

Schriften zum Strafrecht

Band 335

Für die Sache Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive

Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag

Herausgegeben von

Ingke Goeckenjan, Jens Puschke und
Tobias Singelnstein

Duncker & Humblot · Berlin 2019

„Das Fehlurteil gibt es nicht“ – gibt es doch!

Von *Stephan Barton*

I. Ausgangspunkte

Seit jeher haben Justizirrtümer die Gesellschaft beschäftigt;¹ auch aktuell rufen sie immer wieder enormes mediales Echo hervor.² Jeder hat schon von Fehlurteilen gehört und wir alle meinen zu wissen, was wir uns darunter vorzustellen haben.

Angesichts dessen erscheint es höchst bemerkenswert, geradezu paradox, wenn Kotsoglou dieser vermeintlichen Gewissheit in der *Juristenzeitung* eine deutliche Abfuhr erteilt. Unter der bezeichnenden Überschrift „Das Fehlurteil gibt es nicht“ führt er aus, dass alle Anstrengungen, ein Fehlurteil überhaupt als solches feststellen zu wollen, aus epistemologischen Gründen zum Scheitern verurteilt seien.³ Es sei zirkulär, von einem konkreten Fehlurteil zu sprechen. Denn „nach h.M.“, so Kotsoglou, sei ein Fehlurteil „ein Urteil, welches auf einer *Fehlvorstellung* des Entscheidenden über die Wirklichkeit beruht“; die Definition setze dabei aber voraus, dass allgemein bekannt sei, was wirklich geschehen ist.⁴ Diese Kenntnis zu erlangen sei aber unmöglich. Eine abstrakte Möglichkeit von Fehlurteilen sei zwar gegeben – solche seien im Strafverfahren gewissermaßen notgedrungen einkalkuliert.⁵ Aber „die Möglichkeit von Fehlurteilen (*Plural*) ist eine Sache; die Diagnose, dass wir mit einem konkreten Fehlurteil zu tun haben [...], allerdings eine andere.“⁶

¹ Vgl. dazu aus dem deutschen Schrifttum: *Löffler*, Die Opfer mangelhafter Justiz, 1868; *Sello*, Die Irrtümer der Justiz und ihre Ursachen, 1911; *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913; *Hellwig*, Justizirrtümer, 1914; *Peters*, Zeugenlüge und Prozeßausgang, 1939; *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozeß, 1960; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, 3 Bände, 1970, 1972, 1974.

² Als Fehlurteilsbeispiele werden für Deutschland insbesondere die Fälle „Bauer Rupp“, „Lehrer Horst Arnold“, „Harry Wörz“ und „Gustl Mollath“ diskutiert; daneben auch die Fälle „Ulvi Kulac“, „Monika de Montgazon“ und „Heinz-Dieter Gill“. Hinsichtlich amerikanischer Fälle vgl. die Fundstellen bei *Köbel*, in: Barton/Dubelaar/Köbel/Lindemann (Hrsg.), Vom hochgemuten voreiligen Griff nach der Wahrheit, 2018, S. 31 (39).

³ *Kotsoglou*, JZ 2017, 123 (125 ff.).

⁴ *Kotsoglou*, JZ 2017, 123 (126); Hervorhebung wurde übernommen.

⁵ *Kotsoglou*, JZ 2017, 123 (129).

⁶ *Kotsoglou*, JZ 2017, 123 (129); Hervorhebung wurde übernommen. Logischerweise muss allerdings das, was es im Plural gibt, auch im Singular existieren. Insofern würde die Überschrift „Die Feststellung des Fehlurteils gibt es nicht“ zur These *Kotsoglous* besser passen.

Wie kann es dann aber sein, dass einerseits konkrete Justizfehler in journalistischen Beiträgen für breite Aufregung sorgen⁷ und sich in letzter Zeit auch die Wissenschaft verstärkt in Publikationen und auf Fachtagungen⁸ der Problematik von Fehlurteilen zugewandt hat – auf letzteren bestand weitgehende Einstimmigkeit darüber, dass das vorliegende erfahrungswissenschaftliche Wissen zu Ausmaß und Ursachen von Fehlurteilen als höchst defizitär anzusehen ist und daraus folgend wurden aktuelle erfahrungswissenschaftliche Studien gefordert –, wenn andererseits Fehlurteile bloß ein Hirngespinnst sein sollen? Müssen wir uns von der Suche nach einem Fehlurteilsbegriff verabschieden und damit auch die empirische Forschung zu Fehlurteilen einstellen anstatt sie auszuweiten, weil alle Bemühungen vergebens wären?

Ich möchte nachfolgend zeigen, dass sich die Realität auch anders darstellen kann, als Kotsoglou sie zeichnet. Wahrheit ist immer eine Frage des Blickwinkels. Aus diesem Grund möchte ich mich zunächst dem Begriff des Fehlurteils zuwenden. Aussagen zur Häufigkeit von Fehlurteilen schwanken zwischen 0,0018 und 25 Prozent.⁹ Neben divergenten Vorstellungen über das Zustandekommen von Fehlurteilen ist anzunehmen, dass auch die fehlende Harmonisierung des zugrundeliegenden Begriffs maßgebliche Ursache für dieses Auseinanderklaffen ist. Das Abstecken der Ecksteine des Fehlurteilsbegriffs ist daher essentiell und im Folgenden werden zunächst die relevanten Komponenten und Dimensionen beleuchtet, die bei dieser Betrachtung von Bedeutung sind. Aus diesen verschiedenen relevanten Komponenten wird in der Folge eine Fehlurteilsvariante besonders hervorgehoben, die hier als ein Fall eines *faktischen* Fehlurteils firmieren soll und eine Teilmenge des Fehlurteilsbegriffs insgesamt ist. In einer interdisziplinären Betrachtung wird dann gezeigt, dass eine Identifikation von konkreten Fehlurteilen möglich ist, ohne in der Lage sein zu müssen, den historischen Sachverhalt tatsächlich präzise zu rekonstruieren. Dadurch

⁷ Zu nennen sind hier insbesondere *Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes, 2007; *Darnstädt*, Der Richter und sein Opfer, 2013.

⁸ So widmeten sich im zweiten Halbjahr von 2017 gleich mehrere Fachtagungen diesem Thema, nämlich die Veranstalter von „Psychologie im Strafverfahren“ am 11./12.8. in Bad Saarow; die „6. Bielefelder Verfahrenstage“ am 23./24.11. und der Verein „Deutsche Strafverteidiger“ am 30.11./1.12. in Berlin.

⁹ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 2 und 913 weist auf methodische Probleme hin, den Anteil von Fehlurteilen zu berechnen, geht aber davon aus, dass falsche Freisprüche oder Verurteilungen nicht nur Ausnahmen darstellen. *Böhme* errechnet eine Quote von 0,0018 % – bezogen auf 13 Fälle von zuerkannter Strafrechtsentschädigung für das Jahr 2013; vgl. *Böhme*, in: Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, 2016, S. 39 (53). *Eschelbach*, BeckOK StPO, 20. Ed. 15. 1. 2015, § 261 Rn. 63.2 sieht Fehlurteile bei „streitigen Strafsachen in Deutschland [...] unter Abzug eines Sicherheitsabschlags grob geschätzt bei einem Viertel liegen“; in späteren Editionen wurde das etwas weicher formuliert, er siedelt Fehlurteile aber weiterhin im „zweiziffrigen Prozentbereich“ an; vgl. *Eschelbach*, BeckOK StPO, 29. Ed. 1. 1. 2018, § 261 Rn. 67.5. Dazwischenliegende Schätzungen stammen von *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Wiederaufnahme in Strafsachen, 2016, Rn. 95 (zwischen 9 und 14 % bezogen auf den irreversiblen Bereich) und *Jehle*, FPPK 2013, 220 (227) (0,4 bzw. 0,5 %).

werden der Wert des öffentlichen Diskurses und auch die Notwendigkeit weiterer empirischer Forschung über die Fehlurteilsproblematik verdeutlicht.

II. Fehlurteile: Dimensionen, Komponenten und Begriffe

Zunächst geht es also darum, was inhaltlich unter einem Fehlurteil verstanden wird. Primäres Ziel dieses Abschnitts ist es allerdings nicht, wertend den „einzig richtigen“ Fehlurteilsbegriff zu definieren, sondern das zugrundeliegende Koordinatensystem zu betrachten. Es geht also um die verschiedenen Komponenten und Dimensionen von Fehlurteilen und damit verbunden um unterschiedliche Fehlurteilsbegriffe. Das Gesetz definiert jedenfalls nicht, was unter einem Fehlurteil zu verstehen ist – auch nicht im Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO), die sicherlich rechtssystematisch und rechtshistorisch gesehen der Korrektur von Fehlurteilen dienen soll.

1. Fehlurteil und Fehlentscheidung

Tatsächliche oder rechtliche Fehler sind bei allen Entscheidungen von Rechtspflegeorganen möglich, also bspw. bei Zwischen- (Anklagen, Eröffnungen von Hauptverfahren) oder Haftentscheidungen¹⁰ und keineswegs nur bei Urteilen. Fehlurteile bilden insofern eine Teilmenge der gesamten Palette der Fehlentscheidungen; das sollte auch sprachlich-begrifflich berücksichtigt werden.¹¹ Auch wenn alle Fehlentscheidungen praktisch von Bedeutung und wissenschaftlich von Interesse sein können, wird nachfolgend wegen ihrer herausgehobenen Relevanz das Hauptaugenmerk den Fehlurteilen geschenkt.

2. Faktisches Fehlurteil

a) Naiv-intuitiver Fehlurteilsbegriff

Betrachten wir in diesem Zusammenhang zunächst das laienhaft-umgangssprachliche Verständnis. Laut Wikipedia stellt das Fehlurteil einen Unterfall eines Justizirrtums¹² dar, wobei hierunter in „der öffentlichen Wahrnehmung [...] eine strafrechtliche Verurteilung Unschuldiger verstanden“ wird.¹³ Zwei Elemente bilden

¹⁰ Vgl. dazu die Studie von *Kinzig* zu Freisprüchen nach erfolgter U-Haft, die als „Beifang“ auch Aussagen zu Fehlurteilen gestattet; *Kinzig*, in: Barton/Dubelaar/Köbel/Lindemann (Hrsg.), Vom hochgemuten voreiligen Griff nach der Wahrheit, 2018, S. 81.

¹¹ Vgl. dazu *Jehle*, FPPK 2013, 220 (222) zu Fehlurteilen und Fehlentscheidungen.

¹² Zum Justizirrtum vgl. *Theobald*, Barrieren im strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren, 1998, S. 7 f.

¹³ Wikipedia, Stichwort „Justizirrtum“ (zuletzt angesehen am 15.6.2018).

hier also das Rückgrat dieses Fehltrteilsbegriffs, nämlich erstens eine strafrechtliche Verurteilung, die zweitens einen Unschuldigen trifft.

Aber nicht nur Laien, auch ausgewiesene Fachleute folgen diesem Fehltrteilsbegriff, der nur Fehltrteile zum Nachteil des Beschuldigten kennt. So geht der Strafverteidiger und renommierte Wiederaufnahmeexperte Schwenn davon aus, dass auch „der Strafrurist“ von einem Fehltrteil dann spreche, „wenn der vermeintliche Täter die festgestellte Tat nicht begangen hat“,¹⁴ wenn es also zu einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung gekommen ist. Insoweit kann man von einem faktischen Fehltrteil sprechen.

b) Zugunsten und zuungunsten des Beschuldigten

Es ist fraglich, ob in diesen Fällen von einem Fehltrteil nur dann gesprochen werden kann, wenn der Beschuldigte wegen eines Sachverhalts verurteilt wird, der nicht der Realität entspricht, oder auch dann, wenn er freigesprochen wird, obwohl er den Straftatbestand tatsächlich erfüllt hat. Ein Fehltrteil zugunsten des Beschuldigten fällt nach dem oben genannten Begriffsverständnis nicht in den Kernbereich des Fehltrteils, was aus Sicht der Verteidigung eher nicht stört – in anderen Kreisen dagegen Verwunderung auslösen könnte. Da auch ein solches Urteil nicht auf wahren Tatsachen beruht, liegt es nahe, es als faktisches Fehltrteil zu bezeichnen. Maßgeblich ist, ob man bei der Bewertung lediglich an den historischen Sachverhalt anknüpft oder eine solche Sicht zu eng ist.¹⁵

c) Materielle vs. formelle Wahrheit und richterlicher Fehler

Abweichungen zwischen dem historischen und dem forensisch-prozessordnungsgemäß zustande gekommenen Sachverhalt sind durchaus möglich. Man denke an den Beschuldigten, zu dessen Gunsten ein Beweisverwertungsverbot greift oder der aufgrund des Zweifelsatzes freigesprochen wird.¹⁶ Ebenso kann das Gericht den Beschuldigten nicht der materiellen Wahrheit entsprechend verurteilen, wenn sich der Hauptbelastungszeuge dazu entschließt, von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen. Woran ist das Vorliegen eines Fehltrteils zu messen, wenn materielle Wahrheit und formell festgestellter Sacherhalt auseinanderfallen?

Die Rechtsprechung des BVerfG könnte den Eindruck erwecken, dass es für die Richtigkeit des Urteils allein auf die materielle Wahrheit ankomme: Die Ermittlung des wahren Sachverhalts sei ein zentrales Anliegen des Strafprozesses, ohne den das

¹⁴ Schwenn, FPPK 2013, 258.

¹⁵ Kölbl (Fn. 2), S. 31 (34) weist darauf hin, dass Fehltrteile zugunsten des Beschuldigten nicht unmittelbar mit rechtswidrigen Grundrechtseingriffen verbunden seien.

¹⁶ Im letztgenannten Fall liegt allerdings kein Widerspruch zwischen den festgestellten Tatsachen und der Wirklichkeit vor, da letztere nun gerade nicht verbindlich festgestellt wurde, wohl aber zwischen der faktischen Täterschaft und der nicht erfolgten Verurteilung.

materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden könne.¹⁷ Auch wenn aufgrund dieser Aussage die Wichtigkeit der Erforschung der materiellen Wahrheit deutlich wird, stellt diese nicht das einzige Ziel im Strafverfahren dar. Dem Beschuldigten müssen Tat und Schuld prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden.¹⁸ Das ordnungsgemäße Verfahren spielt demnach ebenso eine große Rolle und setzt der Suche nach der materiellen Wahrheit Grenzen. Dementsprechend weist auch der BGH darauf hin, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden dürfe.¹⁹ Aus der Rechtsprechung lässt sich daher nicht der Schluss ziehen, dass es für die Beantwortung der Frage nach einem Fehltrteil lediglich auf die materielle Wahrheit ankommt.

In der Literatur werden dagegen kontroverse Standpunkte vertreten: Geipel misst das Vorliegen eines Fehltrteils – übereinstimmend mit einem rein faktischen Fehltrteilsverständnis – lediglich an der materiellen Wahrheit. Und konsequent folgert er daraus, dass ein Urteil, welches mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt, immer ein Fehltrteil sei – „ggf. aber ein vom Gesetz akzeptiertes“.²⁰ Für ihn wäre der Freispruch eines materiell Schuldigen, der infolge des richtig angewandten Zweifelsgrundsatzes erfolgt, ein Fehltrteil, sei dies auch de lege artis ergangen.²¹ Pfister hält dagegen die historische Wahrheit für einen verfehlten Maßstab: „Das maßgebliche Kriterium kann nicht die an der historischen Wahrheit gemessene Unschuld oder Schuld eines Angeklagten sein.“²² Nach seiner Ansicht ist der prozessordnungsgemäß erfolgte Freispruch eines Schuldigen kein Fehltrteil. Böhme stimmt Pfister zu: Ein Sachverhalt sei „falsch (festgestellt), wenn er nicht auf der forensisch ermittelten Wahrheit basiert“.²³ Dieser formelle Wahrheitsansatz geht zu Recht davon aus, dass der prozessordnungsgemäß gewählte Weg nicht zu einem Fehltrteil führen kann. Die materielle Wahrheit kann für die Bewertung, ob ein Fehltrteil vorliegt, nicht der einzig richtige Maßstab sein. Im Extremfall könnte ansonsten ein Urteil, welches sich auf ein durch Folter erlangtes wahrheitsgemäßes Geständnis stützt, nicht als Fehltrteil qualifiziert werden. Dies liefe dem Grundrechtsschutz des Beschuldigten zuwider.

Doch auch die Orientierung am prozessordnungsgemäß festgestellten Sachverhalt kann nicht allein ausschlaggebend sein. Sie würde dazu führen, dass eine prozessordnungsgemäß erfolgte Verurteilung eines Unschuldigen kein Fehltrteil

¹⁷ BVerfGE 57, 250 (275); BVerfGE 133, 168 (199).

¹⁸ BVerfGE 133, 168 (199).

¹⁹ BGHSt 14, 358 (365).

²⁰ Geipel (Fn. 9), Rn. 64.

²¹ Geipel (Fn. 9), Rn. 65. Er verweist in diesem Zusammenhang auf die Legaldefinition des rechtswidrigen Verwaltungsaktes in § 44 SGB X, wonach ein solcher nicht nur gegeben sei, wenn das Recht unrichtig angewandt wurde, sondern auch, wenn „von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist“.

²² Pfister, FPPK 2013, 250 (253).

²³ Böhme (Fn. 9), S. 39 (45). Ein Fehltrteil ist laut Pfister aber auch dann zu bejahen, wenn ein Freispruch darauf gründe, dass das Gericht sich anbietende Beweise nicht erhoben habe.

wäre. Einen vorzugswürdigen Ausweg wählt Peters: Er stellt zwar primär auf die materielle Wahrheit ab, hält sie aber nicht immer für allein entscheidend. Peters differenziert dabei grundlegend zwischen Urteilen zugunsten und Urteilen zuungunsten des Verurteilten.²⁴ Ein Fehlurteil zuungunsten des Beschuldigten liege zum einen vor, wenn dieser unschuldig, zum anderen aber auch, wenn aufgrund rechtsstaatlich unzureichender Absicherung der Verurteilte nur wahrscheinlich oder sogar nur möglicherweise unschuldig ist. Von einem Fehlurteil zugunsten des Verurteilten sei dagegen nur dann auszugehen, wenn dieses aufgrund von Beweisverfälschung oder aufgrund eines fehlerhaften Verhaltens des Richters ergangen sei. Eine prozessuale Ordnungsgemäßheit kann daher gewissermaßen die Entstehung eines Fehlurteils zugunsten des Angeklagten blockieren.

Mit dem Wahrheitsproblem in gewisser Weise zusammenhängend und genauso kontrovers wird ferner die Frage behandelt, ob nur dann von einem Fehlurteil gesprochen werden darf, wenn ein richterlicher Fehler vorliegt, oder ein Fehlurteil auch ohne richterliches Verschulden denkbar ist. Für den Bundesrichter Pfister ist Voraussetzung für die Bejahung eines Fehlurteils ein „vorwerfbarer, wenn auch nicht notwendig vorsätzlicher Fehler des erkennenden Gerichts.“²⁵ Nach Geipel, dem es lediglich um die materielle Wahrheit als Maßstab geht, spielt es keine Rolle, ob dem Richter ein Fehler unterlaufen sei.²⁶

Dieser Streit muss hier nicht entschieden werden. Das Problem liegt nicht darin, den einen oder den anderen Fehlurteilsbegriff als den allein richtigen zu qualifizieren. Forschung dürfte in beiden Fällen möglich sein; aber gerade im Bereich des verschuldeten Fehlurteils erscheint jene besonders vielversprechend, um zukünftig Fehlerprävention in der Praxis zu ermöglichen. Denn es ist davon auszugehen, dass sich viele tatsächlich erfolgte Fehler vermeiden ließen.²⁷ Im Rahmen der Forschung zu vermeidbaren bzw. verschuldeten Fehlurteilen sollte aber nicht nur das gerichtliche Verschulden in den Fokus genommen werden, sondern auch Versäumnisse anderer Verursacher: Die Wurzeln von Fehlurteilen sind vielfach schon im Ermittlungsverfahren zu verorten. Diese Fehler pflanzen sich dann häufig im Hauptverfahren fort, wenn sie weder durch das Gericht noch durch die Verteidigung behoben werden.²⁸ Mit der Erwähnung des Verteidigers ist ein weiterer Verursacher genannt, dessen Aufgabe es ist, Fehlurteile zuungunsten seines Mandanten zu verhindern,²⁹ und der damit ebenso kausal für ein Ergebnis zu dessen Lasten wird. Eine Fehlurteilsforschung, die begrifflich zwischen diesen unterschiedlichen Verantwortungsbereichen

²⁴ Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 604f.

²⁵ Pfister, FPPK 2013, 250 (253); ihm folgt Böhme (Fn. 9), S. 39 (45): „Die entscheidende Frage ist also, ob dem Gericht [...] ein Fehler unterlaufen ist oder nicht.“

²⁶ Geipel (Fn. 9), Rn. 64.

²⁷ Vgl. Peters, Fehlerquellen Bd. 2 (Fn. 1), S. 77 ff.

²⁸ „Immer wieder stießen wir auf die Erkenntnis, daß weitgehend im Ermittlungsverfahren die Weichen auf das richtige oder falsche Urteil hin gestellt werden.“ So Peters, Fehlerquellen Bd. 2 (Fn. 1), S. 299.

²⁹ Treffend dazu BGH, NJW 1964, 2402.

differenziert und die Fehleranfälligkeit der jeweiligen Tätigkeiten deutlich macht, führt zu einem breit gefächerten Bewusstsein bei den verantwortlichen Akteuren vor und hinter der Richterbank und kann dazu beitragen, eine Kultur der Fehlervermeidung zu fördern.

3. Rechtliches Fehlurteil

Bisher ging es um Fehler hinsichtlich des tatsächlichen Sachverhalts. Es stellt sich die Frage, ob ein Fehlurteil nur aufgrund falscher Tatsachenfeststellungen oder auch durch Rechtsfehler entstehen kann. Um dies an einem Beispiel zu demonstrieren:

Wenn jemand wegen der Teilnahme an einem illegalen Straßenrennen, bei dem ein Mensch zu Tode gekommen ist, verurteilt wurde, an dem er gar nicht teilgenommen hat, liegt zweifellos ein falsche Tatsachenfeststellung vor; hier lässt sich ersichtlich leichter von einem Fehlurteil sprechen, als wenn es um die Frage geht, ob der richtig ermittelte Fahrer wegen fahrlässiger Tötung oder wegen Mordes zu verurteilen ist.³⁰ Noch weiter ausgedehnt wird ein möglicher Fehlurteilsbegriff, wenn man auch Fehler bei der Rechtsfolgenbestimmung für relevant ansieht, also bspw. ein Fehlurteil schon dann annimmt, wenn die Strafe wegen fahrlässiger Tötung zur Bewährung ausgesetzt wird, obwohl sie von Rechts wegen hätte vollstreckt werden müssen.³¹ Und noch heikler wird es, wenn man auch Verfahrensrechtsfehler zur Bestimmung für Fehlurteile heranzieht, also wenn bspw. der Fahrer in seiner polizeilichen Erstvernehmung nicht auf sein Schweigerecht hingewiesen wurde.³²

Der Wortlaut des Begriffs „Fehlurteil“ deutet allerdings darauf hin, dass grundsätzlich alle Fehler umfasst sind. Zudem dürfte auch der Forschungsbedarf über den engen tatsächlichen Bereich hinausgehen. Daher ist es sinnvoll, den Begriff des Fehlurteils als umfassenden Oberbegriff anzusehen, der sich sowohl in faktische Fehlurteile als auch in rechtliche Fehlurteile unterteilen lässt.

Im Bereich des rechtlichen Fehlurteils hat Fischer auf einen weiteren Aspekt aufmerksam gemacht, der von anderen Fehlurteilsforschern nicht gleichermaßen gesehen und diskutiert wird. Er bezieht sich auf die Frage, welches Recht im Falle einer Rechtsänderung für die Bewertung, ob es sich um ein Fehlurteil handelt, maßgeblich ist.³³ Er weist darauf hin, dass man Fehlurteile nicht ahistorisch bewerten dürfe. Er nennt dazu beispielhaft Verurteilungen aus früheren Jahrhunderten wegen Schadenszaubers, Buhlerei mit dem Teufel oder Gotteslästerung. Es sei unsinnig, diese Urteile nach heutigen Maßstäben zu messen und als Fehlurteile zu brandmarken.³⁴ Selbst

³⁰ Vgl. dazu BGH, NJW 2018, 1621 (Schwurgericht Berlin).

³¹ So jedenfalls BGH, NJW 2017, 3011 im Fall des LG Köln.

³² In diesem Sinn geht Neuhaus, in: Barton/Köbel/Lindemann (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015, S. 93 (104 ff.) wie selbstverständlich von einem Fehlurteil aus.

³³ Fischer, Warum lässt das Revisionsrecht Fehlurteile zu?, in: Barton/Dubelaar/Köbel/Lindemann (Hrsg.), Vom hochgemuten voreiligen Griff nach der Wahrheit, 2018, S. 263 (264 f.).

³⁴ Fischer (Fn. 33), S. 263 (264 f.).

wenn sich also später herausstellt, dass das zum Zeitpunkt der Tat geltende Recht rückblickend ungerecht oder unsinnig gewesen ist, sind Urteile, die sich an dem damals geltenden Recht orientiert haben, keine Fehlurteile. Die rechtliche Bewertung, die die Richter in diesem Fall vornehmen, hat der jeweiligen Gesetzeslage zu entsprechen; jene ist nach heutiger Sicht dem Gesetzlichkeitsprinzip (*nulla poena sine lege*) verpflichtet und rechtsstaatlich geboten.

Es stellt deshalb natürlich kein Fehlurteil dar, wenn der Tatrichter bezogen auf die Autorschaft-Fälle entsprechend dem Gesetzlichkeitsprinzip nicht wegen des neuen § 315d StGB verurteilt, wenn die Wettfahrt vor Inkrafttreten der neuen Norm erfolgte.

Zu einem solchen positivistischen Fehlurteilsbegriff gibt es keine sinnvolle Alternative; dieser Streitpunkt kann für die aktuelle Fehlurteilsforschung *ad acta* gelegt werden.

4. Rechtskraft

Viele verstehen unter Fehlurteilen offenbar nur rechtskräftige Urteile, andere dagegen ersichtlich auch noch anfechtbare Urteile.³⁵

Dass in beiden Fällen Fehler unterlaufen sind, steht außer Frage. Man könnte argumentieren, dass nur rechtskräftige Urteile vom Fehlurteilsbegriff umfasst sind, da sie aufgrund ihrer Unanfechtbarkeit eine besondere Härte für den Betroffenen darstellen. Zudem ist ihr Zustand im Gegensatz zu den noch anfechtbaren Urteilen nahezu unveränderlich. Anfechtbare Urteile, denen ein Fehler zugrunde liegt, erhalten ihre Eigenschaft als Fehlurteil endgültig erst dann, wenn auf Rechtsbehelfe verzichtet wird oder die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist bzw. das Rechtsmittel erfolglos war. Man könnte den Eintritt der Unanfechtbarkeit somit als aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit eines Fehlurteils qualifizieren.

Andererseits ist auch eine begriffliche Differenzierung („rechtskräftig“ und „anfechtbar“) geeignet, den jeweiligen Forschungsgegenstand klar zu umreißen.

5. Zwischenfazit

Es ist deutlich geworden, dass Fehlurteilsforschung von unterschiedlichen Blickwinkeln aus erfolgen kann. Dabei bietet sich die Verwendung forschungspräzisierender Begriffe an: Zunächst ist zwischen faktischen und rechtlichen Komponenten von Fehlurteilen zu differenzieren. So wird deutlich, ob sich der Fehler des Urteils auf den festgestellten Sachverhalt oder auf die rechtliche Bewertung bezieht. Die erstge-

³⁵ Zu den letztgenannten zählen bspw. *Jehle*, FPPK 2013, 220 (225 ff.) oder *Eisenberg/Köbel*, Kriminologie, 7. Aufl. 2017, § 31 Rn. 40 ff., wenn sie wie selbstverständlich die Frage von Fehlurteilen auch im Hinblick auf durch die Revision anfechtbare tatgerichtliche Urteile stellen; zu den erstgenannten zählt – praktisch gesehen – dagegen *Peters*, Fehlerquellen (Fn. 1), wenn er sein Augenmerk allein auf Wiederaufnahmeverfahren richtet.

nannte Konstellation ist für Betroffene, die Bevölkerung, aber auch für die Wissenschaft von besonderer Bedeutung.³⁶ Zudem ist klarzustellen, ob man sich mit rechtskräftigen oder noch anfechtbaren Fehlurteilen beschäftigt. Es ist auch nicht ausgeschlossen, Fehlentscheidungen im weiteren Sinne, z. B. die Anklage oder den Haftbefehlsbeschluss, in die Forschung einzubeziehen. Jedoch sollte dies mit dem Begriff der *Fehlentscheidung* deutlich gemacht werden.

III. Feststellung eines Fehlurteils

Nachdem wir verschiedene Komponenten und Dimensionen von Fehlentscheidungen betrachtet und dabei das faktische Fehlurteil als Forschungsgegenstand besonderen Interesses hervorgehoben haben, können wir uns nun der Ausgangsfrage zuwenden, ob und ggf. wie sich ein solches faktisches Fehlurteil feststellen lässt.³⁷ Kotsoglou hat diese Frage, wie eingangs dargestellt, verneint, da man den maßgeblichen Sachverhalt nicht kenne.

Kotsoglou ist uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass es Menschen nicht verönnnt ist, einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang mit letzter Sicherheit zu rekonstruieren; eine wirklich „akkurate Sachverhaltsfeststellung“³⁸ ist aus epistemologischer Sicht nicht möglich.³⁹ Es sei an dieser Stelle auf Peters verwiesen, der zwar grundsätzlich die Feststellung eines Fehlurteils für möglich hält und dazu auch umfangreiche empirische Studien durchgeführt hat,⁴⁰ allerdings unumwunden einräumt, dass selbst bei erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren letztlich nicht feststehe, ob das neue Urteil nicht selbst ein Fehlurteil sei, während es sich bei dem aufgehobenen Urteil um das richtige gehandelt habe. Es sei, so Peters, möglich, dass im Wiederaufnahmeverfahren „in stärkerem Maße Beweisverfälschungen“ vorkämen als im Ausgangsverfahren.⁴¹ Allerdings setzt Peters dem hinzu, dass diese Gefahr auch nicht überbewertet werden dürfe. Und daraus ergibt sich der Schlüssel für die Lösung des zugrundeliegenden Erkenntnisproblems:

Es kommt nämlich gar nicht darauf an, ob erkenntnistheoretisch betrachtet ein historischer Sachverhalt wirklich präzise rekonstruiert werden kann oder nicht. Das ist für die Feststellung eines Fehlurteils nicht ausschlaggebend. Dies sei bezogen auf drei verschiedene Sektoren unserer Welt kurz dargestellt.

³⁶ „Konstellationen mit der tendenziell größten Bedeutung und Tragweite“; *Köbel* (Fn. 2), S. 31 (33).

³⁷ Für rechtliche Fehlurteile stellt sich dieses Problem nicht.

³⁸ Vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123 (125).

³⁹ Das Strafprozessrecht setzt einem solchen Unterfangen – wie gesehen – auch rechtliche Grenzen; vgl. dazu nur *Hassemer*, ZStW 2009, 829 ff.

⁴⁰ Vgl. Fn. 1.

⁴¹ *Peters* (Fn. 24), S. 606 unter Bezugnahme auf die Fälle 5, 9, 18b in seinem Buch „Zeugenlüge und Prozeßausgang“ (Fn. 1).

1. In der Lebenswelt

Beginnen wir damit, wie Fehlurteile in der Alltagswelt festgestellt werden. Die Wirklichkeit des Alltags stellt sich für uns Menschen, ohne dass dies an dieser Stelle angemessen vertieft werden kann,⁴² als intersubjektive Welt dar, die wir mit anderen teilen. Dazu gehört ein gesellschaftliches Vorwissen, das in Generationen vorher gesammelt wurde – genauso wie ein gemeinsam geteilter gesellschaftlicher Wissensvorrat; dazu gehört auch „Jedermannswissen“,⁴³ das grundsätzlich nicht infrage gestellt wird. Insofern steht, wenn wir uns mit der „natürlichen Einstellung“⁴⁴ in der Alltagswelt bewegen, außer Frage, dass man zwischen wirklichen und vermeintlichen Straftätern unterscheiden kann und dass dies den Gerichten grundsätzlich möglich ist. In der Alltagswelt gilt die Korrespondenztheorie der Wahrheit, ohne dass man im Einzelfall darüber nachdenken würde. Deshalb gehen wir in der Alltagswelt – so schon eingangs erwähnt – wie selbstverständlich davon aus, dass es richtige Urteile, aber auch Fehlurteile gibt. Die Unterscheidung zwischen richtigen und falschen Urteilen erfolgt – wie alles soziale Handeln in der Alltagswelt – durch Kommunikation.⁴⁵ Die Kommunikationen können ganz unterschiedlicher Art sein; sie können von Angesicht zu Angesicht oder (bspw. medial⁴⁶ oder durch Akten vermittelt⁴⁷) auf größere Distanz erfolgen. Durch Hören, Sprechen, Lesen und Schauen machen wir uns ein Bild von der Welt und erzeugen sie auf diese Weise. Das gilt auch, wie gerade gesagt, für die Frage, ob ein Urteil richtig oder falsch ist. So entsteht das in der Lebenswelt konkret, was vorangehend als naiv-intuitiver Fehlurteilsbegriff bezeichnet wurde. Erkenntnistheoretische Zweifel spielen bei alltagsweltlichen Kommunikationen keine Rolle; es geht eher darum, ob auf der Grundlage des gesellschaftlichen bzw. individuellen Vorwissens eine Zuordnung als normal, plausibel oder vernünftig erscheint.⁴⁸

⁴² Vgl. dazu die Erkenntnisse der phänomenologischen Soziologie und Wissenssoziologie; verwiesen sei insbesondere auf *Schütz*, Gesammelte Aufsätze Bd. I, Das Problem der sozialen Wirklichkeit, 1971, S. 237ff. und *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 4. Aufl. 1974.

⁴³ Das „Wissen, welches ich mit anderen in der normalen, selbstverständlich gewissen Routine des Alltags gemein habe.“ *Berger/Luckmann* (Fn. 42), S. 26.

⁴⁴ Vgl. dazu *Schütz* (Fn. 42), S. 238 ff.

⁴⁵ Bevor ein Missverständnis entsteht: Diese Feststellung erfolgt aus wissenschaftlicher Sicht, nicht aus der Perspektive des Akteurs in der Lebenswelt. Jener reflektiert in der Alltagswelt nun gerade nicht sein Handeln, sondern agiert entsprechend den vorgegebenen Routinen und Konventionen.

⁴⁶ Die Frage der journalistischen Wirklichkeitserzeugung ist spannend, kann hier aber nicht vertieft werden.

⁴⁷ Zur Konstruktion von Wirklichkeit durch Akten vgl. *Barton*, MschrKrim 1980, 208.

⁴⁸ Auf die Frage, inwieweit ggf. Expertenwissen herangezogen wird, um schwierige Zuordnungen zu klären, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden; vgl. dazu *Schütz*, Gesammelte Werke Bd. II, Studien zur soziologischen Soziologie, 1972, S. 95 ff.

Um dies an einem Beispiel zu demonstrieren:⁴⁹ Ein Verteidiger hatte seine Mandantin, die geständig war, gut verteidigt; sie wurde zu einer relativ milden Freiheitsstrafe verurteilt. Im Anschluss dankte sie dem Verteidiger unter vier Augen und sagte, sie habe die Tat gar nicht begangen, sondern ein anderer. Der habe ihr aber reichen Lohn versprochen, wenn sie die Tat auf sich nähme. Für den betroffenen Verteidiger stellten sich nach dieser Erklärung ethische Fragen – aber der vertrauliche Hinweis auf ihre Unschuld war für den Anwalt äußerst glaubwürdig. Und das Urteil, an dem er mitgewirkt hatte, war für ihn objektiv ein Fehlurteil; auch wenn er erkenntnistheoretisch gesehen nicht wissen konnte, wie es nun tatsächlich gewesen ist.

Der Clou bei dieser Betrachtung besteht in Fällen wie diesen darin, dass Menschen zwar auf der Ebene der Lebenswelt meinen, sie würden einen Sachverhalt rekonstruieren, während sie – auf der Metaebene der wissenschaftlichen Reflektion betrachtet – Sachverhalte durch Kommunikation erzeugen; im konkreten Fall: die Entlarvung eines Urteils, an dem der Verteidiger mitgewirkt hat, im Nachhinein als ein Fehlurteil. Dahinter steht kein Zynismus und damit ist keine Relativierung von Wahrheit verbunden; für die Agierenden sind in der Selbst- wie Fremdwahrnehmung Vertrauen, Glaubwürdigkeit und unterstellte Ehrlichkeit vielmehr zentrale Kriterien für die Attribution eines Lebenssachverhalts als richtig oder falsch.

Halten wir fest: Auf das Erkennen der Wirklichkeit kommt es in der Alltagswelt nicht an; sie wird vielmehr in der Lebenswelt geschaffen.

2. Im Strafverfahren

Auch im Strafverfahren spielen theoretische Zweifel, dass es auch hätte anders sein können, keine Rolle. Das ist von der Revisionsrechtsprechung im Zusammenhang mit den Grenzen der Revisibilität trichterlicher Feststellungen herausgearbeitet worden: Im „Bereich der vom Trichter zu würdigenden Tatsachen ist der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit ein absolut sicheres Wissen über den Tathergang, demgegenüber andere Möglichkeiten seines Ablaufs unter allen Umständen ausscheiden müßten, verschlossen.“⁵⁰ Die Rechtsprechung trägt also der epistemologischen Skepsis durchaus Rechnung. Es genügt deshalb für trichterliche Sachverhaltsfeststellungen „ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit [...], das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zuläßt“.⁵¹ Zweifel, die nur „theoretischer Natur“⁵² sind, können dementsprechend einen Freispruch nicht tragen.⁵³ Bloß mathe-

⁴⁹ Vgl. dazu *Barton*, in: FS Beulke, 2015, S. 605.

⁵⁰ BGHSt 10, 208 (209); vgl. ferner BGH, NStZ-RR 2004, 238 (240).

⁵¹ BGH, StV 1994, 580; der BGH apostrophiert diese Aussage als „st. Rspr.“ und verweist auf BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 5, Einlassung 5, Überzeugungsbildung 20; BGH, NStZ 1988, 236 (237); BGH bei *Pfeiffer/Miebach*, NStZ 1985, 15 Nr. 17; zu weiteren Fundstellen vgl. *KK-Ott*, 7. Aufl. 2013, § 261 Rn. 4.

⁵² BGH, NJW 1993, 605 (607).

matische oder epistemologische Grundsatzzweifel sind bei der tatrichterlichen Beweiswürdigung nicht ausschlaggebend. Hinzu kommt, dass die neuere Rechtsprechung Verantwortung dafür übernommen hat, tatrichterliche Tatsachenfeststellungen auch auf ihre Willkürfreiheit zu überprüfen. „Um [der] Gefahr einer willkürlichen Entscheidung vorzubeugen, muss die Überzeugung des Richters [...] auf einer objektiv tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruhen.“⁵⁴

Übertragen auf Fehlerurteile heißt das: Ein faktisches Fehlerurteil ist dann gegeben, wenn vernünftige Zweifel an den ursprünglichen tatrichterlichen Tatsachenfeststellungen bestehen. Es kommt nicht darauf an, ob die früheren Sachverhaltsfeststellungen mit mathematischer Gewissheit und unter Beachtung epistemologischer Grundsatzzweifel widerlegt sind – es reicht, wenn die ursprünglichen Feststellungen als willkürlich erscheinen, sie also nicht auf einer objektiv tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruhen.

So klar und überzeugend diese Obersätze in der Theorie sind, gibt es doch Kritik an der Praxis, die allerdings nicht den Kern unserer Ausgangsfrage betrifft und insofern auf einem anderen Blatt steht. Diese Kritik betrifft sowohl die Revisionsrechtsprechung als auch die Praxis der Wiederaufnahme. Letztere erweist sich nach Meinung von Experten aus Wissenschaft und Praxis als viel zu restriktiv und rechtsstaatlich bedenklich:⁵⁵ Die Wiederaufnahmegerichte lassen kaum einmal „vernünftige Zweifel“ daran aufkommen, dass das ursprüngliche Urteil ein Fehlerurteil sein könnte, was regelmäßig zum Scheitern des Wiederaufnahmeanspruchs schon im Additionsverfahren führt. Und was Revisionsgerichte betrifft, haben diese, wie empirische Studien zeigen, in unterschiedlichem Maß Zweifel an der Richtigkeit von Urteilen – nämlich in Abhängigkeit vom Revisionsführer: Bei Revisionen von Staatsanwaltschaften sind nicht nur die Erfolgsquoten ungleich höher, sondern die Senate haben hier auch vergleichsweise häufiger Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen in den angefochtenen Urteilen.⁵⁶ Angeklagtenrevisionen werden dagegen geradezu routinemäßig als offensichtlich unbegründet verworfen – und Revisionsrichter sehen hier sehr selten tatgerichtliche Fehler bei der Beweiswürdigung.⁵⁷

⁵³ Ähnlich stellt sich dies in rechtsvergleichender Sicht dar. Auch im anglo-amerikanischen Recht wird auf *reasonable doubts* abgestellt; vgl. *Martin*, *The English Legal System*, 8th Ed. 2016, S. 6.

⁵⁴ *KK-Ott* (Fn. 51), § 261 Rn. 3 (Hervorhebung nicht übernommen) unter Bezugnahme auf *Eisenberg* (Fn. 9), Rn. 91.

⁵⁵ Vgl. aus neuerer Zeit nur den Beitrag von *Eschelbach/Geipel/Hettinger/Meller/Wille*, *GA* 2018, 238 (241 ff.).

⁵⁶ *Barton*, *FS Fezer*, 2008, S. 333 (348 ff.).

⁵⁷ *Barton* (Fn. 56), S. 333 (348 ff.).

3. In der empirischen Sozialforschung

Zunächst einmal: Es hat – wie gesehen – Forschung zu Fehlerurteilen gegeben⁵⁸ und auch aktuell gibt es einschlägige empirische Sozialforschung.⁵⁹ Fehlerurteilsforschung ist also offensichtlich möglich. Kein Fehlerurteilsforscher kann und wird dabei behaupten, dass in den zugrundeliegenden Studien zweifelsfrei zwischen wirklichen und nur vermeintlichen Fehlentscheidungen getrennt werden konnte. Im Bereich der Sozialwissenschaften wäre ein solcher Anspruch auch vermessen, weil es stets um die Untersuchung von menschlich-kommunikativ erzeugten Konstruktionen geht und sozialwissenschaftliche Studien damit „Konstruktionen von Konstruktionen“ darstellen.⁶⁰ Entscheidend ist etwas ganz anderes, nämlich ob und inwieweit die Studien dazu beitragen können, wissenschaftlich haltbare Aussagen über die jeweiligen Untersuchungsgegenstände zu machen. Das ist ihnen in dem Maß gelungen, in dem sie unter Einhaltung der gebotenen wissenschaftlichen Standards dazu beitragen konnten, neue Wahrheiten zu ergründen. Ohne dies hier vertiefen zu wollen, sind entsprechende Forschungen als umso ertragreicher anzusehen, je eindeutiger die forschungsleitenden Erkenntnis- und Verwertungsinteressen offen gelegt wurden, ferner je klarer die Begriffe geklärt und die Operationalisierung der zu untersuchenden Variablen gelungen ist und schließlich je besser die Gütekriterien empirischer Sozialforschung (Objektivität, Reliabilität, Validität) gewahrt wurden. Prononciert und überspitzt formuliert: Auf das zweifelsfreie Erkennen „der“ Wirklichkeit kann es in empirischen Forschungen nicht ankommen, weil dies auch angesichts der zugrundeliegenden menschlich erzeugten Wirklichkeit gar nicht möglich ist; entscheidend ist vielmehr die Einhaltung der Gütekriterien empirischer Sozialforschung.

Wenn wir die genannten nationalen Studien betrachten und zusätzlich noch die Erträge der internationalen Fehlerurteilsforschung einbeziehen, schließt sich der Kreis zu den eingangs dargestellten Befunden: Es gibt starke empirische Belege dafür, dass es eine nicht unerhebliche Zahl von Fehlentscheidungen gibt, dass ferner die Fehlerkorrektur durch die Rechtspflege an strukturellen Mängeln leidet⁶¹ und dass es gerade auch in Deutschland weiterer Forschung bedarf.

⁵⁸ Vgl. Fn. 1.

⁵⁹ Wenngleich zuweilen nur als „Beifang“ zu anders formulierten Erkenntnisinteressen; vgl. neben dem schon erwähnten Beitrag von *Kinzig* (Fn. 10) noch die Fehlerurteilsstudie von *Böhme* (Fn. 9) und die KFN-Studie von *Hoffmann/Leuschner*, Rehabilitation und Entschädigung nach Vollstreckung einer Freiheitsstrafe und erfolgreicher Wiederaufnahme, *KrimZ* BM-Online Band 11, 2017; in beiden Studien geht es um erfolgreiche Verfahren nach dem Strafrechtsentschädigungsgesetz.

⁶⁰ *Schütz* (Fn. 42), S. 7.

⁶¹ Ähnlich die Thesen Nr. 6 und 7 von *Kinzig* in seinem Beitrag zu Freisprüchen nach U-Haft: Die Justiz immunisiere sich weitgehend gegen kritische Erkenntnisse rechtspsychologischer Forschung und ihr sei es nicht gelungen, in adäquater Weise einen Umgang mit möglichen Justizirrtümern zu entwickeln; *Kinzig* (Fn. 10), S. 81 (105).

IV. Stellungnahme

Die Feststellung von Fehlurteilen ist aber nicht nur praktisch möglich, sie ist auch bitter nötig. Damit ist Folgendes gemeint:

Wer betont, dass man auch bei einem erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren epistemologisch nicht ausschließen könne, dass die neue Erkenntnis falsch und das alte Urteil möglicherweise richtig war und wer gegenteilige Auffassungen als zirkulär ansieht,⁶² der nimmt dem Fehlurteilsbegriff dessen kritisches Potenzial. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn man das Risiko von Fehlurteilen zwar allgemein als „einkalkuliert“ ansieht, aber den Nachweis eines Fehlurteils *in concreto* für ausgeschlossen hält.⁶³ Auch wenn das sicherlich nicht bezweckt ist, erscheint das Fehlurteilsproblem dann als geradezu naturgegeben, letztlich aber als praktisch nicht auflösbar. Man müsste mit Fehlurteilen leben; es gäbe sie zwar abstrakt, aber nie ein konkret nachweisbares.

Wenn man so denkt, dann gibt es keinen plausiblen Aufhänger für Kritik an Gerichtsentscheidungen – egal wie unvernünftig, unplausibel oder gar willkürlich diese im Einzelfall sind. Dadurch wird die Justizpraxis, auch wenn sie im Einzelfall Kritik verdient, *de facto* legitimiert. Dann wären nicht nur die vielen überzeugenden, gut begründeten Urteile vor unberechtigter Kritik, sondern auch die wenigen zweifelhaften Urteile vor berechtigter Kritik geschützt.

Es gibt aber nicht nur ein theoretisches Fehlurteilsrisiko, sondern auch ein praktisches. Gerichten fällt es wie gesehen schwer, Fehler zu erkennen und vor allem eigene einzugestehen. Immerhin sehen sie, wie zuvor dargestellt, die allgemeinen Risiken von Fehlurteilen.⁶⁴ Am ehesten scheint ihnen das Eingeständnis eines konkreten Fehlurteils dann möglich, wenn Dritte – und nicht die Gerichte – dafür in Regress genommen werden können, wie dies bspw. im Fall BGH NJW 1964, 2402 einschlägig war, in welchem der Kläger vom Land Schadensersatz für eine fehlerhaft erfolgte Entziehung der Fahrerlaubnis forderte. Der BGH hielt den Amtshaftungsanspruch für unbegründet (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB) und verwies den Kläger auf die Möglichkeit, seinen Verteidiger in Regress zu nehmen. Zur Begründung führte er aus: Zwar hätten die Gerichte die Pflicht, von sich aus die materielle Wahrheit zu erforschen. „Aber gerade mit Rücksicht auf das nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit menschlicher Irrtümer“ sehe das Gesetz den Verteidiger als Helfer für den Beschuldigten vor.⁶⁵ So richtig die Begründung im konkreten Fall auch ist, man würde sich gleichwohl wünschen, dass Revisions- und Wiederaufnahmegerichte ähnlich dächten, wenn es um Fehler geht, für die sie allein zu haften hätten.

⁶² „Die Handlungsanweisung an den Tatrichter, so wie sie von der h.M. erfasst wird, ist zirkulär“; Kotsoglou, JZ 2017, 123 (126).

⁶³ Kotsoglou, JZ 2017, 123 (129).

⁶⁴ Vgl. Fn. 50.

⁶⁵ BGH, NJW 1964, 2402 (2403).

Wie auch immer, eine besonders ausgeprägte Bereitschaft zur Entwicklung einer Kultur zur Korrektur von Justizirrtümern lässt sich den Entscheidungen der Revisions- und Wiederaufnahmegerichte wohl eher nicht entnehmen. Wie wohlthuend und bescheiden sind dagegen die Worte Peters, die er nicht nur an Richter, sondern an alle Juristen richtet:

„Die Tatsache des Justizirrtums bringt dem Juristen den hohen Grad seiner Verantwortung zum Bewußtsein. Die Befassung mit Fehlurteilen zeigt ihm, daß die Schwierigkeiten seines Berufs nicht allein in den theoretischen Problemen, sondern auch in der praktischen Verwirklichung liegen. Eine Fülle rechtlicher Streitfragen würde in den Hintergrund treten, wenn man sich wirklich dessen bewußt würde, wo die Gründe falscher Entscheidungen liegen.“⁶⁶

Fehlurteilsforschung ist also geboten, weil sie innerhalb der Rechtspflege ein Bewusstsein dafür schaffen kann, dass und in welchem Maße jene fehleranfällig ist. Fehleranalysen gestatten es, Konsequenzen aus Versäumnissen zu ziehen und Fehlurteile zu reduzieren. Forschungsergebnisse zum tatsächlichen Vorkommen von Fehlurteilen können als Appell an die beteiligten Akteure dienen: Jene sollen sich nicht nur der theoretischen Fehleranfälligkeit der Rechtspflege bewusst sein, sondern auch ihres möglichen eigenen Beitrags und deshalb alles tun, um eigene Fehler zu vermeiden.

Ein letzter Gedanke: Ein Rechtsstaat, in dem Kritik an willkürlichen Entscheidungen nicht greifen würde und Fehlurteile weder feststellbar noch korrigierbar wären, verlöre letztlich seine Legitimität. Der Rechtsstaat lebt auch von der Hoffnung der Bürger, Unrecht zu erkennen und korrigieren zu können. Fehlurteilsforschung kann Transparenz erzeugen, die dazu beiträgt, das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtspflege und in den Rechtsstaat zu stärken. Oder in den Worten von Ulrich Eisenberg, dessen gesamtes Werk durch den Einsatz für rechtsstaatliche Garantien und die Hoffnung, damit Gerechtigkeit zu erzeugen, gekennzeichnet ist:

„Im Rahmen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens (Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG) muss idealiter das Bemühen darum sichergestellt sein, dass jede Strafverfolgung und strafrechtliche Verurteilung auf wahrer materieller Grundlage beruht.“⁶⁷

Halten wir fest: Es gibt konkrete Fehlurteile, die Fehlurteilsforschung muss sich ihrer annehmen; und sie müssen in der Praxis korrigiert werden.⁶⁸

⁶⁶ Peters (Fn. 24), S. 606.

⁶⁷ Eisenberg (Fn. 9), Rn. 2.

⁶⁸ Für wertvolle Hilfe bei der Erstellung dieses Beitrags danke ich Antonia Bahrtdt, Jacqueline Gelhardt und Oliver Nißing.