

JOHANN SCHWENN

Der Gegenstand der Beweisaufnahme in der Probation – eine Fehlerquelle im Wiederaufnahmeverfahren

A.

I.

Mit der Veröffentlichung der Ergebnisse seiner Untersuchung in die Zeit zwischen 1951 und 1964 fallender Wiederaufnahmesachen wollte *Peters* „auf mögliche Fehlerquellen aufmerksam machen und dazu beitragen, ihnen zu begegnen.“¹ Gelingen ist ihm das nicht. Unverändert ist das vermeidbare Fehlurteil der Normalfall und der „Zufallsfund“ die Ausnahme² bei der zur Freisprechung des Verurteilten führenden Wiederaufnahme propter nova – ein Befund, den der das Schicksalhafte einschlägiger erstrichterlicher Urteile suggerierende Begriff „Justizirrtum“ verfehlt.

Zurückgeführt wird die geringe Anzahl zur Erneuerung der Hauptverhandlung oder zum freisprechenden Beschluss nach § 371 Abs. 2 StPO führender Verfahren auf die am deutlichsten von *Rieß* beklagte richterliche

¹ *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess – Eine Untersuchung von Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I (1970), Vorwort, V; vgl. auch Bd. II (1972), S. 78 ff.

² Siehe die Darstellung des Falles *Lettenbauer* bei *Peters*, a.a.O. (Fn. 1), Bd I, S. 80 ff.

„Wiederaufnahmefeindlichkeit.“³ Besonders ausgeprägt scheint diese Haltung gegenüber solchen Nova zu sein, deren Vorhandensein schon nach den Urteilsgründen zu vermuten stand und denen der Erstrichter, wenn nicht schon aufgrund seiner Aufklärungspflicht, so spätestens auf einen Beweisantrag hätte nachgehen müssen. Gelegenheit zu dieser Beobachtung bietet namentlich der Umgang mit dem psychisch auffälligen Opferzeugen im Verfahren und im Urteil. Misslingt bei dieser Fallgestaltung die Revision des Angeklagten, so kann er kaum erwarten, dass es im Wiederaufnahmeverfahren zur Aufhebung des Urteils kommen wird.

II.

Als schwierigstes Hindernis auf dem Weg zur Wiederaufnahme gilt die Tendenz der Gerichte, auf § 359 Nr. 5 StPO gestützte Anträge schon im Aditionsverfahren scheitern zu lassen.⁴ Dass der Verurteilte nach dem Zulassungsbeschluss mit hoher Wahrscheinlichkeit sein Ziel erreichen werde,⁵ ist jedoch ein längst überholter Erfahrungssatz:

Hatte sich der Erstrichter die behauptete Sachkunde zu Unrecht zugetraut oder sich diese nicht von einem Sachverständigen vermitteln lassen, sondern durch in der Rolle des sachverständigen Zeugen gehörtes Therapiepersonal des vermeintlichen Opfers verschafft und sich auf diese Weise um die Gelegenheit gebracht, auf das mit dem Wiederaufnahmeantrag beigebrachte Novum zu stoßen, so muss der Verurteilte befürchten, dass sich das Wiederaufnahmegericht in der Probation auf seine vermeintlich auch diesen Verfahrensabschnitt beherrschende Aufklärungspflicht besinnt. Ziel der verbreiteten

³ Rieß NStZ 1994, 153, 154; siehe auch Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S. 84 ff.

⁴ Alsberg a.a.O. (Fn. 3), S. 100; Peters in FS Dünnebier, S. 53, 71.

⁵ So noch Theobald, Barrieren im strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren, 1998, S. 3, m.w.N.

Praxis, die Probation für eine über die beigebrachten Nova hinausgreifende Beweisaufnahme zu nutzen, ist nahezu ausnahmslos, nicht das vom Erstrichter zu Lasten des Verurteilten Versäumte nachzuholen, sondern die Verteidigung des Ersturteils. Nur einmal hatte der *Verfasser* einen anderen Eindruck: Mit einem aussagepsychologischen Gutachten hatte das Landgericht Memmingen in der Probation des Wiederaufnahmeverfahrens *Dieter Gill*⁶ eine weitere Sachverständige beauftragt, deren Reputation schon nicht befürchten ließ, die Strafkammer erwarte ein anderes Ergebnis als das des beigebrachten Gutachtens. Gestützt war der Wiederaufnahmeantrag auf das Geständnis der ehemaligen Nebenklägerin, ihren Vater der Wahrheit zuwider bezichtigt zu haben, dieser hätte sie im Kindesalter wiederholt vergewaltigt. Flankiert wurde das Novum durch ein methodenkritisches Gutachten, das Zweifel an der Sachkunde der beiden vom Erstrichter gehörten Sachverständigen begründete. Angesichts der Behandlung des Wiederaufnahmeverfahrens *Harry Wörz* durch den 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs unter dessen früheren Vorsitzenden *Armin Nack*⁷ liegt nicht fern, die Strafkammer könnte sich für den Fall einer Freisprechung des Verurteilten auf die damals allgemeinkundige Tendenz dieses Strafsenats eingerichtet haben, Revisionen der Staatsanwaltschaft und von Nebenklägern mit besonderem Wohlwollen aufzunehmen.

Vermutlich findet der dargestellte Übelstand das Interesse des erfahrenen Revisionsverteidigers: Die Defizite der Rechtsbeschwerde bei der Sicherung der Einzelfallgerechtigkeit lassen sich Mandanten nur mit der Existenz eines dem

⁶ Zur Verfahrensgeschichte siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Justizirrtum_um_Dieter_Gill.

⁷ BGH, Urt. v. 16.10.2006 – 1 StR 180/06; aufschlussreich auch die für ein Revisionsurteil ungewöhnlich verstimmt anmutenden Gründe für die Verwerfung der abermaligen Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger gegen die wiederholte Freisprechung des Angeklagten entgegen der „Segelanweisung“ des Senats (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.2010 – 1 StR 254/10, und Urt. v. 16.10.2006 – 1 StR 180/06, Rn. 50).

Effektivitätsgebot verpflichteten Wiederaufnahmeverfahrens verständlich machen.

B.

I.

Wird der Wiederaufnahmeantrag für zulässig befunden, gilt eine im Rahmen der Prüfung ihrer Begründetheit für erforderlich gehaltene Beweiserhebung nach § 369 Abs. 1 StPO der Aufnahme der „*angetretenen*“ Beweise. Dem Gesetzeswortlaut zuwider entnimmt die noch herrschende Meinung in der – spärlichen – Rechtsprechung⁸ und der Literatur⁹ die Befugnis des Wiederaufnahmegerichts, auch andere Beweise als die angetretenen zu erheben, weil „*auch für die außerhalb des prozessualen Hauptverfahrens zu treffenden Entscheidungen die Ermittlung des wahren Sachverhalts von zentraler Bedeutung*“ bleibe.¹⁰ Ausgeblendet wird dabei die vom Gesetzgeber gewählte Grundstruktur des Verfahrens¹¹ und die Funktion des jeweiligen Verfahrensabschnitts. So würde niemandem einfallen, das wie die Probation prognoseorientierte Zwischenverfahren mit dem Anspruch zu belasten, es gelte der vollständigen Ermittlung des wahren Sachverhalts.

⁸ OLG Zweibrücken GA 1963, 463 (465); OLG Frankfurt StV 1996, 138 (139); HansOLG Hamburg StV 2003, 229 (230) – vom *Jubilar* erreicht.

⁹ Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. 2024, § 369 Rn. 5; Schuster in Löwe-Rosenberg, 27. Aufl., § 369 Rn. 4; Schmidt in KK-StPO, 8. Aufl., § 369 Rn. 2; Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. III, S. 144 f.; a.A. Eschelbach in KMR, § 369 Rn. 3; Tiemann in KK-StPO, 9. Aufl., § 369 Rn. 2b („*unhaltbar*“); Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl., Rn. 369 f.

¹⁰ OLG Frankfurt a.a.O. (Fn. 8).

¹¹ BVerfGE 86, 288 (318) m. Hw. auf BVerfGE 57, 250 (276); 70, 297 (309).

Wie *Eschelbach* überzeugend darlegt, verträgt sich weder die Missachtung des Verfügungsrechts des Antragstellers über den Gegenstand der Beweisaufnahme vor der Erneuerung der Hauptverhandlung durch das selektive Erheben zusätzlicher, nicht beigebrachter Gegenbeweise mit der Struktur der Wiederaufnahme noch kann eine in die Probation vorverlagerte Aufklärungspflicht die Wahrheitsfindung gewährleisten. Dass es sich so verhalte, zeige sich namentlich an komplexen Beweisfragen wie der Kontroverse zwischen verschiedenen Sachverständigen um die Bewertung von Anknüpfungstatsachen und die Methodik des Vorgehens.¹² Sollte es irgendwann doch einmal – anders als in dieser Sache – gelingen, das *Bundesverfassungsgericht* für den bei früherer Gelegenheit offen gelassenen Streit um „*Geltung und Umfang der Offizialmaxime im Probationsverfahren*“¹³ zu interessieren, so wäre zu erwarten, dass – nicht anders als beim Vorgriff des Wiederaufnahmegerichts auf die seiner Hauptverhandlung vorbehaltene Freiheit der Beweiswürdigung¹⁴ – auch in der Vorverlagerung der Aufklärungspflicht in die Probation eine Verletzung des Prozessgrundrechts des Verurteilten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) gesehen werden würde. Mit der Wortwahl des *Bundesverfassungsgerichts*: Nur die Regeln für die Hauptverhandlung bieten „*die größtmögliche Gewähr für die Erforschung der Wahrheit ebenso wie für die bestmögliche Verteidigung*“.¹⁵ Warum sich der Verurteilte mit dem Versuch einer Wahrheitsfindung minderer Art abfinden soll, wäre nicht vertretbar zu begründen.

¹² Siehe Fn. 8.

¹³ BVerfG StV 2003, 223, 224.

¹⁴ BVerfG NStZ 1995, 43, 44.

¹⁵ BVerfGE 74, 358, 374 f.; 86, 288, 318.

II.

„Unzutreffend“ nennt deshalb *Eschelbach*¹⁶ den Beschluss vom 23.1.2014¹⁷, mit dem das Oberlandesgericht Oldenburg nach einer misslungenen Probation dem dortigen Landgericht die neue Hauptverhandlung erspart hat. Zuvor hatte der Strafsenat auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten eine eigene Beweisaufnahme durchgeführt. Die Geschichte jenes Verfahrens müsste die Befürworter der in die Probation vorgezogenen Aufklärungspflicht anderen Sinnes werden lassen:

1.

Die Jugendkammer des Landgerichts Osnabrück hatte einen zur Zeit der Hauptverhandlung 23 Jahre alten unbestraften Familienvater wegen Vergewaltigung seiner Cousine in zwei Fällen, dabei in einem Fall in Tateinheit mit schwerem sexuellen Missbrauch eines Kindes und wegen sexuellen Missbrauchs einer Jugendlichen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.¹⁸ Der Schuldspruch beruhte auf den Bekundungen der Cousine in der Hauptverhandlung, einer von der Nebenklägerin mit ihrer Vertretung beauftragten Rechtsanwältin der Polizei übersandten schriftlichen Schilderung des angeblich Erlittenen und ihren Äußerungen gegenüber zu deren Inhalt als Zeugen vernommenen Dritten. Nach einem Teilerfolg seiner Revision hatte der neue Tatrichter einen der Vorwürfe gemäß § 154 Abs. 1 StPO erledigt und gegen den Angeklagten eine neue Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verhängt.

¹⁶ *Eschelbach* in KMR, § 369 Rn. 3.

¹⁷ Az. 1 Ws 239/13.

¹⁸ Az. 3 KLS 217 Js 19146 – 33/10.

2.

„Offenbart“ hatte sich die Nebenklägerin auf einer Klassenreise durch die nicht weiter konkretisierte Behauptung gegenüber einem Mitschüler im April 2010, vor etwa einem Jahr vergewaltigt worden zu sein. In einem weiteren Gespräch hatte sie diesem Zeugen den Namen des Cousins genannt und danach noch während der Reise zwei Klassenkameradinnen eingeweiht. Zwei Tage nach ihrer Rückkehr übermittelte sie dem Mitschüler eine SMS mit dem Inhalt *„Sag bitte nichts meiner ma sonst spring ich jetzt sofort runter“*, die sie nach ihrer späteren Darstellung von der Hügelschlucht, einem Ausflugsziel in der Nähe ihres Heimatortes, versandt haben wollte. Der Nachricht folgte einige Tage darauf eine weitere. Danach war sie allein auf dem Weg zu ihrem Cousin, um sich von diesem bei dem Entfernen eines Virus von ihrem Laptop helfen zu lassen und hätte *„Schiss“*. Wenige Stunden später ging bei jenem Zeugen eine neue SMS des vermeintlichen Opfers ein, diesmal mit der Information, *„er“* habe es *„schon wieder getan.“* Wieder zuhause angekommen warf die Nebenklägerin ihren Laptop auf den Boden, weigerte sich, Fragen ihrer Mutter über den Grund ihres Verhaltens zu beantworten und verließ das Haus.

Nach der Aussage des Mitschülers über ein Gespräch mit ihr wollte die Nebenklägerin ihren Eltern das ihr angeblich Angetane verschweigen, weil die Eltern ihr nicht glauben und sie nach dem befürchteten *„Krieg in der Familie“* wegschicken würden. Erst auf die Ankündigung des Klassenlehrers, andernfalls eigene Schritte zu unternehmen, und nach beharrlichen Nachfragen ihrer Mutter war sie lediglich zu wenigen Mitteilungen zu bewegen. Zunächst hatte sie nur den Bericht ihrer Freundin bestätigt, die von einem erzwungenen Geschlechtsverkehr gesprochen hatte, und gab auch später nur lückenhaft Auskunft. Dass es sich bei dem angeblichen Täter um ihren Cousin handelte, erfuhr ihre Mutter erst von dem Klassenlehrer. Vor der auf das Betreiben ihrer Eltern erstatteten Strafanzeige hatte sie auch ihrem Hausarzt nur erzählt, missbraucht worden zu sein.

Ein Vernehmungsversuch der Polizei war unergiebig geblieben. Für den Erstrichter ergab sich die trotzdem angenommene Konsistenz der Aussage der

Nebenklägerin aus deren Übereinstimmung mit dem Inhalt einer später von ihr unterzeichneten Sachverhaltsschilderung, die ihre Vertreterin im Ermittlungsverfahren der Polizei übersandt und in einem Begleitschreiben als „*wörtliche Aufnahme*“ des von ihrer Mandantin Berichteten ausgegeben hatte. Besonders beeindruckt war der Erstrichter vom Aussageverhalten der Nebenklägerin, die bei ihrer Aussage wiederholt innegehalten und ihr Gedächtnis geprüft hätte. Ob diese Prüfung dem bekundeten Tatgeschehen oder nur dem Inhalt der schriftlichen Schilderung galt, hat den Erstrichter nicht beschäftigt.

Das Unvermögen der Nebenklägerin, die festgestellten Taten schon bei ihrer polizeilichen Vernehmung zu schildern, erklärte sich der Erstrichter mit deren Bekundung, sie hätte sich damals „*mit den einzelnen Vorfällen noch nicht richtig auseinandergesetzt*“ und sei dazu erst wegen der inzwischen beim Kinderschutzbund durchgeführten Traumatherapie und den anschließenden, seit Dezember 2010 stattfindenden therapeutischen Einzelgesprächen mit einem Psychologen in Osnabrück imstande. Zu Gegenstand und Intensität dieser zur Zeit der ersten Hauptverhandlung noch andauernden Gespräche schweigen die Urteilsausführungen.

3.

Ein Sachverständigengutachten hat der Erstrichter nicht eingeholt. Die Traumatherapie ging auf die Überweisung des als Zeugen gehörten Hausarztes zurück, der bei der Nebenklägerin eine posttraumatische Belastungsreaktion diagnostiziert hatte. Nicht nur dieser Diagnose war der Erstrichter gefolgt: Auf dessen Aussage beruht auch die Gewissheit, im Zeitraum nach der ersten, im Jahre 2008 begangenen Tat hätte sich der Gesundheitszustand der Nebenklägerin verschlechtert. Die vom Erstrichter strafscharfend bedachten, auch von anderen Ärzten ohne Erfolg behandelten Beschwerden mit ungeklärter Ursache – Kopf- und Bauchschmerzen, Schwindel und Erschöpfung, depressive Anzeichen – hätten bis in das Jahr 2009 angehalten.

III.

1.

Nicht bloß wegen der laienhaft anmutenden,¹⁹ an nicht bestehende Erfahrungssätze über die Zuverlässigkeit so genannter Opferzeugen angelehnten Beweiswürdigung drängte sich die Vermutung auf, der Erstrichter könnte einem Fehlurteil erlegen sein: Sein Desinteresse an der Ursache der von der Nebenklägerin angegebenen und auch von anderen Ärzten als dem Hausarzt für behandlungsbedürftig gehaltenen gesundheitlichen Beschwerden legte nahe, mit einem Wiederaufnahmeantrag an die entsprechende, mit der gescheiterten Revision erhobene, auf § 261 StPO gestützten Verfahrensrüge anzuknüpfen:

Als neues Beweismittel brachte der Verurteilte das psychiatrische Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K. bei. Diesen hatte die für die Wiederaufnahme zuständige Jugendkammer des Landgerichts Oldenburg in dem ersten ihrer beiden früheren Wiederaufnahmeverfahren²⁰ in anderer Sache von Amts wegen für die Hauptverhandlung ausgewählt und war seinem Gutachten sowohl im Urteil gegen den Onkel der damaligen Nebenklägerin als auch in dem Beschluss gefolgt, mit dem sie deren zuvor von ihr bezichtigten Vater nach § 371 Abs. 2 StPO ebenfalls mit rehabilitierenden Gründen freigesprochen hatte.²¹

¹⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 09.02.2012 – 2 StR 316/11.

²⁰ Siehe LG Oldenburg, Urt. v. 14.12.2005 – 6 Kls 2/04, und Beschl. v. 02.10.2006 – 6 Kls 16/06.

²¹ Nicht nur als Wiederaufnahmegericht war die Jugendkammer mit derart gefahren-geneigten Beweislagen vertraut. Nachdem sie sich später in wieder anderer Sache auch selbst mit der Vernehmung der Therapeutin der Nebenklägerin als Zeugin begnügt und für genügend sachkundig gehalten hatte, überstand ihr Urteil zwar die Revision, nicht aber die Wiederaufnahme: Nach der Probation wurde der Verurteilte durch Beschluss gemäß § 371 Abs. 2 StPO freigesprochen. Beigebracht

Im Rahmen der Vorbereitung des Antrags war die Nebenklägerin über ihre Vertreterin durch den *Verfasser* als Verteidiger gefragt worden, ob sie sich von dem Sachverständigen explorieren lassen wollte. Die Frage blieb unbeantwortet, weshalb der Sachverständige die für sein Gutachten benötigten Anknüpfungstatsachen den ihm übersandten Verfahrensakten zu entnehmen hatte. Für den relevanten Zeitraum fand Prof. Dr. K. bei der Nebenklägerin deutliche Anhaltspunkte für eine Pubertätskrise im Sinne einer Anpassungsstörung mit emotionalen Störungen und Störungen des Sozialverhaltens (ICD-10: F43.25) – ein Befund, der mit dem Unvermögen einhergehe, Kränkungen und Zurückweisungen angemessen zu verarbeiten, und zu impulsiven, aggressiven Reaktionen und manipulativem Verhalten führen könne. Wegen des dadurch erhöhten Risikos von ihr erhobener Falschbeschuldigungen empfahl der Sachverständige eine eigenständige Abklärung ohne einengende kausale Vorannahme wie die, das auffällige Verhalten der Nebenklägerin belege eine posttraumatische Störung. Die Jugendkammer hielt das Sachverständigengutachten für kein neues Beweismittel und verwarf den Wiederaufnahmeantrag auch deshalb als unzulässig, weil der Erstrichter seiner Aufklärungspflicht nachgekommen sei. Auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten hob das Oberlandesgericht den Beschluss auf und ließ die Wiederaufnahme zu.

2.

Nachdem die Nebenklägervertreterin auf die schriftliche Anfrage des Vorsitzenden erklärt hatte, ihre Mandantin werde sich von dem psychiatrischen Sachverständigen explorieren lassen, war ihr Mandat beendet. An ihrer Stelle legitimierte sich ein männlicher Rechtsanwalt, widerrief das Einverständnis, teilte mit, die Nebenklägerin sei zur Mitwirkung an der Untersuchung durch

hatte der Verurteilte Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. K. und Prof. Dr. St. (LG Osnabrück, Beschl. v. 03.09.2009 – 3 AR 103 Js 3479/04).

eine männliche Person nicht bereit, und verlangte, statt eines *psychiatrischen* ein *aussagepsychologisches* Gutachten in Auftrag zu geben.

Nur mit der ersten dieser beiden Forderungen setzte sich der neue Nebenklägervertreter durch. Die Jugendkammer nahm ihren dem Sachverständigen Prof. Dr. K. erteilten Gutachtenauftrag für die Probation zurück und betraute eine in der forensischen Abteilung einer psychiatrischen Klinik in ihrem Bezirk als Oberärztin tätige Jugendpsychiaterin mit dem Gutachten für die Probation. Begründet wurde diese Entscheidung mit der dem Wiederaufnahmegericht vermeintlich schon in diesem Verfahrensabschnitt obliegenden Aufklärungspflicht. Erst auf die Gegenvorstellungen des Verteidigers stellte der Strafkammervorsitzende nach Beratung in der Kammer klar, auch der von dem Verurteilten „*als Beweismittel benannte*“ Sachverständige werde zum Beweistermin geladen werden und mündlich zu hören sein.

Die von der Jugendkammer beauftragte Sachverständige war mit dem Gutachten überfordert. Ihre nicht dokumentierte Exploration hatte sie im Beisein der Eltern der Nebenklägerin vorgenommen und den Verfahrensstoff nur teilweise verarbeitet. Bei ihrer Befragung war sie außerstande, das Verarbeitungsdefizit zu beheben. Weil die Jugendkammer entgegen § 369 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 224 Abs. 1 Satz 3 StPO die Aufnahme eines Inhaltsprotokolls abgelehnt hatte, erschien es dem *Verfasser* ratsam, den Sachverständigen Prof. Dr. K. vorsorglich um eine Zusammenfassung des bei seiner Vernehmung Ausgeführten zu bitten. Auch die Aktenkundigkeit seiner mündlichen Darlegungen in der Beweisaufnahme hinderte die Jugendkammer nicht, seinem Gutachten auch durch dessen entstellende Wiedergabe auszuweichen, den insuffizienten Ausführungen der eigenen Sachverständigen zu folgen und die Wiederaufnahme für unbegründet zu halten.

3.

Auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten wiederholte das Oberlandesgericht die Probation und beschränkte diese abermals nicht auf die Prüfung der

angetretenen Beweise, sondern beauftragte eine weitere Sachverständige mit dem Gutachten. Diese hielt die erstmalige Schilderung der vermeintlichen sexuellen Misshandlungen und den dadurch ausgelösten Druck, über die Ereignisse berichten zu müssen, für den auslösenden Anlass der von ihr angenommenen Anpassungsstörung mit Störung der Emotionen (ICD- 10: F43.23), deren Dauer jedoch auf den Zeitraum ihrer ersten Mitteilungen beschränkt gewesen sei, riet jedoch ebenfalls, den Realitätsgehalt dieser Angaben mit einem aussagepsychologischen Gutachten zu klären.

Der Empfehlung der beiden Sachverständigen folgte der Strafsenat nicht, sah die beigebrachte Tatsache als ungeeignet an und verwarf den Wiederaufnahmeantrag als unbegründet, weil der Erstrichter nur auf die Angaben der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung abgestellt habe, während die Nebenklägerin nach dem Ergebnis der Probation aussagetüchtig gewesen sei. Ob sich deren frühere Äußerungen auf den Inhalt ihrer Angaben in der Hauptverhandlung ausgewirkt haben konnten, hat das Oberlandesgericht nicht erkennbar beschäftigt. Den Sachverständigen Prof. Dr. K. hatte der Strafsenat ursprünglich nicht einmal hören wollen und auch damit deutlich gemacht, dass die Vorverlagerung der Aufklärungspflicht in das Probationsverfahren nicht etwa zugunsten des Verurteilten wirken sollte.

Als die Verfassungsbeschwerde des Verurteilten nicht zur Entscheidung angenommen wurde,²² war der Verurteilte nach der Vollstreckung von zwei Dritteln der verhängten Strafe, die er als „Tatleugner“ im geschlossenen Vollzug ohne Lockerungen verbracht hatte, wieder auf freiem Fuß.

4.

Schon während der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hatte sich abgezeichnet, dass ein etwaiges Scheitern des Wiederaufnahmeantrages

²² BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 434/14.

nicht das letzte Wort bleiben würde. Aus den während der Probation dem Landgericht Oldenburg durch den Hausarzt der Nebenklägerin übersandten Krankenakten der Nebenklägerin ergab sich, dass deren unspezifische Befindlichkeitsstörungen, die der Erstrichter aufgrund der Bekundungen jenes Hausarztes für von dem Verurteilten durch die festgestellten Taten verursacht gehalten hatte, erstmals im Alter von neun Jahre aufgetreten waren. Diese Tatsache hatte der als Zeuge vernommene Hausarzt dem Erstrichter verschwiegen. Deshalb bot sich nicht nur deren Beibringung, sondern auch die der sie belegenden Krankenakten als i.S.v. § 359 Nr. 5 StPO neu und geeignet an.

Dazu hatte die vom Oberlandesgericht für dessen Beweisaufnahme beauftragte jugendpsychiatrische Sachverständige bei der Vorbereitung ihres Gutachtens von der früheren Frauenärztin der Nebenklägerin ihre Patientin betreffende Behandlungsunterlagen erhalten. Aus diesen ging hervor, dass die Nebenklägerin am 29.10.2009, im Jahr *nach* der ersten festgestellten, mit einer gewaltsamen Penetration verbundenen, Tat noch Jungfrau gewesen war. Beigebracht wurde mit dem neuen Wiederaufnahmeantrag die Zeugenaussage der Gynäkologin, von der die Nebenklägerin damals behandelt und deren Entbindung von der beruflichen Verschwiegenheitspflicht nicht widerrufen worden war, eine deren Befund belegende Patientenkarteikarte und das rechtsmedizinische Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. B., demzufolge sich die Erhaltung des Hymens mit den Feststellungen des Erstrichters zum angenommenen Hergang der ersten Tat nicht vereinbaren ließ.

5.

Ihren Beschluss, mit dem sie die Zulässigkeit des darin als Gesuch bezeichneten Wiederaufnahmeantrags aussprach, stützte die schon mit dem früheren Antrag befasste Jugendkammer nur auf diejenigen Nova, mit denen die Unvereinbarkeit des beigebrachten gynäkologischen Befundes mit den Feststellungen des Erstrichters bewiesen werden sollte. Zugleich mit der Zulassung der Wiederaufnahme beauftragte die Jugendkammer abermals einen anderen als den beigebrachten rechtsmedizinischen Sachverständigen, diesmal mit der

Begründung, etwaige „Befangenheitsvorwürfe“ sollten vermieden werden. Dankbar griff der ohne rechtliches Gehör für den Verurteilten ausgewählte Sachverständige diesen Hinweis in dem auch ihm übermittelten Zulassungsbeschluss auf, wies auf seine Verhinderung während der nächsten drei Monate hin, bat um die Prüfung von „Befangenheitsbedenken“, weil Prof. Dr. B. sein früherer „Chef“ sei, und empfahl als Alternative die Beauftragung der im Institut für Rechtsmedizin der Medizinischen Hochschule Hannover tätigen und dem von diesem Institut initiierten Netzwerk *ProBeweis* angehörenden Prof. Dr. D., deren Beauftragung die Jugendkammer nach der Gewährung rechtlichen Gehörs für den Verurteilten beschloss.

In der neuen – anders als aus Anlass des ersten Wiederaufnahmeantrags, vom Oberlandesgericht gebilligt²³ – protokollierten Beweisaufnahme kam die von der Jugendkammer ausgewählte Sachverständige als erste zu Wort und hielt die durch den gynäkologischen Befund und die Aussage der Gynäkologin belegte Erhaltung des Hymens der Nebenklägerin mit den Feststellungen einer vorausgegangenen, durch Gewaltanwendung herbeigeführten Penetration für vereinbar, weil eine Verletzung des Hymens durch Geschlechtsverkehr „nicht zwingend“ und eine Heilung „möglich“ sei. Gestützt war ihr Standpunkt auf eine Studie von 36 schwangeren Mädchen, von denen 20 Opfer eines nicht näher beschriebenen sexuellen Missbrauchs geworden sein sollten,²⁴ einen ihr ebenfalls nur aus der Literatur bekannten Fall eines 12 Jahre alten Mädchens, das 209 nur durch Eintragungen in ihr Tagebuch bestätigte Fälle peniler

²³ Ablehnend *Eschelbach* in KMR § 369 Rn. 26.

²⁴ *Kellog/Menard/Santos*, Genital Anatomy in Pregnant Adolescents: ‚Normal‘ Does Not Mean ‚Nothing Happened‘, *Pediatrics* 2004; 113; e67 – zur Rolle *Kellogs* beim Zustandekommen des Urteils gegen Frank Navarrijo siehe *The Daily San Antonio Current* v. 21.02.2013 und im Verfahren gegen die ‚San Antonio Four‘ siehe *The New York Times – Texas Tribune* v. 17.11.2012.

Penetration durch den Stiefbruder geschildert habe, schließlich auf die eigene Untersuchung eines Kindes, bei dem „*es eine blutende Verletzung gegeben haben soll*“.²⁵

Der Sachverständige Prof. Dr. B. sprach den von der Sachverständigen Prof. Dr. D. angeführten Fällen unter Hinweis auf die von den beigebrachten Nova nicht betroffenen Feststellungen des Erstrichters zur Art der Gewaltanwendung die Eignung ab, sein Gutachten in Frage zu stellen, weil mangels Kooperation der Nebenklägerin nicht nur eine Verletzung ihres Hymens, sondern das Zurückbleiben von Narben zu erwarten gewesen sei.

Die Jugendkammer hielt das Wiederaufnahmevorbringen für nicht genügend bestätigt und verwarf den Antrag des Verurteilten als unbegründet: Selbst wenn die Studie zu den 36 schwangeren Frauen und der Bericht zu dem betroffenen 12-jährigen Mädchen jeweils hinreichend sichere Erkenntnisse für eine gewaltsame Penetration vermissen ließen, bleibe jedenfalls der Fall zu berücksichtigen, den die Sachverständige aus eigener Wahrnehmung berichten könnte und bei dem eine Heilung eines verletzten Hymens zu beobachten gewesen sei.

Nicht zu beeindrucken war die Jugendkammer durch den Hinweis, dass die nicht nur von der Sachverständigen Dr. D., sondern schon früher vom Institut für Rechtsmedizin der Medizinischen Hochschule Hannover vertretene Ansicht, eine gegen den Willen des Opfers und mit Gewalt vorgenommene Penetration hätte keine bleibende Verletzung des Hymens zur Folge, dem später im Wiederaufnahmeverfahren rehabilitierend freigesprochenen *Ralf Witte* zum Verhängnis geworden war. Das Landgericht Lüneburg fand, der Sachverständige Dr. B. habe „*überzeugend dargelegt, dass auch aus der rechtsmedizinischen Begutachtung des Erstverfahrens belastende Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten nicht*

²⁵ Hervorhebung hier.

*gezogen werden können. Die Erstbegutachtung sei fehlerhaft, unvollständig und in ihren Schlussfolgerungen nicht nachvollziehbar.*²⁶

Der durch die hausärztlichen Behandlungsunterlagen belegte Beginn der gesundheitlichen Beschwerden bereits im zehnten Lebensjahr der Nebenklägerin hielt die Jugendkammer für bedeutungslos, weil diese nur beim Strafmaß zuungunsten des Verurteilten bedacht worden seien. Unter Verkennung der Doppelrelevanz dieser Tatsache hatte auch der Generalbundesanwalt die deshalb erhobene sachlich-rechtliche Einzelbeanstandung der Revision abgetan.

6.

Auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten hielt schon der Generalstaatsanwalt die Feststellungen des Erstrichters für dermaßen erschüttert, dass genügender Anlass zur Erneuerung der Hauptverhandlung bestehe: Der Widerspruch zwischen der Aussage der Nebenklägerin und dem späteren frauenärztlichen Befund sei so eklatant auffällig, dass der Erstrichter, zumal vor dem Hintergrund der zögerlichen Aussageentstehung, ohne die Einbeziehung des Befundes keine lückenlose Gesamtwürdigung hätte anstellen können. Diese Auffassung machte sich das Oberlandesgericht zu eigen, hob durch Beschluss vom 30.01.2020 die Entscheidung der Jugendkammer auf und erneuerte die Hauptverhandlung.

IV.

1.

Die Beschlussgründe schließen mit der Erörterung der mit der sofortigen Beschwerde nicht verlangten, von dem Strafsenat aber offenbar erwogenen analogen Anwendung von § 210 Abs. 3 StPO durch die Verweisung der Sache an

²⁶ Landgericht Lüneburg, Urt. v. 08.09.2010 – 20 KLS 1304 Js 10340/09 (5/09), S. 13.

eine andere Jugendkammer als die bisher mit dem Verfahren befasste: „Der Senat hat keinen Zweifel, dass die Jugendkammer sich darüber im Klaren ist, dass im Rahmen der nunmehr durchzuführenden Hauptverhandlung alle zu erhebenden Beweise neu und im Zusammenhang zu würdigen sein werden und dass sie dieser Einsicht gemäß handeln wird.“²⁷

2.

Dass sie dazu am Ende in der Lage war, hat die Jugendkammer dem Nebenklägervertreter zu verdanken. Dieser war der beabsichtigten Auswahl einer anscheinend von der Kammer geschätzten Sachverständigen für die Erstattung des aussagepsychologischen Gutachtens nicht nur wie die Verteidigung mit dem Hinweis entgegengetreten, diese „im Familienrecht in Bremen und Umgebung“ tätige Diplom-Psychologin sei bisher nicht nachprüfbar in nennenswertem Umfang mit dem Erstellen aussagepsychologischer Gutachten befasst gewesen: Ausschlaggebend war für die Jugendkammer wiederum die Ankündigung, die Nebenklägerin würde sich von dieser Sachverständigen nicht explorieren lassen. Der Widerstand führte zur Betrauung der Sachverständigen Prof. Dr. G. mit dem Gutachten.

Diese Sachverständige gelangte zu dem für den Erstrichter vorhersehbaren Ergebnis, bei der Rekonstruktion der Aussagegenese und Aussageentstehung ergebe sich eine *Multiproblemmkonstellation*, die einen Beleg der Eigenständigkeit und Zuverlässigkeit ihrer vormaligen Bekundungen der Zeugin nicht erlaube. Deren erste Befragung sei unter massivem Erwartungs- und Konformitätsdruck ihres engsten sozialen Umfeldes und gegen ihren persönlichen Willen zustande gekommen und Angaben zu den relevanten Aussagekomplexen bei massivem Aussagewiderstand ausschließlich auf geschlossene Suggestivfragen erfolgt, weshalb die Mindestanforderungen an eine forensische Aussage nicht erfüllt seien. Die Aussage bei der Nebenklägervertreterin falle in eine

²⁷ OLG Oldenburg, Beschl. v. 30.01.2020 – 1 Ws 246/19.

besonders vulnerable biographische Phase, in der die Anfälligkeit der Zeugin für bewusste wie für nicht-intentionale Aussageverfälschungen, Suggestionen, Umdeutungen und Aggravationen, deutlich erhöht gewesen sei. Nicht ansatzweise erfülle der von der Rechtsanwältin während der Ermittlungen eingereichte, zusammenfassende Aussagebericht die unter solchen besonderen Umständen nötige transparente Dokumentation der Fragen und Angaben, zumal die behauptete „wortwörtliche“ Aufnahme des von der Zeugin Berichteten deren „*habituell impressionistische[m] Ausdrucksstil*“ nicht entspreche. Wie die Angaben der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung zustande gekommen seien, lasse sich mangels ausreichender Dokumentation nicht rekonstruieren. Damit gebe es keine beurteilbare Aussageleistung der Zeugin, auf deren Basis eine methodisch zuverlässige aussagepsychologische Bewertung des Erlebnisgehalts ihrer Aussage möglich wäre. In der Untersuchungssituation seien die Angaben der Zeugin derart vage, unbestimmt und lückenhaft gewesen, dass die an eine forensische Aussage zu stellenden Mindestanforderungen nicht erreicht würden und keine merkmalsorientierte Aussageanalyse möglich gewesen sei. Nach allem sei nicht retrospektiv festzustellen, ob die Aussage „*auf tatsächlichem Erleben oder intern generierten Vorstellungsbildern oder externen Einflüssen aus Befragungen/Gesprächen mit Dritten oder einer Mischung von alldem basiert.*“

3.

Nach dem Eingang des Gutachtens beantragte der Verurteilte seine sofortige Freisprechung unter Aufhebung des Ersturteils durch Beschluss nach § 371 Abs. 2 StPO. Nachdem die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung erklärt hatte und der Nebenklägervertreter dieser Verfahrenserledigung nicht entgegengetreten war, erging der entsprechende Beschluss.²⁸ Dessen Gründen zufolge

²⁸ Landgericht Oldenburg, Beschl. v. 23.06.2022 – 6 KLs 511 Js 64531/16 (1/20), vorgehend 3 KLs 217 Js 19146/10 (33/10); LG Osnabrück 10 KLs 217 Js 19146/10 (40/11); LG Osnabrück 6 AR 640 Js 13953/12 (1/12); LG Oldenburg 6 AR 511 Js 64531/16.

teilt die Jugendkammer „die Einschätzung der Sachverständigen, dass gravierende Besonderheiten in der Aussagegenese und -entstehung bestehen, so dass aus heutiger Sicht die Hypothese einer fremd- oder autosuggestiven Verfälschung etwaiger Erlebniserinnerungen bis hin zur Ausbildung von Scheinerinnerungen (Suggestionshypothese) nicht zurückzuweisen“ sei und es „nicht zuletzt aus Opferschutzgründen“ keiner Erneuerung der Hauptverhandlung bedürfe.²⁹

C.

Die von *Strate* beobachtete Verteidigung des Ersturteils „mit Zähnen und Klauen“³⁰ durch das Wiederaufnahmegericht trifft hier noch nach dessen Aufhebung mit der eigenen Verteidigung zusammen und wirft die Frage nach den Motiven auf. Nicht von der Hand zu weisen ist der Verdacht, die nach der jeweiligen Adition praeter legem gewonnene Überzeugung von der vermeintlichen Schuld des Verurteilten könnte die Jugendkammer – und das Oberlandesgericht bei seiner zweiten Anrufung – zum Überspannen der Anforderungen an die Begründetheit der Wiederaufnahme verleitet haben. Für dies Motiv der Jugendkammer spricht der Hinweis im freisprechenden Beschluss auf den Opferschutz, der wie sonst nicht dem Schutz des Justizopfers gelten sollte.

Auch die durch ihr soziales Umfeld und ihre frühere Vertreterin in den Aussagenotstand getriebene Nebenklägerin wäre durch eine Hauptverhandlung nicht bloßgestellt worden. Deren frühe Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO in ausnahmsweise vollem Umfang aufgrund der Gefahr, wegen in mittelbarer Täterschaft begangener schwerer Freiheitsberaubung belangt zu werden, hätte ihr schon die Ladung zur Vernehmung als Zeugin erspart.³¹ Vor der Ausbreitung der Umstände, die zu ihren Angaben

²⁹ A.a.O. (Fn. 28), S. 11 – Hervorhebung hier.

³⁰ *Strate* in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl., § 28 Rn. 5.

³¹ Siehe BGHSt 43, 321, 325 f.

geführt hatten, in öffentlicher Sitzung wäre sie durch § 171b Abs. 3 GVG geschützt worden. Anlass, die Hauptverhandlung zu fürchten, hatte allein die Jugendkammer selbst: Zwar wäre wegen der offensichtlichen Entlastung des Angeklagten nicht mit einer Verhandlungsdauer von mehr als zehn Tagen und deshalb mit keiner auf § 243 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützten Verteidigererklärung vor der Vernehmung des Angeklagten zu rechnen gewesen. Die Gelegenheit, den Schöffen das bisherige Verfahren der Kammer in geeigneter Weise vorzustellen, hätte sich aber bestimmt gefunden.