

Unverständlich ist die Feststellung, dass »Konfliktverteidigung überhaupt erst im Absprachesystem zu einer rationalen Verteidigungsstrategie« wird (Vor §§ 257b – 257c ff. Rn 21). In einem Rechtsstaat muss »Konfliktverteidigung« stets zum Repertoire des Strafverteidigers gehören, denn sie ist untrennbar mit der Unschuldsvermutung des Angeklagten verknüpft. Im Hinblick auf die »Alternativ- und Verbesserungsvorschläge« ist auf eine demnächst erscheinende Dissertation, die von *Otto Lagodny* betreut wurde, zu verweisen; hier werden in den Kapiteln F und G umfassend Alternativ- und Verbesserungsvorschläge zur Absprache ausführlich vorgestellt (vgl. *Laura Meller*, Urteilsabsprachen im österreichischen Strafprozess – Zur Macht des Faktischen).

Auch die 5. Auflage von Band V wird insgesamt den hohen Anforderungen, die an diesen Großkommentar gestellt werden, in jeder Hinsicht gerecht.

Rechtsanwalt Dr. Klaus Wasserburg, Fachanwalt für Strafrecht, Mainz

Mark Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition. (Jus Privatum; Bd. 189) Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2015. XIX, 678 S., geb. € 124,-.

Mark Schweizer legt mit seiner im Herbstsemester 2013 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität St. Gallen als Habilitationsschrift angenommenen Abhandlung ein Werk vor, das vor allem mit Blick auf den Prozess vor den Zivilgerichten verfasst worden ist, das aber von seinem Gegenstand her auch den Straf(prozess)rechtler interessieren muss, denn die behandelten Probleme der Beweiswürdigung stellen sich im Strafprozess nicht anders dar als im Zivilprozess. Neben dem zunächst behandelten Vorgang der Beweiswürdigung (erster bis fünfter Teil der Abhandlung) thematisiert *Schweizer* im sechsten Teil auch noch die Frage des für den Zivilprozess angemessenen Beweismaßes. Der Ansatz ist hier, dass im common law im Zivilrecht mit einem anderem Maßstab gearbeitet wird als im Strafrecht, während im civil law jedenfalls vom Grundsatz her der gleiche Maßstab der »vollen Überzeugung« zur Anwendung kommen soll (425 ff.; zu Ausnahmen vgl. 463 ff. [zu Deutschland] und 474 ff. [zur Schweiz]). *Schweizer* zeigt auf, dass vieles darauf hindeutet, dass tatsächlich in der Rechtspraxis des deutschen und des schweizerischen Zivilprozesses ein deutlich niedrigeres Beweismaß zur Anwendung kommt, als vom normativen Ausgangspunkt her zu erwarten wäre (482 ff., 574 ff.). Die nachfolgenden Ausführungen gehen auf die Frage des Beweismaßes nicht weiter ein, sondern beschränken sich auf eine Würdigung der auch für den Straf(prozess)rechtler unmittelbar einschlägigen Auseinandersetzung mit dem Vorgang der Beweiswürdigung.

Während die Aufklärung der beim Vorgang der Beweiswürdigung ablaufenden Prozesse eher selten Gegenstand prozessrechtsdogmatischer Reflexionen ist, geht es *Schweizer* explizit darum, »eine normative Beweistheorie zu entwickeln und zu zeigen, wie sich der Richter rational eine Überzeugung zur Wahrheit strittiger Tatsachenbehauptungen bilden kann. Andererseits soll beschrieben werden, wie die Entscheidungsfindung tatsächlich erfolgt, denn unbestrittenermaßen ist Überzeugungsbildung kein rein rationaler Vorgang« (2,3). Einleitend legt er knapp, aber konzis dar, dass es bei der Beweiswürdigung darum geht, die Übereinstimmung von Tatsachenbehauptungen mit der als vorhanden angenommenen Realität abzuklären, und deshalb die Korrespondenztheorie der Wahrheit für die Zwecke der richterlichen Tatsachenfeststellung »überzeugend und vollkommen ausreichend« ist (30). Auch die »freie« Beweiswürdigung, deren Entstehung in sehr informativer Form nachgezeichnet wird (47 ff.), eröffne keine grenzenlose Freiheit, sondern setze voraus, dass die Beweiswürdigung ein rationaler Denkvorgang sei, dem deshalb durch die Bindung an oder durch Denkgesetze und Erfahrungssätze Grenzen gesetzt werden. Welche Grenzen dies

sind, erörtert *Schweizer* im 2. und 4. Teil der Abhandlung, wobei zunächst die Denkgesetze (2. Teil, 83 ff.) und dann die Erfahrungsätze (4. Teil, 349 ff.) behandelt werden. Zwischen diesen beiden Abschnitten wird die Psychologie der Überzeugungsbildung thematisiert (3. Teil, 253 ff.). Dieser zunächst etwas überraschende Aufbau erklärt sich dadurch, dass die Bedeutung der Psychologie des Überzeugungsbildungsprozesses für *Schweizer* darin liegt aufzuzeigen, dass der von ihm geforderte Umgang mit den Denkgesetzen – konkret: die Anwendung der Bayes-Regel – erforderlich ist, wenn dem Vorgang der Beweiswürdigung ein möglichst hohes Maß an Rationalität zukommen soll.

Im zweiten, den Denkgesetzen der Beweiswürdigung gewidmeten, Teil legt *Schweizer* zunächst dar, dass die Bindung an die Sätze der deduktiven Logik unstreitig ist, dass sie aber als Grenze der Freiheit der Beweiswürdigung praktisch gesehen keine große Bedeutung hat (84 ff.). Entscheidend ist deshalb der Stellenwert, den man der induktiven Logik zuweist, die Schlüsse zulässt, die für die richterliche Überzeugungsbildung relevant sind. Im Vordergrund stehen bei *Schweizer* die Bayes-Regel und die sich über den Likelihood-Quotienten ergebende Beweiskraft, die einem Schluss von einer beobachteten Wirkung auf die unbeobachtete Ursache zukommt (132 ff.). Der im Schrifttum, aber auch vom BGH geäußerten Kritik, dass die Bayes-Regel nur dann sinnvoll angewendet werden kann, wenn zuvor a-priori-Wahrscheinlichkeiten festgelegt werden, und deshalb die Bayes-Regel außerhalb der Fälle, bei denen die Ausgangswahrscheinlichkeiten objektiv bestimmt werden können, »zu keinem Erkenntnisgewinn führe, sondern zu einer manipulierten Scheingewissheit« (170), begegnet *Schweizer* mit drei Erwägungen: Zum ersten zeige das Institut des Anscheinsbeweises, das nichts anderes sei als eine »intuitive, nicht numerische, Anwendung der Bayes-Regel« (171 ff.), dass die Gerichte praktisch tatsächlich so verfahren; zum zweiten lasse sich insbesondere anhand der Anwendung von Bayes-Netzen auf komplexe Fallgestaltungen zeigen, dass auf diese Weise nicht nur die innere Kohärenz von Entscheidungsvorgängen besser kontrolliert werden könne, sondern auch Unsicherheiten offengelegt werden (müssen), die bei einer intuitiv-holistischen Vorgehensweise ebenfalls vorhanden sind, dort aber schlicht unentdeckt bleiben (217 ff., 347). Und schließlich sei – drittens – die a-priori-Zuordnung von Wahrscheinlichkeiten schon deshalb unvermeidlich, weil man »ohne solche Annahmen schlicht keine Entscheidungen treffen kann« (248). Auch in den Fällen, in denen es an »objektiven«, frequentistischen Wahrscheinlichkeiten fehle, könne der Rückgriff auf Bayes-Netze sicherstellen, dass die Rationalität der Überzeugungsbildung besser kontrolliert und gleichzeitig der Tendenz entgegengewirkt wird, dass die Überzeugung von der Richtigkeit der gewählten Option unangemessen hoch ausfällt (vgl. insbesondere 311 ff. zu einer vom *Verfasser* selbst durchgeführten Feldstudie).

Der Kritik an der Anwendung von Bayes-Regeln und -Netzen kann nach alledem tatsächlich nicht daran anknüpfen, dass auch auf diese Weise die objektive Wahrheit nicht erkannt werden kann. Dass dies so ist, wird auch von *Schweizer* gar nicht in Abrede gestellt. Die entscheidende Frage ist, ob der Ertrag, der auf diese Weise generiert wird, den nicht unerheblichen Aufwand rechtfertigt. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn Entscheidungen auch auf intuitivem Wege mit hinreichender Sicherheit getroffen werden können. Zu zeigen, dass es höchst zweifelhaft ist, dass dies gelingen kann, ist Gegenstand des 3. Teils, in dem sich *Schweizer* mit der Psychologie der Überzeugungsbildung befasst. Er zeigt zunächst überzeugend auf, dass Richter in einem Umfeld agieren, das es höchst zweifelhaft erscheinen lässt, dass Entscheidungen im Wege assoziativer Intuition getroffen werden können (vgl. 253 ff.). Hinzu kommt, dass die Forschungsergebnisse zur konstruktiven Intuition relativ klar darauf hindeuten, dass nicht der Wahrheitsgehalt einer von einer Verfahrenspartei vorgetragene Geschichte, sondern deren interne Struktur und Plausibilität darüber entscheiden, dass diese geglaubt wird. Hinzu kommt, dass weitere Gefährdungen für die Wahrheitsfindung dadurch entstehen, dass eine einmal als glaubhaft eingestufte Geschichte auch durch erhobene Beweise nicht ohne weiteres in Frage gestellt, sondern die Wahrnehmung des Beweisergebnisses nicht unerheblich durch die vom Entscheider als glaubhaft eingestufte Geschichte beeinflusst wird (272 ff.). Dies alles legt es tatsächlich nahe, dass auf ein Instrument, mit dem der Prozess der

Entscheidungsfindung rationalisiert werden kann, nicht leichtfertig verzichtet werden sollte – und dies auch dann, wenn die Anwendung dieses Instruments ungewohnt und möglicherweise aufwändig ist.

Im 4. Teil der Abhandlung geht es dann noch um die Bedeutung der Erfahrungssätze als Grenze der Freiheit der Beweiswürdigung (349 ff.). *Schweizer* behandelt zunächst die Probleme des statistischen Beweises, die darin bestehen, das notwendige Ausmaß der Häufigkeit und die richtige Referenzklasse zu bestimmen (vgl. 351 ff.). Er behauptet nicht, dass sich diese Probleme erledigen lassen, weist aber zutreffend darauf hin, dass das Problem auch nicht dadurch zu lösen ist, dass man die Relevanz der Häufigkeit von Ereignissen negiert, weil dies nur zur Folge hätte, dass diese sich verdeckt und damit vollkommen unkontrolliert auswirken werden. Die für die Beweiswürdigung relevanten Erfahrungssätze können deshalb nach *Schweizer* nicht nur durch wissenschaftliche Theorien, sondern auch durch statistische Erkenntnisse begründet werden. Des Weiteren müsse man auch auf kulturell geprägte Alltagstheorien zurückgreifen: »In vollem Bewusstsein, dass sie falsch sein können, wird man nicht umhin kommen, Alltagstheorien bei der Bildung von Erfahrungssätzen zu benutzen. Statt eines idealistischen, aber impraktikablen, Verbots solcher Erfahrungssätze sind pragmatische Vorsichtsmaßnahmen geboten: Erstens sollten solche Erfahrungssätze verstärkt offengelegt und zweitens verstärkt kontrolliert werden« (384), wobei *Schweizer* insoweit auf das Instrument und die Prämissen des Bayes'schen statistischen Syllogismus zurückgreifen will (vgl. 386 ff.).

Die Ausführungen *Schweizers* werden denjenigen nicht überzeugen, der die Beweiswürdigung für eine Kunst hält, die vor allem durch die persönliche Lebenserfahrung des Entscheiders determiniert wird und die sich deshalb einer objektiven Kontrolle entzieht. Wenn man demgegenüber bereit ist, Ernst damit zu machen, dass es sich bei der Beweiswürdigung um einen Vorgang handelt, der nach rationalen Kriterien abläuft (oder doch ablaufen sollte) und der einer objektivierbaren Kontrolle zugänglich sein muss, wird man alles begrüßen müssen, was diesem Ziel dient. Die entscheidende Frage ist dann – wie bereits oben erwähnt – die, ob sich der zusätzlich betriebene Aufwand im Ergebnis lohnt, wobei hier eine wertende Entscheidung nicht zu umgehen ist. Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass es auch nach *Schweizer* nicht darum geht, die Übereinstimmung der Überzeugung des Richters mit der objektiven Wahrheit sicherzustellen, sondern nur – aber immerhin! – darum, bestmöglich zu gewährleisten, dass der Richter die Grenzen der freien Beweiswürdigung nicht überschreitet. Das besondere Verdienst der vorliegenden Abhandlung liegt vor allem darin, dass dargelegt wird, welche Bedeutung dem Prozess der Beweiswürdigung als solchem zukommt, welche Gefahren insoweit bestehen und wie man diesen begegnen könnte. Es bleibt zu hoffen, dass das Werk nicht nur den wissenschaftlichen Diskurs befruchtet, sondern auch von Praktikern zur Kenntnis genommen wird und so unmittelbar dazu beiträgt, ein Bewusstsein dafür zu schaffen, dass hier Probleme und Gefahren bestehen, die auch der gutwillige Richter nicht ohne weiteres zu bewältigen vermag.

Professor Dr. Wolfgang Wohlers, Basel

Armin Höland (Hrsg.), **Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Recht**. BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2012. 186 S., kart. € 29,-.

Der vorliegende Band basiert auf einem deutsch-polnischen Kolloquium, das vom 23. bis 25.4.2010 in der »Leucorea« in Wittenberg zum Generalthema »Die