das „*Rekonstruktionsverbot*“ in Frage gestellt. Die Verwendung der Begriffe „*Ordnung*“ und „*Verbot*“ sprechen unsere deutschen Urinstinkte offenbar in einem Maße an, das Kritik erst gar nicht aufkommen lässt.

Eine unvoreingenommene Suche nach dem Unsichtbaren in der diesbezüglichen Argumentation führt freilich zu dem Ergebnis, dass es ein „*Rekonstruktionsverbot*“ im Revisionsverfahren gar nicht gibt. Ein einfacher Blick ins Gesetz zeigt, dass die StPO kein Beweiserhebungsverbot im Revisionsverfahren regelt. Richtig ist zwar, dass der historische Gesetzgeber umfangreiche Beweiserhebungen in der Revisionsinstanz nicht geplant hatte. Tatsache ist aber auch, dass er nicht die Absicht hatte, Urteile vor der Aufhebung zu bewahren und Menschen ins Gefängnis zu schicken, nur weil die Gesetzesverstöße bei der Urteilsfindung mit den vom *BGH* so genannten „*Mitteln des Revisionsrechts*“ nicht sichtbar gemacht werden können. Kein Mensch hat jemals ernsthaft behauptet, dass es der Gesetzgeber in Kauf nehmen wollte, dass unschuldige Menschen ins Gefängnis wandern, weil der Tatrichter die Angaben eines Sachverständigen oder eines Zeugen im Urteil falsch wiedergegeben hat.

⁷⁶ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur NStZ 1992, 506, 507; 1997, 296; NStZ 2008, 55

⁷⁷ Siehe oben, Fn. 3.

⁷⁸ *Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl., 2012, S. 187 ff.

⁷⁹ *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl., 2000 S. 519

⁸⁰ *Schlothauer/Wieder*, Verteidigung im Revisionsverfahren, 2. Aufl., 2013, Rn. 2503.

Die Wahrheit ist, dass der Gesetzgeber sich schlicht geirrt hat, als er die „*Ordnung des Revisionsverfahrens*“ schuf. Er hat nicht damit gerechnet, dass es Gesetzesverstöße geben kann, die ohne Beweisaufnahme im Revisionsverfahren unsichtbar bleiben. Die gibt es aber sehr wohl⁸¹. Und dieser Irrtum ist die unsichtbare Kleinigkeit, die der *BGH* beharrlich übersieht, wenn er das „*Rekonstruktionsverbot*“ verteidigt. Die Wahrnehmung dieses kleinen Details ändert alles. Dieser Irrtum des Gesetzgebers ist das Tausendstel, das *Edward Lorenz* bei der Wiederholung seines meteorologischen Experiments vernachlässigte.

Dabei ist es nicht einmal so, dass der *BGH* sämtliche irrtumsbedingten Konsequenzen der Konstruktion des Revisionsverfahrens hinnimmt. Wenn es darum geht, Revisionsverfahren „*effizienter*“ zu machen, fühlt sich der *BGH* schon lange nicht mehr an die angeblich vom Gesetzgeber zwingend vorgegebene „*Ordnung des Revisionsverfahrens*“ gebunden. Das beweist das Protokollberichtigungsverfahren. Es erledigt die Beweiskraft des Protokolls, bei dem sich der Gesetzgeber auch nicht vorstellen konnte, dass es fehlerhaft abgefasst werden könnte. Deshalb verlieh er dem Protokoll absolute Beweiskraft. Der *BGH* hat inzwischen erkannt, dass es keine tragfähige Grundlage gibt, der irrtumsbedingten Vorstellung des Gesetzgebers vom Dogma der Unwiderlegbarkeit des Protokolls nibelungentreu zu folgen. Also hat er das von der gesetzlichen „*Ordnung des Revisionsverfahrens*“ ebenfalls nicht vorgesehene Protokollberichtigungsverfahren eingeführt. Dort wird geprüft, ob ein nicht protokollierter Vorgang nicht doch stattgefunden hat⁸². Das ist auch nichts anderes als eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung.

In Ermangelung eines gesetzlichen Beweiserhebungsverbot es gibt es weder eine Staatsanwaltschaft noch ein Gericht, das die Richter des *BGH* wegen Rechtsbeugung verfolgt, weil sie mit dem Protokollberichtigungsverfahren gegen das „*Rekonstruktionsverbot*“ verstoßen. Zuletzt ist der 5. *Senat* ungestraft sogar so weit gegangen, selbst einen Sachbeweis zu erheben. Er hat ein Sachverständigengutachten zu einer DNA-Spur eingeholt. Es wird sie nicht wundern, dass es nicht darum ging, der Revision eines Angeklagten zum Erfolg zu verhelfen. Es ging um den Nachweis, einem vom Tatrichter abgelehnten Beweisantrag eines Verteidigers den Stempel einer wider besseres Wissen und somit rechtsmissbräuchlich aufgestellten Beweisbehauptung aufzudrücken. Sie führte zu dem vom *BGH* antizipierten Ergebnis und ermöglichte die Zurückweisung der Revision⁸³. Der Vorsitzende des 5. *Senats*, *Clemens Basdorf*, hat im Anschluss an diese Entscheidung in der *NStZ* die Frage aufgeworfen: „*Was darf das Revisionsgericht?*“⁸⁴ Er meinte damit die Befugnisse des *BGH*, Beweise zu erheben⁸⁵. Meine Antwort darauf ist ganz kurz: Das Revisionsgericht darf **alles**, weil es kein Gesetz und kein Gericht gibt, die es ihm verbieten. Es geht gar nicht darum, was das Revisionsgericht **darf**. Es geht darum, was es tun **muss**, um der materiellen Gerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen.

⁸¹ *Frisch*, FS Eser, 2005, 257, 277 f.

⁸² *BGHSt* 51, 298.

⁸³ *BGH NStZ* 2012, 526; Vgl. dazu auch *BGH Urteil* vom 10. Juli 2013 - 2 StR 47/13.

⁸⁴ *Basdorf*, *NStZ* 2013, 186.

⁸⁵ Kritisch dazu *Knauer*, *NStZ* 2012, 583.

Dazu gehört ganz sicher, das „Rekonstruktionsverbot“ aufzugeben. Es führt bei Licht betrachtet dazu, dass auch und gerade im Revisionsverfahren die Mechanismen wirken, die am ehesten geeignet sind, fehlerhafte Überzeugungen zu begründen. Die Überzeugungsbildung des Revisionsrichters hängt allein von der Plausibilität der ihm präsentierten Geschichte ab. Der *BGH* ersetzt die trichterliche Überzeugungsbildung sogar durch eine eigene, wenn ihm eine plausible Geschichte präsentiert wird, die aus Sicht des *BGH* eine Verurteilung rechtfertigt. Ohne wissen zu können, ob der Trichter zweifelsbegründende Umstände nur vergessen hat aufzuschreiben, drängt der *BGH* auf eine Verurteilung. Der widersetzt sich kein Trichter mehr, wenn er den Satz gelesen hat:

„Die Erwägungen des Landgerichts ... lassen ... besorgen, dass es überspannte Anforderungen an die zu einer Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung gestellt hat“⁸⁶.

Es ist danach schwerer, den *BGH* von verbleibenden Zweifeln zu überzeugen als von der Täterschaft des Angeklagten. Wer weiß, hätte das *Landgericht Darmstadt Horst Arnold* im ersten Verfahren freigesprochen, der *BGH* hätte das Urteil womöglich mit dieser Begründung aufgehoben.

III. Konsequenzen

Die Psychologie lehrt uns, dass wir anfällig sind für vorschnelle Überzeugungen. Wir vertrauen Quellen, weil sie uns erzählen, was sich in unsere Vorstellungswelt einfügt. Bereits gebildete Überzeugungen färben neue Informationen und wir folgen Mehrheiten bisweilen auch dann, wenn sie im Unrecht sind. Wir ignorieren das Unsichtbare und überlassen die Entscheidung über Schuld oder Unschuld dem Bauchgefühl und der Konstruktionsgabe der urteilenden Richter. Zahlreiche weitere Mechanismen wirken dabei in uns. Ich habe nur einige der aus meiner Sicht wichtigsten dargestellt.

Es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, dass diese Lehren Einfluss nehmen auf den Strafprozess, in dem Überzeugungsbildung über Schicksale entscheidet. Das ist aber nicht so. Die tragischen Fälle zu Unrecht verurteilter Menschen lösen nicht die Grundsatzdiskussion aus, die erforderlich wäre. Es wäre die Diskussion über die Konsequenzen der menschlichen Unzulänglichkeiten, die einer zuverlässigen Überzeugungsbildung im Wege stehen. Sie kann nur enden mit einer Neubestimmung der trichterlichen Gewissheit, die für eine Verurteilung erforderlich ist. Statt sich zu fragen, ob sie hinreichend überzeugt und Feststellungen möglich sind, müssten

⁸⁶ *BGH* NStZ 2011, 648. Die Liste der Urteile, die der *BGH* wegen aus seiner Sicht übertriebener Zweifel des Trichters aufgehoben hat, ist lang: vgl. nur *BGH*, Urt. v. 6. 11.1998 - 2 StR 636/97, *BGHR* § 261 Beweiswürdigung 16 m.w.N.; *BGH*, Urt. v. 26. 6. 2003 - 1 StR 269/02, NStZ 2004, 35, 36; *BGH*, Urt. vom 16.03.2004 - 5 StR 490/03; *BGH* Urt. v. 1.2.2007 - 4 StR 474/06; NStZ-RR 2009, 248; NStZ 2010, 292; *BGH* Urt. v. 12.10.2010 - 4 StR 147/10; *BGH*, NStZ 2012, 205.

Richter sich fragen, ob sie ausschließen können, dass ihre Überzeugung falsch ist⁸⁷. Und wenn nur wenige hypothetische Veränderungen der Beweislage das gesamte Bild sprengen können, muss bereits dieser Umstand einer Verurteilung im Wege stehen. Denn keine Verbesserung der Sachverhaltsaufklärung oder andere Maßnahme wird jemals geeignet sein, die Probleme zu lösen, die sich aus unserem Menschsein ergeben.

Mit Blick auf die uns in diesen Tagen besonders interessierende Hauptverhandlung lässt sich die Problematik auch wie folgt zusammenfassen: Unsere Hauptverhandlungen werden dominiert von im Ermittlungs- und Zwischenverfahren gebildeten Überzeugungen. Das Gericht setzt die Vorwürfe als zutreffend voraus und begibt sich auf die Suche nach Bestätigung. Neuere Entwicklungen wie der das Ermittlungsergebnis als zutreffend voraussetzende Deal und die überzogene Bedeutung des Geständnisses befördern das wie ein Brandbeschleuniger ein bereits unkontrollierbar gewordenen Feuer. Sie wirken auch in Verfahren, in denen gar nicht gedealt wird. Das ist nach dem, was uns die Psychologie lehrt, bereits im Ansatz verfehlt. Es ist das exakte Gegenteil von dem, was erforderlich wäre. In den Mittelpunkt gehört etwas ganz anders. In den Mittelpunkt gehört der Zweifel. Er muss die Hauptverhandlung von Anfang bis Ende dominieren. Die Suche nach Widerspruch muss die Aufgabe sein, nicht die Suche nach Bestätigung. Danach sucht der Mensch ganz von allein.

Der Zweifel – nicht die Bestätigung – ist das personifizierte System 2. Er ist die Mutter der Aufklärung und der Vater der besseren Erkenntnis. Ihm gebührt die ständige Präsenz in der Hauptverhandlung. Doch leider unternehmen der Gesetzgeber und die Gerichte nichts, um das zu befördern. Und das ist kein Zufall. Es entspricht einem tief verankerten Verhaltensmuster. Der Zweifel war noch nie beliebt bei denen, die Macht und Herrschaft auf sich vereinen. Für sie bedeutet Zweifeln drohende Veränderung – und damit Gefahr. Auch unsere Gerichte mögen ihn nicht⁸⁸. Sie zweifeln deshalb viel zu selten, am wenigsten an sich selbst.

Schon der große Goethe erkannte das Problem. Er widmete dem Zweifel – dem besten Freund des Strafverteidigers – deshalb ein kleines Gedicht. Es beschreibt in wunderschönen Worten, was die Herrschenden und Machthaber von ihm halten. Mit diesem Gedicht werde ich jetzt dem Zweifel huldigen und damit meinen Vortrag beenden. Ich bedanke mich schon jetzt für die Lebenszeit, die sie mir geopfert haben.

Der Vers ist im zweiten Teil des „Faust“ zu finden. Dort kommt es zu Beginn – ich setze den Inhalt angesichts der Vielzahl junger Kolleginnen und Kollegen im Saal vorsorglich nicht als bekannt voraus – zu einer Szene am Hofe des Kaisers. Anwesend sind der provozierend auftretende Mephisto, der Kaiser, Faust, ein paar Hofschranzen und vor allem der Kanzler des Kaisers. Der Kanzler ist – wie sollte es anders sein – der Bewahrer des Bestehenden. Seine Aufgabe

⁸⁷ Vgl. dazu aber *BGH*, NStZ 2013, 420.

⁸⁸ Vgl. Fn. 86.

ist es, revolutionäres Gedankengut im Ansatz zu erkennen und im Keim zu ersticken. Wie sie sich vorstellen können, hasst er nichts mehr als den Zweifel.

In der Szene geht es um die Lösung einer Krise. Mephisto schlägt vor, „*begabten Mannes Natur- und Geisteskraft*“ zu nutzen. Dazu muss man wissen, dass Natur und Geist in der damaligen Vorstellungswelt die Symbole von Sündhaftigkeit bzw. des Teufels waren. Natur stand für Fleischeslust, also für Sünde. Und Geist stand für den Teufel. Der Kanzler – in einer modernen Inszenierung würde er eine rote Robe tragen – macht aus Sünde und Teufel die Eltern des Zweifels. Schlimmer geht es nicht. Es bringt zugleich die Angst vor unserem besten Freund zum Ausdruck. Bei unserem Dichtervater liest sich der Aufschrei des Kanzlers so⁸⁹:

„Natur und Geist, so spricht man nicht zu Christen,

darum verbrennt man Atheisten, weil solche Reden höchst gefährlich sind.

Natur ist Sünde, Geist ist Teufel,

sie hegen zwischen sich den Zweifel, ihr missgestaltet Zwitterkind.“

⁸⁹ Goethe, Faust. Der Tragödie zweiter Teil in fünf Akten. Erster Akt, Teil 1, Kaiserliche Pfalz.