



**Anja Amend-Traut, Ignacio Czeguhn,
Peter Oestmann (Hg.)**

Urteiler, Richter, Spruchkörper

Entscheidungsfindung und
Entscheidungsmechanismen in
der Europäischen Rechtskultur

Anja Amend-Traut/Ignacio Czeguhn/Peter Oestmann (Hg.):
Urteiler, Richter, Spruchkörper



Anja Amend-Traut/Ignacio Czeguhn/Peter Oestmann (Hg.):
Urteiler, Richter, Spruchkörper

QUELLEN UND FORSCHUNGEN
ZUR HÖCHSTEN GERICHTSBARKEIT
IM ALTEN REICH

HERAUSGEGEBEN
VON
ANJA AMEND-TRAUT,
FRIEDRICH BATTENBERG, ALBRECHT CORDES,
IGNACIO CZEGUHN, PETER OESTMANN
UND WOLFGANG SELLERT

Band 75

Anja Amend-Traut/Ignacio Czeguhn/Peter Oestmann (Hg.):
Urteiler, Richter, Spruchkörper

Urteiler, Richter, Spruchkörper

Entscheidungsfindung und Entscheidungsmechanismen in der Europäischen Rechtskultur

Herausgegeben von

ANJA AMEND-TRAUT / IGNACIO CZEGUHN /
PETER OESTMANN

BÖHLAU VERLAG WIEN KÖLN WEIMAR

Anja Amend-Traut/Ignacio Czeguhn/Peter Oestmann (Hg.):
Urteiler, Richter, Spruchkörper

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) –
Projektnummer 252080619 – SFB 1150
Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Gesellschaft
für Reichskammergerichtsforschung e. V., Wetzlar

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2021 by Böhlau Verlag GmbH & Cie. KG, Lindenstraße 14, D-50674 Köln
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf
der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Umschlagabbildung:

Collage aus (von links nach rechts): The Court of Chancery during the reign
of George I (Das Kanzleigericht während der Herrschaft Georgs I.). –
Gemälde, um 1725, von Benjamin Ferrers. Inv. Nr. NPG 798, London,
National Portrait Gallery © akg-images; Archivo de la Real Chancilleria de
Granada. Real Provisión ejecutoria de 31 de mayo de 1537 a favor de Antonio Vera
del pleito con el concejo de Albacete. Colección de documentos textuales.
Pergamino n° 49, pág. 24v; ÖStA HHStA, RHR, Resolutionsprotokolle,
sac. XVIII, Nr. 39, Bl. 449 (Foto: Manfred Huber).

Satz: büro m'n, Bielefeld
Druck und Bindung: ☉ Hubert & Co BuchPartner, Göttingen
Printed in the EU

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISBN 978-3-412-51879-0

Inhalt

Vorwort	7
IGNACIO CZEGUHN Einführung in das Thema	11
THOMAS FISCHER Denkanstoß: Theorie, Praxis und Fehlerquellen der strafrechtlichen Revision am Bundesgerichtshof Normative, strukturelle und organisatorische Bedingungen höchststrichterlicher Steuerung	17
WOLFGANG ERNST Collegiate Courts' Decision-Making Processes Judicial Experiences and Jurisprudential Approaches—A Historical Survey ...	35
BENJAMIN LAHUSEN De justitio Vom Stillstand der Rechtspflege in der Neuzeit	53
HEINER LÜCK Rechtsfindung, Rechtsmitteilung und Rechtsweisung im sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis	67
MASAKI TAGUCHI Herrscher, Hofgericht und Schiedsgericht Gerichtliche Entscheidungen am deutschen Herrscherhof im 14. Jahrhundert	95
SIMON TEUSCHER Annäherungen an die Entscheidungsfindung an Dinggerichten	127
JOHN D. FORD A Common Lawyer Reflects on Adjudication in a Civil Law Court	141
ANTONIO SÁNCHEZ ARANDA Die Kontrolle der Höchstgerichtsbarkeit zur Zeit der Katholischen Könige Die Reform der Kollegialorgane (1480–1503)	163

HANS-JÜRGEN BECKER Die kirchliche Gerichtsbarkeit im Heiligen Römischen Reich seit dem Spätmittelalter	195
MARK GODFREY Relations between Litigation and Judicial Process in the College of Justice in Sixteenth-Century Scotland	213
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ NEVOT Observaciones sobre el <i>stylus curiae</i> en la Castilla del Antiguo Régimen ..	225
TOBIAS SCHENK Die <i>Vota ad Imperatorem</i> des kaiserlichen Reichshofrats Zur Verfahrensautonomie an einem herrschernahen Höchstgericht der Frühen Neuzeit	239
MIA KORPIOLA Decision-Making in the Svea Court of Appeal in 1636 Attendance, Voting and Reasoning	349
PETER OESTMANN Entscheidungsfindung und Entscheidungsdarstellung am Reichskammergericht	371
ANDRÉ KRISCHER Wie das Gericht entscheidet Ein Beispiel aus der Praxis des englischen Court of Chancery in der Mitte des 18. Jahrhunderts	387
MARTIN LÖHNIG Zum richterlichen Selbstverständnis der Reichsgerichtsräte	413
Autorenverzeichnis	423
Register	425
Personenregister/Index of Names	425
Ortsregister/Index of Places	429
Sachregister/Index of Contents	432

Vorwort

Unter dem gleichnamigen Titel fasst der vorliegende Band die Ergebnisse des 11. Wissenschaftlichen Kolloquiums der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung zusammen, das vom 25. bis 28. April 2018 in Wetzlar stattfand.

Mit ihm verfolgten die Herausgeber das Ziel, auf die wertvollen Erfahrungen mit der Beschäftigung der vergleichenden Rechtsgeschichte aufzubauen, d. h. erneut die Perspektive auf Europa zu richten und dabei gleichzeitig verschiedene Epochen zu berücksichtigen. Ungeachtet typischer Verständigungsschwierigkeiten, die entstehen, wenn mehrere Disziplinen sich mit der gleichen Quellengattung beschäftigen, erwies sich auch die Teilnahme von Historikern wie Rechtshistorikern ein weiteres Mal als bereicherndes Moment, behütet die Interdisziplinarität doch vor einem verengten Blick.

Ausgehend von dem heutzutage als scheinbare Selbstverständlichkeit empfundenen Befund, Richter entschieden Rechtsstreitigkeiten, stand die Überlegung im Zentrum, in welchen Formen Entscheidungsfindungen in der Geschichte herbeigeführt wurden. Dementsprechend ging es dieses Mal auch weniger um die Fragen, welche Streitgegenstände verhandelt, welche Probleme mit Hilfe von Spruchkörpern einer Entscheidung durch Recht zugeführt wurden.

In der Vergangenheit beschäftigte sich die Geschichtswissenschaft, aber auch die Rechtsgeschichte weniger mit der Tätigkeit des Gerichts selbst, nicht zuletzt in bewusster Abkehr von einer älteren Urteilszentristik. Außerdem endeten die meisten Verfahren an den obersten Gerichten des Heiligen Römischen Reiches bekanntlich ohne förmliche Entscheidungen. Es erschien deshalb besonders reizvoll, die Rolle des Richters in der Bearbeitung, Zuspitzung und Entscheidung eines Gerichtsverfahrens epochenüberspannend und europäisch vergleichend näher zu untersuchen. Im Vordergrund standen demnach die Herstellung und die Darstellung von Entscheidungen. Der zeitliche Bogen war dabei von der ungelehrten Urteilsfindung und bis hin zur modernen Subsumtion gespannt. Folgende Thesen konnten durch die einzelnen Beiträge bestätigt bzw. weiter aufgehellt werden: Nur die Zusammenschau von öffentlichen Verfahrensschritten und den verborgenen Abschnitten des Entscheidens erklärt das Zustandekommen von Entscheidungen abschließend. Die Kommunikation zwischen den Gerichtsangehörigen und den Parteien mit ihren Interessenvertretern verlief deutlich anders als die Aufbereitung von Spruchmaterial für das Fachpublikum. Das untersuchte Aktenmaterial sieht zwar ähnlich aus, erfüllte jedoch unterschiedliche Funktionen innerhalb des Entscheidungsprozesses.

Den Ausgangspunkt für die einzelnen Untersuchungen bildet das moderne deutsche Prozessrecht, der durch den ehemaligen Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Thomas Fischer gehaltenen Abendvortrag gesetzt wurde.

Thematisch einführenden Aspekten, nämlich in welchen Formen überhaupt Mehrheitsfindungen in Kollegialgerichten getroffen werden konnten und welche Ursachen und Folgen ein Stillstand der Rechtspflege hatte bzw. nach sich zog, widmen sich Wolfgang Ernst und Benjamin Lahusen. Hier treten aufschlussreiche Mechanismen zutage: Mussten die richterlichen Mitglieder einen Konsens erzielen oder reichten Mehrheitsentscheidungen aus; welche Möglichkeiten bestanden, solche Mehrheiten zu erzielen?

In chronologischer Abfolge schließen Überlegungen zum mittelalterlichen Recht des sächsisch-magdeburgischen Raums (Heiner Lück), zu kontradiktorischen und schiedsgerichtlichen Verfahren am Königsgericht des 14. Jahrhunderts (Masaki Taguchi) und zum dinggenossenschaftlichen Findungsverfahren im ungelehrten mittelalterlichen Recht (Simon Teuscher) an.

Den großen zeitlichen Bogen vom ausgehenden Spätmittelalter bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts spannen sodann Analysen über das kanonische Gerichtsverfahren (Hans-Jürgen Becker), die Prozessführung am Kaiserlichen Reichshofrat (Tobias Schenk) sowie am Reichskammergericht (Peter Oestmann). Eine vergleichende Perspektive steuerten für die Frühe Neuzeit die Beiträge über das schottische Zivilprozessrecht des 16. bzw. 17. Jahrhunderts (Mark Godfrey, John Ford), die Höchstgerichtsbarkeit Kastiliens (Antonio Sanchez Aranda) und der dortigen Prozessführung (José Antonio Lopez Nevot) und den englischen *Court of Chancery* und dessen Verfahrensrecht (André Krischer) bei. Damit einhergehend konnten verschiedene höchstgerichtliche Spruchkörper und damit auch ihre Funktion und Wirkungsweise gegenübergestellt werden: das schottische *College of Justice* (Mark Godfrey), der Kaiserliche Reichshofrat (Tobias Schenk), das Reichskammergericht (Peter Oestmann), das schwedische *Svea hovrätt* (Mia Korpiola) und der englische *Court of Chancery* (André Krischer). Sie bildeten nicht allein den gemeinrechtlichen Bezugspunkt, sondern auf diese Weise ließen sich auch Besonderheiten, aber ebenso typische Gemeinsamkeiten der frühneuzeitlichen richterlichen Entscheidungstätigkeit deutlich erkennen.

Der Beitrag von Martin Löhnig schließlich beschäftigt sich mit dem Entscheidungsprozess am Reichsgericht des 19. Jahrhunderts und gibt damit Einblick in ein reformiertes Verfahren, das mit dem heutigen weitgehend übereinstimmt und so wiederum an den Ausgangspunkt der Veranstaltung wie auch des Tagungsbandes anknüpft.

Nicht enthalten im Tagungsband sind die Vorträge von Clara Günzl über „Richterliche Entscheidungsbegründungen – Theorie und Praxis im 19. Jahrhundert“ sowie von Arnd Koch „Ein studierter Mann besitzt doch mehr Judicium als solch unwissenschaftliche Menschen“ – Strafprozessuale Entscheidungsfindung zwischen Aktenversendung, Berufsrichtertum und Geschworenengerichten“. Ein Tagungsbericht von Alexander Durben erschien in der ZRG Germ. Abt. 136 (2019), S. 685–689.

Besonderer Dank gilt der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung und dem Münsteraner Sonderforschungsbereich 1150 „Kulturen des Entscheidens“, die sowohl die Tagung als auch den vorliegenden Band wesentlich gefördert haben. Ebenso erhielten wir von der Deutschen Forschungsgemeinschaft, namhafte Mittel für unsere Veranstaltung. Auch der Stadt Wetzlar sind wir für ihre Unterstützung außerordentlich verbunden. Ganz herzlich bedanken möchten wir uns schließlich bei den zahlreichen fleißigen Helfern hinter den Kulissen, die für einen reibungslosen organisatorischen Ablauf Sorge getragen haben, allen voran Frau Andrea Müller von der Forschungsstelle in Wetzlar. Für die redaktionelle Mitarbeit am Tagungsband danken wir unseren Hilfskräften an den Lehrstühlen, für die wie immer angenehme Zusammenarbeit dem Böhlau-Verlag mit Dorothee Rheker-Wunsch und Julia Beenken.

Würzburg, Berlin, Münster im Juli 2021

Anja Amend-Traut
Ignacio Czeguhn
Peter Oestmann

Anja Amend-Traut/Ignacio Czeguhn/Peter Oestmann (Hg.):
Urteiler, Richter, Spruchkörper

Ignacio Czeguhn

Einführung in das Thema

Urteiler, Richter, Spruchkörper – Entscheidungsfindung und Entscheidungsmechanismen in der europäischen Rechtskultur. Mit dieser Überschrift war die Tagung versehen, die drei inhaltsreiche und intensive Tage die Teilnehmer beschäftigte und deren Ergebnisse in diesem Band nun gesammelt vorliegen. Das Thema ist rechtshistorisch weit gefasst, reicht es doch von grundlegenden Einführungsreferaten bis in die juristische Zeitgeschichte. Geographisch ist es begrenzt auf Europa, das insoweit genügend Herausforderungen und Möglichkeiten bietet, unterschiedliche Rechtskulturen, aber auch Gerichts- und Entscheidungskulturen zu vergleichen und zu untersuchen.

Richter führen Rechtsstreitigkeiten einer Streitbeilegung zu. Sie sollen damit zu einer Befriedung der Gesellschaft beitragen.¹ In den letzten Jahren haben zahlreiche Arbeiten und Untersuchungen mit der vormodernen Justiz zahlreiche Aspekte der Gerichtsverfassung und des Gerichtsverfahrens behandelt.² Die eigentliche Tätigkeit des Gerichts stand dabei nicht nur im Vordergrund. Ein Grund mag darin zu sehen sein, dass die meisten Verfahren an den obersten Gerichten des Heiligen Römischen Reiches bekanntlich ohne förmliche Entscheidungen endeten. Es ist deshalb besonders reizvoll, die Rolle des Richters in der Bearbeitung, Zuspitzung und Entscheidung eines Gerichtsverfahrens näher zu untersuchen. Bei der Quellenarbeit lassen sich vielerorts Relationen, Voten, Protokolle und Rationes decidendi entdecken, die auf den ersten Blick sehr ähnlich aussehen, aber doch verschiedene Funktionen innerhalb des Entscheidungsprozesses einnehmen konnten.³ Gerade bei Kollegialgerichten taucht

1 „Zu den Aufgaben der Justiz gehören gleichermaßen die Sorge um Einzelfallgerechtigkeit wie die Herstellung von Rechtssicherheit und die Bewahrung des Rechtsfriedens“, in: Richterethik in Deutschland. Thesen zur Diskussion richterlicher und staatsanwaltlicher Berufsethik im Deutschen Richterbund, Entwurf der Ethik – Arbeitsgruppe, siehe unter https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Ethik/1901_DRB-Broschuere_Richterethik_in_Deutschland.pdf (Stand 16. 06. 2020).

2 Vgl. nur PETER OESTMANN (Hg.), *Zwischen Formstrenge und Billigkeit, Forschungen zum vormodernen Zivilprozess*, Köln 2009; ANJA AMEND-TRAUT, ANETTE BAUMANN, STEPHAN WENDEHORST UND SIEGRID WESTPHAL (Hg.), *Gerichtslandschaft Altes Reich, Höchste Gerichtsbarkeit und territoriale Rechtsprechung*, Köln 2007; ABRECHT CORDES (Hg.), *Mit Freundschaft oder mit Recht? Inner- und außergerichtliche Alternativen zur kontroversen Streitentscheidung im 15.–19. Jahrhundert*, Köln 2015.

3 Vgl. hierzu auch: *Gedruckte Relationen und Voten des Reichskammergerichts vom 16. bis 18. Jahrhundert: ein Findbuch* / bearb. von ANETTE BAUMANN, Köln 2004; HAMILTON

dann regelmäßig die Frage auf, ob die richterlichen Mitglieder einen Konsens erzielen müssen oder ob Mehrheitsentscheidungen ausreichen und wie man solche Mehrheiten erzielt und feststellt.⁴

Wenn wir in unserer Zeit auf die Organisation blicken, die den Weltfrieden in den Mittelpunkt ihres Handelns stellen soll und sich mittlerweile auch gerichtlicher Institutionen bedient, so finden wir in ihrer grundlegenden Charta als Mittel der friedlichen Streitregelung verschiedene Mechanismen vorgeschlagen. Sie sieht Konfliktbeilegung durch Verhandlung, Untersuchung, Vermittlung, Vergleich, Inanspruchnahme regionaler Einrichtungen und Abmachungen und andere friedliche Mittel eigener Wahl sowie im Art. 33 der UN-Charta den von einem internationalen Schiedsgericht gefällten „Schiedsspruch“ (engl.: arbitral award) und die „gerichtliche Entscheidung“ durch eine Instanz der „Internationalen Gerichtsbarkeit“ vor.⁵ Der Begriff der „Internationalen Gerichtsbarkeit“ setzt dabei – völkerrechtlich betrachtet – ein justizförmig organisiertes, ständiges und mit unabhängig vom Einfluss der aktuellen Streitparteien bestellten RichterInnen besetztes Gericht voraus, das nach Maßgabe des geltenden Völkerrechts mit dem Ziel der Durchsetzung der Völkerrechtsordnung zu entscheiden hat.

Diese Vorschrift der UN-Charta enthält meines Erachtens einige interessante Begrifflichkeiten:

1. Konfliktbeilegung durch Verhandlung,
2. durch Untersuchung,
3. durch Vermittlung,
4. durch Vergleich,
5. Inanspruchnahme regionaler Einrichtungen und Abmachungen sowie andere friedliche Mittel eigener Wahl.

Dann

1. der gefällte „Schiedsspruch“ (engl.: arbitral award),
2. die „gerichtliche Entscheidung“ durch eine Instanz eines justizförmig organisierten ständigen Gerichts, das mit unabhängigen Richtern besetzt ist.

In einer friedlichen Konfliktbeilegung allgemein – unabhängig davon, ob gerichtlich oder außergerichtlich – spielen die Mechanismen, die zur Entscheidung führen, und die Entscheidungsfindung selbst eine wichtige Rolle. Sie dienen unter anderem

BRYSON/SERGE DAUCHY (Hg.), *Ratio decidendi, Guiding Principles of Judicial Decisions*, Bd. 1: Case Law, Berlin 2006, und Bd. 2: Foreign Law, Berlin 2010.

4 Grundlegend hierzu: WOLFGANG ERNST, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, „group choice“ in europäischen Justiztraditionen*, Tübingen 2016.

5 <https://www.unric.org/de/charta> [08.03.2020].

der Verständlichkeit, Nachvollziehbarkeit und der Akzeptanz einer Entscheidung, eines Urteils.

Die Entscheidungsmechanismen selbst sind oft leichter nach außen hin wahrnehmbar. Entscheidung durch einen Einzelrichter oder ein Kollegialorgan, durch Mehrheitsbeschluss (relativ, einfach, qualifiziert oder absolut), durch geheime oder öffentliche Abstimmung – all dies sind Dinge, die öffentlich zu Tage treten, ohne dass sie durch eine Verfahrensordnung festgeschrieben sein müssten oder eben in Prozessordnungen vorgeschrieben wurden oder sind.

Die Hintergründe der Entscheidungsfindung allerdings waren und sind nicht immer transparent. Oft bleiben sie im Verborgenen, da sie nicht bekannt werden. Man findet sie, wenn überhaupt, nur in den Akten. Und was in den Köpfen der Richter oder der entscheidenden Organe vorgeht, vermag man ohnehin nicht zu erahnen.⁶

Zugleich ist aber die Frage der Entscheidungsfindung und die der Mechanismen selbiger auch eine Frage der Gerechtigkeit – von der Empfindung von Recht oder Unrecht, einer gerechten oder ungerechten Entscheidung/Urteils. Je transparenter die Entscheidung für die betroffenen Parteien ist, je nachvollziehbarer sie begründet wird, umso eher werden diese bereit sein, sie zu akzeptieren. Der Deutsche Bundestag lockerte mit diesem Ziel der Akzeptanz und Transparenz das seit 1964 bestehende Verbot von Ton- und Fernsehaufnahmen in Gerichtsverfahren. In niedrigeren Instanzen bleibt es allerdings aber dabei, dass keine Kamerabilder übertragen werden dürfen. Bleiben die *Rationes decidendi*, die Entscheidungsgründe im Verborgenen, werden die streitenden Parteien zweifeln. Am 8. Oktober 2017 lockerte der Gesetzgeber nun das seit 1964 bestehende Verbot der Medienübertragung aus der Gerichtsverhandlung „moderat“⁷.

6 Zum ganzen auch: IGNACIO CZEGUHN, Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung in Deutschland und auf der iberischen Halbinsel vom 15. bis zum 18. Jahrhundert – eine vergleichende Betrachtung, in: Juristische Argumentation – Argumente der Juristen, hg. von A. Cordes, Köln 2005, S. 219–239.

7 Gesetze zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderungen (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren – EMöGG), (BGBl. I, S. 3546). Im Entwurf hierzu lautet es: „Das Verbot, das seit dem Jahr 1964 besteht, wird heute vielfach kritisch hinterfragt. Die Entwicklung der Rechtsprechung und die Veränderung der Verbreitung von Nachrichten in den Medien haben die Diskussion verstärkt, ob das strikte gesetzliche Verbot von Bild und Tonübertragungen angesichts der technischen und gesellschaftlichen Veränderungen insgesamt noch zeitgemäß ist. „Livestreams“ öffentlicher Veranstaltungen sind weit verbreitet und ergänzen oder ersetzen zunehmend herkömmliche Formen der Berichterstattung. Auch die Printmedien sind einem Wandel unterworfen. Sämtliche Medien beziehen die Internet-Berichterstattung und neue Kommunikationsformen wie Internet-Blogs oder den Internet-Kurznachrichtendienst „Twitter“ in ihre Arbeit ein.

Die entscheidende Fragestellung ist damit der Zusammenhang zwischen Entscheidungsmechanismen, Entscheidungsfindung und Entscheidungsgründen und ihre jeweilige Nachvollziehbarkeit und Transparenz in der Öffentlichkeit.

Entscheidungsmechanismen betreffen den Hergang des Verfahrens und der Entscheidung – die Entscheidungsfindung, die Suche des Richters/Gerichtes/Entscheidungsorgans nach einem Ergebnis/einem Urteil mit den Vorschlägen, Argumenten, Meinungen der Beteiligten – die Entscheidungsgründe letztlich die gefundenen, heute nach außen hin kommunizierten Begründungen, so oder so zu entscheiden/zu urteilen. Bei der Entscheidungsfindung geht es also um die Art und Weise, wie eine Erkenntnis gewonnen wird, bei der Entscheidungsbegründung um die Art und Weise ihrer begründenden Darlegung. Bereits bei Cicero findet sich die Unterscheidung von *ars inveniendi* und *ars iudicandi*.⁸ Und Thomas von Aquin betonte die Unterschiedlichkeit der *via inventionis vel compositionis* und der *via iudicii vel resolutionis*.⁹ Im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation begründeten Schöffen in Magdeburg und Ingelheim ihre Schöffensprüche bereits im 14. und 15. Jahrhundert, und zwar wenn die Gefahr bestand, dass die Parteien den Urteilsspruch als falsch ansehen konnten.¹⁰ Eine Diskussion der Begründung von Urteilen wurde im 15. und 16. Jahrhundert geführt, wobei allerdings die Mehrzahl der Befürworter keine Begründung im heutigen Sinne forderte, also keine Mitteilung der Entscheidungsgründe an die Parteien. Vielmehr befürwortete man die Anlegung von Entscheidungssammlungen, um den Richtern für spätere Verfahren Anhaltspunkte zu geben und um der Rechtsprechung der beiden Höchstgerichte, Reichskammergericht und Reichshofrat, Konformität zu verleihen. Die Veröffentlichung von Gründen diente mithin als Instrument der Entscheidungsfindung, nicht der Entscheidungsbegründung. Als die Begründung von Urteilen *Usus* wurde, waren Reichskammergericht und Reichshofrat schon aufgelöst. Die Begründung als Bestandteil des Urteils in höchstrichterlichen Entscheidungen in Deutschland blieb nämlich der späteren Entwicklung im 19. Jahrhundert vorbehalten.¹¹

Eine nahezu zeitgleiche Berichterstattung über die im Gerichtssaal stattfindenden Ereignisse hebt die Trennung der Saalöffentlichkeit von der in den Medien übertragenen Öffentlichkeit zunehmend auf. Auch ist bei ausländischen Gerichten eine Entwicklung hin zu mehr Medienöffentlichkeit zu beobachten“, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/101/1810144.pdf> [08.03.2020].

8 T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München 1965, S. 39.

9 M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin 1976, S. 148 m. w. N.

10 G. GUDIAN, *Die Begründung in Schöffensprüchen des 14. und 15. Jahrhunderts*, Darmstadt 1960, S. 38 ff.

11 IGNACIO CZEGUHN, *Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung in Deutschland und auf der iberischen Halbinsel vom 15. bis zum 18. Jahrhundert – eine vergleichende*

Gleichzeitig ist aber mit diesen Themen das sensible Feld der richterlichen Unabhängigkeit angesprochen. Die Ausübung der richterlichen Gewalt bezieht ihre Legitimation aus dem Vertrauen, das Bürgerinnen und Bürger in die Justiz, in die rechtsprechende Gewalt setzen. An der Wende zum 19. Jahrhundert versuchte man das fehlende Vertrauen in die Justiz des Ancien Régime durch „Volksjustiz“, also Laienbeteiligung in Form von Geschworenengerichten, wiederherzustellen.¹² Heute stehen Gerichte unter besonderem Erwartungsdruck, bilden sie oft die letzte Zufluchtsmöglichkeit der Bürgerinnen und Bürger vor staatlicher Willkür und privatem Machtmissbrauch. Kommen Zweifel an der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Integrität der richterlichen Tätigkeit auf, droht heute der Rechtsstaat Schaden zu nehmen.

Diese Anforderungen entstanden aber nach und nach eben infolge der Entstehung und Entwicklung der Trias Entscheidungsmechanismus – Entscheidungsfindung – Entscheidungsbegründung. Dabei ist die Entwicklung über die Jahrhunderte hindurch, von einer ungelehrten Kultur des Entscheidens zu einer gelehrten, noch nicht hinreichend von der Forschung berücksichtigt worden. Das römische und kanonische Recht beeinflussten ursprünglich germanisch geprägtes Entscheiden und gestalteten so zunächst eine gemischte Entscheidungskultur, bis dann letztlich durch das *Ius commune* und die Rezeption des Römischen Rechts eine „gelehrte“ entstand.

Daher entschieden sich die Veranstalter der international angelegten Tagung und Herausgeber dieses Bandes, die Frage nach dem Urteiler – Richter oder Spruchkörper in Zusammenhang mit den Entscheidungsmechanismen und der Entscheidungsfindung im Rahmen einer europäischen Kultur des Entscheidens zu stellen.

Am Beginn der Tagung stand ein sehr gut besuchter Abendvortrag des Vorsitzenden Richters am Bundesgerichtshof a. D., Thomas Fischer. Dabei ging es um Theorie, Praxis und Fehlerquellen der strafrechtlichen Revision am Bundesgerichtshof – normative, strukturelle und organisatorische Bedingungen höchstgerichtlicher Steuerung. Thomas Fischer regt gerne gesellschaftliche Debatten an. In seinen Kolumnen und zahlreichen TV-Auftritten streitet er leidenschaftlich über Sinn und Unsinn im deutschen Rechtssystem. Fischers Kritik ist bemüht, Missverständnisse, die viele Bürgerinnen und Bürger vom Recht haben, aus dem Weg zu räumen. Hierfür riskiert er gerne provokante Fragestellungen und Antworten, wie auch bei diesem Vortrag. Er bot bestens Gelegenheit zur anschließenden kontroversen Diskussion.

Betrachtung, in: *Juristische Argumentation – Argumente der Juristen*, hg. von A. Cordes, Köln 2005, S. 239.

12 Hierzu neuerdings: BERGER/DELIVRÉ/LÖHNIG (Hg.), *Popular Justice in Times of Transition (19th and 20th century Europe)*, Bologna 2017.

Das dinggenossenschaftliche Findungsverfahren im ungelehrten mittelalterlichen Recht, das spätmittelalterliche kanonische Gerichtsverfahren bis hin zu den Oberappellationsgerichten des 19. Jahrhunderts und den Geschworenen- und Schöffengerichten im reformierten Strafverfahren sind unter anderem weitere Themen, die die Beiträge dieses Bandes aufgreifen. Den gemeinrechtlichen Bezugspunkt bilden nicht allein das Reichskammergericht und der Reichshofrat, sondern ebenso andere europäische Obergerichte aus Spanien, England, Schottland und Schweden. Auf diese Weise hoffen die Herausgeber, dass sich Besonderheiten, aber auch typische Gemeinsamkeiten der frühneuzeitlichen richterlichen Entscheidungstätigkeit deutlich erkennen lassen.

Einen Aspekt haben wir allerdings außen vor gelassen: Die Ära der KI (künstlichen Intelligenz)-Richter könnte näher sein, als wir denken. Die zunehmende Anwendung computergestützter Systeme und Algorithmen zur Datenanalyse oder Entscheidungsfindung wird bereits in Gerichtssälen erprobt und eingesetzt. Was sind die rechtlichen und ethischen Vorbehalte solcher Systeme? Datengestütztes algorithmisches Profiling, das bereits bei polizeilichen Ermittlungen und bei der Ermittlung von Straftaten eingesetzt wird, dringt auch in Gerichtssäle vor. Ein kürzlich von Forschern des UCL, der University of Sheffield und der University of Pennsylvania geleitetes Projekt gab bekannt, dass ein KI-Richter in 584 Fällen, die zuvor entschieden worden waren, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit 79 % Genauigkeit voraussagte.¹³ Der zuverlässigste Faktor für die Voraussage der Entscheidung des Gerichtshofs war der sachliche Hintergrund des Falles, wie er im entsprechenden Unterabschnitt des Urteils beschrieben ist. Das Projekt zeigte, dass Maschinenprognosen, die auf Verarbeitungsmethoden für natürliche Sprachen basieren, sehr zuverlässig sein können. Doch ist höchst zweifelhaft, ob ein rein automatisiertes richterliches Entscheidungsmodell die Kriterien eines fairen Verfahrens als grundlegendes Menschenrecht im Sinne von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention erfüllen würde.

13 Hierzu: Artikel im Guardian, Artificial intelligence 'judge' developed by UCL computer scientists Software program can weigh up legal evidence and moral questions of right and wrong to predict the outcome of trials, vom 24. Oktober 2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists> [08.03.2020].

Thomas Fischer

Denkanstoß: Theorie, Praxis und Fehlerquellen der strafrechtlichen Revision am Bundesgerichtshof

Normative, strukturelle und organisatorische
Bedingungen höchstrichterlicher Steuerung¹

Herzlichen Dank für die freundliche und ehrenvolle Einladung, zum Auftakt und am Vorabend der rechtshistorischen Tagung der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung zu sprechen. Mein Thema ist definitiv kein rechtshistorisches. Ob es dereinst ein solches werden wird, weiß man nicht.

Mein Vortrag befasst sich mit den Aufgaben, Bedingungen, Vorzügen und Fehlerquellen des strafrechtlichen Revisionsverfahrens beim Bundesgerichtshof (BGH), dem Obersten Gerichtshof der Bundesrepublik für die sogenannte ordentliche Gerichtsbarkeit und in Fällen schwerer Kriminalität einzige Rechtsmittelinstanz.

I. Höchstrichterliche Steuerung

Der Titel meines kleinen Vortrags unterstellt en passant, was eigentlich entscheidend ist: Dass erstens „höchstrichterliche“, zweitens „Steuerung“ existiere, daher jedenfalls auch Subjekte und Objekte solchen Bemühens. Dies ist nicht selbstverständlich, und über jeden der genannten Begriffe kann man lange und kontrovers nachdenken, sprechen, streiten.

Die Bürgerinnen und Bürger Deutschlands in ihrer großen Mehrheit, so darf man intuitiv unterstellen, interessieren die hier angedeuteten Fragen meist wenig. Gleichwohl unterschreiben sie die unterstellten Postulate: Es muss (Straf-)Recht geben, es muss eine höchste Instanz geben, es muss eine Kraft geben, die steuert! Es stellen sich die Fragen: Wohin wird gesteuert; und aus welcher Kraft, mit welchem Impetus, aufgrund welchen Mandats? Heutzutage gilt vielfach als entscheidende

1 Wetzlar 25.04.2018, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung: Rechtshistorische Tagung, Öffentlicher Einführungsvortrag. Das Manuskript ist unverändert. Es enthält Textteile, die (auch) in anderen Schriften des Verfassers veröffentlicht und im vorliegenden Text nicht im Einzelnen als Zitate ausgewiesen sind, insbesondere THOMAS FISCHER, Über das Strafen. Recht und Sicherheit in der demokratischen Gesellschaft, München 2018; DERS., Anmerkungen zum Beweis des subjektiven Tatbestands, in: DERS. (Hg.), Baden-Badener Strafrechtsgespräche 2018, Baden-Baden 2019.

Frage, was – in einem beklagenswert tagespolitischen Sinn – „hinten herauskommt“: Wer durch was „gestärkt“, belastet, bestätigt, gefördert oder bezahlt wird. Das ist indes nicht, was das Wesen von „höchstrichterlicher Steuerung“ ausmacht.

1. Gesetzliche Grundlagen

Zum Verständnis des Nachfolgenden müssen ein paar gesetzliche Regelungen eingeführt werden, die Stellung und Tätigkeit des Gerichtshofs bestimmen.

Grundgesetz

Art. 20:

(1) [...]

(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

[...]

Art. 92:

Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.

Art. 95:

(1) Für die Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit errichtet der Bund als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht.

[...]

Art. 97:

(1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.

(2) [...]

Art. 101:

(1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.

(2) [...]

Art. 103:

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

[...]

Denkanstoß: Theorie, Praxis und Fehlerquellen der strafrechtlichen Revision am BGH 19

Gerichtsverfassungsgesetz

§ 130:

- (1) Bei dem Bundesgerichtshof werden Zivil- und Strafsenate gebildet [...]. Ihre Zahl bestimmt der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz.
- (2) [...]

§ 132:

- (1) [...]
 - (2) Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen, so [entscheidet] der Große Senat für Strafsachen, wenn ein Strafsenat von einem anderen Strafsenat oder von dem Großen Senat für Strafsachen [...] abweichen will.
 - (3) Eine Vorlage an den Großen Senat oder die Vereinigten Großen Senate ist nur zulässig, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, daß er an seiner Rechtsauffassung festhält. [...]
 - (4) Der erkennende Senat kann eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.
- [...]

§ 135:

- (1) In Strafsachen ist der Bundesgerichtshof zuständig zur Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision gegen die Urteile der Oberlandesgerichte im ersten Rechtszug sowie gegen die Urteile der Landgerichte im ersten Rechtszug, soweit nicht die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte begründet ist.
- (2) [...]

§ 139:

- (1) Die Senate des Bundesgerichtshofes entscheiden in der Besetzung von fünf Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden.
- (2) [...]

Strafprozessordnung

§ 337:

- (1) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.
- (2) Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

§ 344:

- (1) Der Beschwerdeführer hat die Erklärung abzugeben, inwieweit er das Urteil anfechte und dessen Aufhebung beantrage (Revisionsanträge), und die Anträge zu begründen.
- (2) Aus der Begründung muss hervorgehen, ob das Urteil wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren oder wegen Verletzung einer anderen Rechtsnorm angefochten wird. Ersterenfalls müssen die den Mangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden.

§ 349:

- (1) [...]
- (2) Das Revisionsgericht kann auf einen Antrag der Staatsanwaltschaft, der zu begründen ist, auch dann durch Beschluß entscheiden, wenn es die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet.
- (3) [...]
- (4) Erachtet das Revisionsgericht die zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision einstimmig für begründet, so kann es das angefochtene Urteil durch Beschluß aufheben.
- (5) Wendet das Revisionsgericht Absatz 1, 2 oder 4 nicht an, so entscheidet es über das Rechtsmittel durch Urteil.

§ 352:

- (1) Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die gestellten Revisionsanträge und, soweit die Revision auf Mängel des Verfahrens gestützt wird, nur die Tatsachen, die bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichnet worden sind.
- (2) [...]

2. Statistik

Beim BGH sind fünf Strafsenate eingerichtet. Die Zuständigkeit richtet sich, anders als bei den Zivilsenaten, nach dem Ort der erstinstanzlichen Verurteilung; konkret sind die 24 OLG-Bezirke auf die Senate aufgeteilt. Vier Senate haben ihren Sitz in Karlsruhe, (bislang) einer in Leipzig (Föderalismuskommission BT ag/ BRat 1991/1992 („Rutschklausel“)). Ich beschränke mich im Folgenden auf die Zuständigkeit des BGH für strafrechtliche Revisionen, also die Hauptzuständigkeit des Gerichts.

Im Jahr 2017 sind beim BGH insg. 3.168 Revisionen neu eingegangen; 3.208 wurden erledigt. Auf jeden Senat entfallen daher im Durchschnitt 640 Revisionsverfahren (zusätzlich etwa im 2. Senat: 450 unzulässige Beschwerden; 50 Gerichtsstandsbestimmungen).

Die Zahl der Erledigungen von Revisionen betrug 2008 3.190 und pendelte in den letzten 10 Jahren zwischen 2.850 (2014) und 3.208 (2017), ist also einigermaßen stabil, mit zuletzt wieder zunehmender Tendenz. Von den genannten Erledigungen entfielen in den Jahren 2010 bis 2017 zwischen 85 Prozent (2. StS) und 95 Prozent auf (einstimmige) Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 oder 4 StPO. Hiervon waren jeweils über 90 Prozent Verwerfungsbeschlüsse. Um abschätzen zu können, was diese Zahlen inhaltlich bedeuten, muss man sich ein wenig in die Aufgaben, Möglichkeiten und Strukturen der Revisions-Rechtsprechung einarbeiten.

II. Fehltrurteile

Was ist ein Fehltrurteil? Für den Laien und erst recht für Menschen, die an einem Strafverfahren als Betroffene, namentlich Beschuldigte, Angeklagte, Anzeigeerstatter, Nebenkläger beteiligt sind, erscheint die Antwort leicht: Falsch ist ein Urteil, dessen Ergebnis mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt. Und zwar weil entweder die sogenannten „wahren Tatsachen“ nicht erkannt und zugrunde gelegt oder aber die Tatsachen unzutreffend bewertet wurden. Dies ist die naheliegende Perspektive des so oder so Betroffenen, der die tatsächlichen Geschehnisse kennt und eine bestimmte Wertung zugrunde legt. Sie wird übernommen von der populären Kultur der Kriminalfälle, sei es in Literatur oder Film, die bis in die äußersten Winkel der Gesellschaft verbreitet und außerordentlich einflussreich ist. Sie beherrscht über Angebote und Strukturen der Identifikation weithin das Denken über Kriminalität und Strafrecht überhaupt, damit auch das der professionell mit Strafrecht Beschäftigten.

Freilich ist schon auf dieser Ebene es so einfach nicht. Vielmehr stellen sich alsbald zwei Fragen. Erstens, woher stammen die Tatsachen und was ist die Wahrheit? Zweitens, was ist, wenn zwischen Tatsachen, Wahrheit und Ergebnis Spannungen und Differenzen auftreten?

1. Wahrheit

Die erste Frage führt unmittelbar zum Verfahren. Polizei, Staatsanwaltschaft, Gericht und Öffentlichkeit wissen, dass die Wahrheit verhüllt wird, wenn Zeugen lügen oder die Spuren verloren sind. In diesem Fall spaltet sich die Wirklichkeit auf in eine spannungsgeladene Beziehung zwischen lebensweltlicher Wahrheit, fiktiv erzeugter Wahrheit und dem mehr oder minder erfolgreichen Bemühen einer Gerechtigkeitsagentur, beides in Übereinstimmung zu bringen. Es muss klar sein und bedacht werden, dass die Tatsachen nicht unabhängig vom Erkenntnisprozess selbst und vom Erkenntnisinteresse gedacht werden können. Das gilt erst recht im Strafrecht, in dem jede Tatsachen- und Sachverhaltsfeststellung stets eine selektive Verdichtung von und auf Tatbestandsmerkmale ist, also auf vielfach normativ bestimmte Begriffe.

Schon ein erster Blick auf das materielle Strafrecht zeigt, dass die bloße Gleichung „Richtig ist gleich wahr“ nicht ausreichen kann, wenn sie bedeuten sollte: Ein richtiges Urteil kann nur ein wahres Urteil sein, ein wahres Urteil nur ein solches, dem eine zutreffende Erkenntnis der Wirklichkeit zugrunde liegt. Denn das würde unter anderem bedeuten, dass man in ahistorischer Beschränktheit retrospektiv erhebliche Teile der Strafrechtsgeschichte für „falsch“ halten müsste,

weil sie Tatsachen erforschte und sanktionierte, die sich nach heutigen Rationalitätsvorstellungen oder Rechtsgutsbegriffen als spekulativ oder fiktiv, als „nicht wahr“ erweisen; entsprechende Entscheidungen wären daher nicht legitimierbar. Beispiele sind die Strafbarkeit von Schadenszauber, von Buhlerei mit dem Teufel oder von Gotteslästerung. Es wäre allerdings merkwürdig, etwa zu behaupten, die römische (Straf-)Rechtsgeschichte sei eine einzige blutige Verbrechensfolge, weil sie auf einer Sklavenhalterkultur beruhte, oder alle Verurteilungen von Hexerei über viele Jahrhunderte in Europa seien „Fehlurteile“ in einem legitimatorischen Sinn, kurz gesagt: Zu behaupten, alle Gesellschaften hätten Jahrtausende lang lauter „Rechtsfehler“ begangen und Wahrheit und Gerechtigkeit schon im Ansatz verkannt; wir Heutigen aber machten alles richtig.

Dasselbe gilt übrigens auf der Verfahrensebene; auch sie ist insoweit problematisch. Zu sagen, die Einhaltung von heute als elementar angesehenen Verfahrensregeln führe unabhängig von der Wahrheit zu richtigen, der Verstoß gegen sie jedenfalls automatisch zu falschen Urteilen, schiene mir eine These, die sich nicht von selbst versteht und gewiss weiterer Erörterung bedürfte. Wenn man etwa das Folterverbot des § 136a StPO als Beispiel für eine solche Verfahrensregel nimmt, dürfte ihre Anwendung nicht auf allseitige Zustimmung stoßen, obgleich jedenfalls ihre zweite Hälfte einige Plausibilität hat. Denn das Verbot der Folter beruht ja nicht auf der gern behaupteten Erkenntnis, dass mit ihrer Hilfe nicht die Wahrheit ermittelt werden könne. Die Erfahrung lehrt vielmehr, dass Folter im Gegenteil gut „funktioniert“, wenn sie nach rational-wissenschaftlichen Regeln eingesetzt wird. Argumente gegen die Folter können daher nicht der Empirie entnommen werden, sondern sind normativer Natur.

2. Wirklichkeit und Wahrheit

Welche Wirklichkeitsdefinition ist zu akzeptieren? Unsicherheiten bestehen selbst in Bereichen, die wir gemeinhin für recht offenkundig halten. Ein konstruiertes Beispiel: Nehmen wir an, es gibt einen durchschnittlichen Einwohner von Wetzlar und einen durchschnittlichen Ureinwohner Australiens, dessen Lebens-Bewusstsein die Dimension der Traumpfade als Wirklichkeit integriert. Nehmen wir an, beide kommen bei längerem Betrachten eines Steins zu der Erkenntnis: Aus diesem Stein strahlt eine Kraft, die mich auffordert, meinen Nachbarn zu erschlagen.

Wir sagen zu dem Täter aus Wetzlar vermutlich, dass er *krank* sei, und zu dem Australier, dass er *gesund* sei. Wir halten die Ureinwohner Australiens nicht für allesamt wahnsinnig oder für im Zweifel schuldunfähig. Wir integrieren also Vorstellungen von der Wirklichkeit, die sich unseren Rationalitätsanforderungen vollständig entziehen, auf ganz unterschiedliche Weise in eine eigene Wirklichkeits-

Definition, die auf Abgrenzung von Zuständen setzt: Gesund oder krank, soziale Wahrheit oder wahnhafte Dysfunktion des Gehirns, ursächlich oder zufällig? Mit fließenden Übergängen, Zwischenstufen, Verbindungen kann das bei uns geltende Recht nichts anfangen, weil wir sie vor langer Zeit aus unserer Methode der Wirklichkeits-Beherrschung eliminiert haben.

Ein Beispiel im Übergangsbereich zwischen Wirklichkeit und Fantasie: Die Ehre. Wir halten sie für ein „Rechtsgut“ und beschreiben dies, mühsam, mit allerlei komplizierten Umschreibungen eines sozialen Konstrukts, das wir zudem auch noch mit zweihundert Jahren „Angemessenheit“ und „Verdientheit“, Religion und Weltgeschichte aufladen. Menschen aus anderen Ländern mit anderen Sitten halten die Ehre für etwas fast schon körperlich Vorhandenes, das ihnen wie eine Seele in der Brust oder wie ein Schatten auf der Schulter sitzt, und das mit allen Mitteln, Fäusten, Messern und Pistolen verteidigt werden muss. Wenn wir einem Tagelöhner aus Islamabad sagen, er solle die Ehre seiner Tochter nicht so wichtig nehmen, findet er das fremd und unverständlich. Er hält Menschen, die sagen: „Meine Tochter braucht keine Ehre, sondern einen Studienplatz“, für verachtenswert oder vom Teufel besessen.

Ein drittes Beispiel ist das Seelenheil. Es gibt Menschen, die Notwehr zur Rettung ihres Seelenheils für eine auch rechtlich gebotene Handlung halten und dies ganz ernst meinen. Dieses Rechtsgut gibt es bei uns nicht. Wir sagen diesen Menschen also: Wenn Du hier lebst, musst Du davon absehen, so etwas wie Seelenheil oder die Erwartung des Einzugs ins Paradies zu verteidigen oder überhaupt als Wirklichkeit in dieser Welt wahrzunehmen. Nun muss man sich, auch wenn es unsereins schwerfällt, einmal vorzustellen versuchen, dass es Menschen gibt, die wirklich daran glauben, dass sie ein Seelenheil haben, dass sie, wenn sie es verspielen, wirklich in die Hölle kommen, und dass Gott sie so unmittelbar und permanent beobachtet, wie man es hierzulande zuletzt vielleicht erlebte, wenn man im Jahr 1350 das Westportal von Notre Dame de Paris durchschritt: Das Portal des Jüngsten Gerichts. Wir aber sagen diesen Menschen: Nun seid ihr schon drei Monate im Aufnahmelager; da könnt ihr es einmal gut sein lassen mit dem Seelenheil und der Hölle. Bei uns in der Zivilisation hat man kein Seelenheil, sondern eine Hausratversicherung; man darf Gott betrügen, aber nicht das Sozialamt.

Die Form der Rationalität, der wir uns, unsere Wahrheitserkenntnis und unsere Moral verpflichtet fühlen, erst recht aber unser strafendes Recht, sagt: Es gibt Wahrheit als außerhalb unserer selbst existierende, außerhalb sozialer Konstruktion existierende Wirklichkeit, und wir müssen versuchen, uns ihr anzunähern, was wir aber (letzten Endes) weder subjektiv noch intersubjektiv können. Dieser Anspruch lässt nicht allein den Theoretiker und die Bestimmer, sondern, mit steigender Informiertheit, die Einzelnen in einem Dilemma der Unergründlichkeit

zurück, das man nur dadurch erträglich machen kann, dass man sagt: So ist halt die Welt, und so ist der Mensch; wir können Wahrheit nicht erreichen, weil wir nicht vollständig rationalisierbar sind.

Damit aber sind wir bei einer interessanten Frage angelangt, welche das Maß, den Grund und die Begründung betrifft, die heute als sogenannte *Krise* der Legitimation formuliert werden: Die – mögliche – Banalität, dass der Kaiser keine Kleider trage, erscheint als Legitimitäts-Desaster historischen Ausmaßes. Damit aber stellt sich die Frage, warum, was viele Jahrzehnte lang als banales Bonmot durchging, heute wieder als Sensation gelten darf und im sogenannten Populismus ein Publikum findet, das es als wirkliche Wahrheit, als mutige Enthüllung, als revolutionäre Delegitimation feiert.

3. Erkenntnisanspruch

Selbstverständlich können wir den vom BVerfG und BGH häufig wiederholten Grundsatz, Aufgabe des Strafprozesses sei die Erforschung der materiellen Wahrheit, auf der Grundlage unserer Vorstellungen von Rationalität und Wirklichkeit nicht aufgeben. Es drängt sich aber unmittelbar auf, dass dieser Grundsatz nur einen Teil der sozialen Wirklichkeit erfasst und dass etwa gleichberechtigt daneben das Bedürfnis nach Rechtsfrieden, Gewaltverteilung, Staatslegitimation und Gerechtigkeit steht. Diese Ziele stehen nicht neben, unter oder über der Wahrheit, sondern sind Teil ihrer sozialen, kommunikativen Konstruktion: Vereinbarungen über die Abgrenzungen von relevanten und irrelevanten Bedingungen des Strafens.

Nirgendwo kann man das besser sehen als in der endlosen Diskussion über die sogenannte objektive Zurechnung oder in Diskussionen über strafrechtlich relevante Kausalität. Erinnert sei an die Stichworte „überholende“, „abbrechende“, „kumulative“ Kausalität, „hypothetische Kausalität des Unterlassens“ und viele andere Konstruktionen, die wir in den letzten 200 Jahren konstruiert haben, um uns auf schwankendem Boden und ständig wechselnd darüber zu orientieren, was wir überhaupt „wahre Tatsache“ nennen und einer strafrechtlichen Bewertung zuführen und wie viel gesicherte Tatsachenerkenntnis wir einer solchen Bewertung als Minimum zugrunde legen wollen.

Ein weiteres Beispiel ist die Wirklichkeit der Schuld. Wir behandeln sie so, als sei sie eine naturwissenschaftliche Bedingung, eine Art Funktion der Schuld-*Fähigkeit*, die wir wiederum naturwissenschaftlich verorten: als Gesundheit des Geistes, gesundes Funktionieren des Gehirns. Zugleich ist sie eine sozial-normative Zumutung. Tatsächlich vermischen sich beide Ebenen auf vielfältige, schwer zu durchschauende Weise. Die Schuld-Diskussion ist, eigentlich

überraschenderweise, durch Erkenntnisse der Neurologie und Veröffentlichungen der neueren Hirnforschung in große Aufregung und zu allerlei Selbstzweifeln geraten. Manche sehen das Ende der „Schuld“ gekommen, weil die Entdeckung der „Natur“-Bestimmtheit von Entscheidungen den Begriff von Freiheit verändern könnte. Andere halten die Aufregung für überflüssig und sagen: Zur normativen Konstruktion von Schuld brauchen wir das Gehirn nicht. Denn das Ich kann zwingend immer nur „Ich“ denken, und wie es neuronal zustande kommt, braucht das Strafrecht nicht zu interessieren. In jedem Fall zeigt die Diskussion, dass die Feststellung von Wahrheit und die Bedingungen dieser Feststellung in eins fließen.

Die gesamte Diskussion über Fehlerquellen im Strafprozess und bei der Wahrheitserkenntnis geht davon aus, dass Fehler tatsächlich *vorkommen* und sich in einer nicht bekannten und nicht zuverlässig ermittelbaren Anzahl von Fällen tatsächlich dahin auswirken, dass Fehlurteile ergehen, also (falsche) Entscheidungen, denen Wahrheit nicht zugrunde liegt und die damit jedenfalls große Teile von Gerechtigkeit verfehlen. Wenn nun *Wahrheit* das entscheidende Kriterium der Legitimität wäre, müsste man auf der Grundlage dieses Wissens eigentlich die Rationalität des Strafrechtssystems *insgesamt* in Frage stellen. Man müsste, genauer gesagt, hoch beunruhigt sein, denn man kann nicht zugleich behaupten, die Gültigkeit eines normativen Systems hänge *entscheidend* davon ab, ob ein bestimmter Umstand („Wahrheit“) erreicht wird, und zugleich einräumen, man habe weder eine Ahnung, wie oft dieser Umstand eintritt, noch wisse man genau, wie sich dies prüfen und feststellen lässt. Das ist, als behauptete die Medizin, man wisse nicht, ob eine bestimmte Behandlungsmethode eine große Zahl von Todesfällen *verhindere* oder eine ebenso große Zahl *verursache*; da diese Frage aber erst vielleicht künftige Generationen lösen könnten, mache man vorerst mit der Methode weiter. Wenn man dies als hippokratische Grundregel verkündete, würden die Patienten vermutlich sehr beunruhigt reagieren.

Zwischenergebnis: Tatsachenfeststellung ist nicht nur Wahrheits-Abbildung, sondern in erheblichem Maße auch Wahrheits-Konstruktion. Richtigkeit von Feststellungen lässt sich von Legitimitätsabwägungen nicht trennen. Dabei geht es um Recht, das heißt um Staat, Gewalt, Macht, und nicht nur um äußere Tatsachen.

III. Fehlerquellen im Revisionsrecht

Die Revision nach §§ 331 ff. StPO ist als Rechtsbeschwerde konzipiert. Sie richtet sich daher gegen das angefochtene Urteil als Recht gestaltende Entscheidung, betrachtet aber diesen Gegenstand allein in der Form, die § 267 StPO ihm als sogenannte „Urteilsgründe“ gibt.