

Fehlleistungen im Recht?! – Von (Entscheidungs-)Gespenstern und prozessualen Geisterschiffen

Zugleich eine Erwiderung auf Kotsoglou, JZ 2017, 123 sowie eine (teilweise) Reaktivierung der Merklschen Lehre vom Fehlerkalkül

Nina Schrott¹

I. Einleitung

Vom „Gespenst des Fehlurteils“ ist bei *Kotsoglou* die Rede und der Frage nach seinem „rechtsdogmatischen Status“.² Justizirrtümer und „verfehlende“ Entscheidungen erhitzen seit jeher die juristischen Gemüter und verführen zum Gebrauch mal mehr, mal weniger passender Sprachbilder.³ Treffend ist die Gespenstermetapher *Kotsoglous* insofern, als dass das Spektrum rechtlicher Fehlleistung zwar weit, in seinen Rändern aber schwer abgrenzbar, manchmal diffus, bisweilen gar „konturlos“ erscheint. Ein Gespenst lässt sich eben nicht so leicht „dingfest“ machen und wenn doch, bedarf es dazu spezieller (Erkenntnis-)Mittel.

Zu geisterhaften Sprachbildern ermuntert aber offensichtlich nicht nur das „Fehlurteil“ als solches, sondern auch die Frage, wie man mit einer derartigen rechtlichen „Fehlleistung“ umzugehen hat. *Meyer-Goßner* bleibt

1 Für wertvolle Hinweise und eine anregende Diskussion danke ich herzlich Herrn *Jonas Marx*.

2 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123.

3 So erscheint etwa der auch von *Merkel* verwendete Begriff des „Justizmords“ aus heutiger Sicht doch einigermaßen unpassend, vgl. *Merkel*, in: Mayer-Maly et al., 369, (z.B.) 370. Zu den vielfältigen Ursachen von „Fehlentscheidungen“ *Gilliéron*, in: Barton et al., 59 ff.; *Oswald/Wyler*, in: Barton et al., 103 ff.; *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 105 ff. mit zahlreichen w.N.; die „psychologischen Faktoren, die Fehlurteile begünstigen“, beleuchtet *Velten*, GA 2015, 387, 397 ff. Zur Anzahl von „Fehlurteilen“ und den entsprechenden Schätzversuchen ebenfalls *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 70 ff. sowie *Velten*, GA 2015, 387, 391. Eine Zusammenstellung der erschienenen Literatur „über den Justizirrtum oder das Fehlurteil“, die „Legion“ sei, liefert *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 901 Fn. 3669. Zu den aktuellen Bemühungen, eine dem amerikanischen „Innocence Project“ vergleichbare Initiative zur „Überprüfung und Beseitigung rechtskräftiger Fehlurteile“ auch in Deutschland zu etablieren, siehe *König*, Zeit 2022/48, S. 22.

daher „im Bild“, wenn er die Auffassung, ein fehlerhaftes Strafurteil könne nichtig – im Sinne von schlechthin unbeachtlich – sein, als „eine Art ‚prozessuales Geisterschiff‘“ bezeichnet, „das im Meer der strafprozessualen Erwägungen geheimnisvoll auftaucht, ohne aber in der Regel in die Wirklichkeit einzudringen“⁴.

Damit bestimmen Geister und Gespenster den Fortgang dieser Untersuchung, die sich insbesondere den beiden folgenden Themenkomplexen widmen möchte:

- (1.) Was genau versteht man unter einem „Fehlurteil“ und wie lässt sich ein solches zuverlässig feststellen?
- (2.) Wo lassen sich Fehlentscheidungen zwischen Rechts-, Unrechts- und Nichtrechtsakten zutreffend zu verorten?

Verhandelt wird damit die Frage, was geschieht, wenn Grundprinzipien juristischer Methodik missachtet,⁵ tragende dogmatische Prämissen negiert,⁶ materielle Wahrheiten nicht gefunden werden – kurz: das Fundament der juristischen Entscheidungsfindung Risse aufweist oder gänzlich weggebrochen ist.

II. Die Fehlentscheidung aus begrifflicher und epistemologischer Sicht

1. Begriffsklärung

Rechtliche Fehlleistungen bilden ein (zu) weites Feld. Um überhaupt sinnvoll über dieses Phänomen sprechen zu können, ist daher zunächst eine knappe Begriffsdefinition erforderlich. Was ist – auch und insbesondere im Rahmen dieser Untersuchung – gemeint, wenn von Fehlleistungen, Fehlurteilen, Fehlentscheidungen oder gar Justizirrtümern die Rede ist?⁷ Eine Legaldefinition hierfür sucht man vergebens – der Begriff des „Fehlurteils“ bzw. der „Fehlentscheidung“ ist dem Gesetz ebenso fremd wie der des „Justizirrtums“ oder der „Fehlleistung“ als solcher.⁸

4 Meyer-Goßner, ZIS 2009, 519, 522.

5 Z.B. keine saubere Subsumtion; keine rechtlogischen Schlussfolgerungen.

6 Z.B. keine rationale Begründung von Werturteilen.

7 Vgl. insofern – wieder „geisterhaft“ – Geipel in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 59: „Bereits bei der Frage, was ein ‚Fehlurteil‘ ist, scheiden sich die Geister.“

8 Vgl. Böhme, Das strafgerichtliche Fehlurteil, S. 25; Barton, FS Eisenberg, 15, 17.

Die Aufzählung erzwingt damit bereits eine erste begriffliche Unterscheidung: Während der Terminus des Urteils und der Entscheidung die *Art* der *gerichtlichen* (Fehl-)Leistung betrifft, ist der Ausdruck „Fehlleistung“ bereits terminologisch nicht auf den judikativen Bereich beschränkt. Nähern wir uns dem Begriff der Fehlleistung anhand des genuin zivilrechtlichen Leistungsbegriffs, so wäre hierunter wohl eine Art „Schlechtleistung“, also die mangelhafte Erfüllung einer noch näher zu definierenden Leistungspflicht, zu verstehen.⁹ Zieht man weiterhin die zivilrechtliche Dogmatik zu Rate, so müsste man diese Pflichtverletzung (als Fehlleistung) jedenfalls für den Fall einer erfolgreichen Schadensersatzklage grundsätzlich auch zu vertreten haben, wobei ein solches Vertretenmüssen vermutet wird, vgl. § 280 I S. 2 BGB.

Dies wirft – zumindest „strafrechtlich vermittelt“ – eine zweite Abgrenzungsfrage auf: die nach der Unterscheidung von bloßen, ggf. unvorsätzlichen, (Rechts-)Irrtümern und einer mit Wissen und Wollen begangenen Rechtsbeugung nach § 339 StGB.

Um die „Fehlleistung“ als solche umfassend erfassen zu können, gleichzeitig aber eine uferlose Ausweitung des Diskussionsgegenstands zu vermeiden, soll hier ein einerseits enges, andererseits weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden: Vom Untersuchungsgegenstand erfasst sind danach sowohl vorsätzliche als auch unvorsätzliche Fehlleistungen und damit im Ergebnis auch Fälle des § 339 StGB – jedoch unabhängig von der judikativen Form, in der sie ergangen sind.¹⁰ Gleichzeitig bleiben Fehlleistungen auf Ebene der Gesetzgebung¹¹ und im Bereich tatsächlichen (Verwaltungs-)Handelns¹² zumindest grundsätzlich außer Betracht.¹³ Damit geht es im Kern um gerichtliche Fehlentscheidungen als sogenannte „Fehlurteile“.

Zweifellos kann es in allen Rechtsgebieten zu solchen judikativen „Schlechtleistungen“ kommen. Angesichts einer gewissen „intuitiven“ Nähe

⁹ Zum Begriff der Schlechtleistung siehe nur Lorenz in BeckOK-BGB, 66. Ed. 1.5.2023, § 280 Rn. 22.

¹⁰ Ähnlich Merkl in: Mayer-Maly et al., 369, 370; vgl. im Zusammenhang mit § 339 StGB auch Kotsoglou, Forensische Erkenntnistheorie, S. 122.

¹¹ Beispiel: Redaktionsversehen.

¹² Stichwort: nichtiger VA / „Nichtakt“.

¹³ Zum „Verwaltungsirrtum“ und dem Irrtum „auf dem Gebiete der dritten, höchsten Staatsfunktion, der Gesetzgebung“ als mögliche weitere Irrtümer siehe Merkl, in: Mayer-Maly et al., 369 f.

zum Strafrecht,¹⁴ man denke insofern nur an *Merkls* „Justizmord“¹⁵, soll es hier jedoch primär um *strafrechtliche* Fehlentscheidungen gehen. Dennoch werden sich an vielen Stellen zum Teil „existentielle“ Wechselwirkungen und Anknüpfungspunkte zum Zivil- und zum öffentlichen Recht ergeben.

2. Zur Feststellbarkeit und Systematisierung von Fehlentscheidungen – oder: Glauben wir an Gespenster?

a) Fehlentscheidungen auf Sachverhaltsebene

Nach *Kotsoglou* ist ein Fehlurteil „nach h.M. ein Urteil, welches auf einer *Fehlvorstellung* des Entscheidenden über die Wirklichkeit beruht“¹⁶. Mit dieser Definition ist jedenfalls *eine* Spielart der fehlerhaften rechtlichen Entscheidung benannt: das Fehlurteil auf Sachverhaltsebene (oder auch „faktisches Fehlurteil“¹⁷). Plakativ – und etwas vereinfacht: Die Verurteilung der tatsächlich unschuldigen, der Freispruch der realiter schuldigen Person.¹⁸ Rechtliches Entscheiden entgegen der „objektiven Wirklichkeit“.

aa) Igitt Metaphysik!¹⁹

An dieser Stelle setzt nun *Kotsoglou* mit seiner durchaus nachdrücklich formulierten Kritik an, wenn er ausführt, dass das Fehlurteilsrisiko sowie Fehlurteile (Plural!) im Rahmen des Strafverfahrens „notgedrungen einkalkuliert“ seien, hingegen von einer Fehlverurteilung im Singular „kaum die Rede“ sein könne, „da wir nicht wissen könn[t]en, ob das jeweilige Strafurteil der ‚objektiven Wirklichkeit‘ [entspreche]“²⁰. Denn – so *Kotsoglou* weiter – „der ‚wirkliche‘ Wahrheitswert des propositionalen Gehalts der Anklage transzendierte die epistemische Grenze, die nicht nur vom jeweiligen Beweismaterial, sondern vielmehr vom menschlichen Wissen gezogen

14 Ähnlich *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlurteil, S. 25.

15 *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, (z.B.) 370.

16 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 126, Hervorhebung im Original.

17 Zur Begrifflichkeit *Barton*, FS Eisenberg, 15, 17 ff. m.w.N.

18 Vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 126.

19 Zur Verwendung des Begriffs der Metaphysik als „Unwort“ siehe *Aichele et al.*, RphZ 3/2018, III; *Horn*, RphZ 3/2018, 207, 211.

20 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 129.

wird“²¹. Letztgültige Erkenntnis bleibt uns also verwehrt; wir können nie ganz sicher sein, ob das, was wir für wahr halten, auch gewiss wahr ist, also mit der historischen Wirklichkeit tatsächlich übereinstimmt. Bei der Frage, ob ein Angeklagter wirklich unschuldig, ein Strafurteil tatsächlich ein Fehlurteil sei, handle es sich folglich um eine „nicht-epistemische und in diesem Sinne metaphysische Frage, die sich im Kreis beweg[e]“²².

Man muss an dieser Stelle nicht unbedingt auf *Wittgenstein* verweisen, um die – so *Kotsoglou* selbst – „alltägliche Trivialität“²³ wissenschaftsautoritativ abzusichern, dass „unsere Entscheidungen bisweilen die ‚ontologische Wirklichkeit da draußen‘ verfehlten“²⁴.²⁵ Und auch die Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens darf zumindest prinzipiell und dem Grunde nach vorausgesetzt werden.²⁶

21 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 129.

22 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 131. Der bloße Verweis auf Metaphysik bzw. auf metaphysische Aspekte ist für sich genommen aber noch kein hinreichend valides Argument dafür, den Begriff des Fehlurteils von der juristischen (Begriffs-)Landkarte zu tilgen. Denn die damit verbundenen Fragestellungen (Wie gehen wir mit der Verurteilung desjenigen um, der zumindest *unserem Erkenntnisstand nach* nicht der Täter war? Ist dessen Verurteilung „gerecht“? Erwächst sie in Rechtskraft? etc.) existieren unzweifelhaft. Es ist daher „legitim und nach der Bedeutung dieser Fragen sogar geboten, sich mit ihnen wissenschaftlich zu befassen. [...] Der Einwand, ein letzter, vollständiger Beweis sei mit den genannten geisteswissenschaftlichen Verfahren nicht zu erbringen, wiegt nicht schwer. Denn menschliche Urteile und Entscheidungen erfolgen unter den Bedingungen der Ungewissheit und es kommt darauf an, die besten Entscheidungsinhalte und die besten argumentativen Begründungen zu erreichen.“ *Horn*, RphZ 3/2018, 207, 225. Indem *Kotsoglou* den Fehlurteilsbegriff abschaffen möchte, verweigert er sich einer sprachlich rationalen, d. h. vor allem diskursfähigen Formulierung der Fragestellung – und damit letztlich der gesamten (rechts-)wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Er macht sich und uns sprachlos (hierzu II.2.c)).

23 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132.

24 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132.

25 *Kotsoglou* verweist jedenfalls insofern auf *Wittgenstein*, als dass er ihn als Gewährsmann für die „metaphysischen Kreisbewegungen“ der aufgeworfenen Frage heranzieht, vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 131 Fn. 103 unter Hinweis auf *Wittgenstein*, Über Gewißheit, § 191.

26 Ähnlich *Barton*, FS Eisenberg, 15, 23. Zur Legitimation der Rechtskraft auch und gerade vor dem Hintergrund der Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens *Neumann*, ZStW 101 (1989), 53 (64); vgl. auch *Gilles*, FS Schiedermaier, 183, 197 ff.; *Erb*, FS Riess, 79 ff.

bb) Wahrheit als (alleiniges) Kriterium der Richtigkeit einer Entscheidung?

Man kann und sollte sich aber doch fragen, was aus dieser „das Grundprinzip der Denkkökonomie umsetzende[n] Erkenntnis“²⁷ folgt und ob es hierauf im Bereich des (Strafprozess-)Rechts überhaupt ankommt. Ist das (alleinige) „Kriterium der Richtigkeit eines Urteils“ tatsächlich, wie *Kotsoglou* behauptet, „nach h.M. die Wirklichkeit selbst“²⁸?

Ob Wirklichkeit mit Wahrheit gleichzusetzen ist²⁹ und in welchem *spezifischen* Verhältnis die Wahrheit zur Richtigkeit steht,³⁰ darüber lässt sich freilich – an anderer Stelle – trefflich streiten. Dass es jedenfalls mit der Wirklichkeit im Hinblick auf die Richtigkeit einer Entscheidung *allein* sein Bewenden nicht haben kann, machen bereits die zahlreichen Beschuldigtenrechte und insbesondere Beweisverwertungsverbote deutlich, die gerade dazu führen können, dass „richtige“ Entscheidungen entgegen der materiellen Wahrheit, oder zumindest dem, was wir dafür halten dürfen, ergehen müssen.³¹

27 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132.

28 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 127. Zwar stellt *Kotsoglou* an anderer Stelle durchaus klar, dass „[n]ach ganz h.M. Wahrheit und Gerechtigkeit ‚die obersten Ziele eines jeden Strafprozesses‘“ seien, und erwähnt auch die Zieltrias aus (1) Schutz des Unschuldigen, (2) Verurteilung des Schuldigen und (3) Justizförmigkeit des Verfahrens, vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 125. Allerdings spielen weder Gerechtigkeitsaspekte noch die Justizförmigkeit des Verfahrens in seinen weiteren Ausführungen mehr eine Rolle. Stattdessen macht *Kotsoglou* im Folgenden die Richtigkeit eines Urteils allein davon abhängig, ob es in Übereinstimmung mit der ontologischen Wirklichkeit ergangen ist; bezeichnend insofern die von ihm entwickelte 4er-Matrix auf S. 128, die als einziges Richtigkeitskriterium die Wirklichkeit nennt, vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 128 Tabelle 1. Auch die Rechtsprechung des BVerfG (vgl. z.B. BVerfGE 57, 250, 275; 133, 168, 199) kann bisweilen den Eindruck erwecken, dass es für die Richtigkeit einer Entscheidung allein auf die materielle Wahrheit (i.S.e. Übereinstimmung mit der historischen Wirklichkeit) ankommt, vgl. hierzu *Barton*, FS Eisenberg, 15, 18 f. Ebenfalls in diese Richtung weisend *Fischer* in: KK-StPO, Einleitung Rn. 3.

29 Insofern ggf. missverständlich *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, S. 122.

30 Vgl. hierzu *Engisch*, Wahrheit und Richtigkeit, S. 4 ff.; *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 9 f.; *Poscher*, ARSP 89 (2003), 200, 214. *Kotsoglou* selbst verwendet Wahrheit und Richtigkeit weitgehend synonym, vgl. z.B. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 131 („Wahrheit“ bzw. „Richtigkeit“); *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, S. 120; ähnlich z.B. *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 29 ff., 45. Zur synonymen Verwendung siehe auch *Deckert*, ARSP 82 (1996), 43, 44 mit Fn. 8 mit zahlreichen w.N.

31 Zu diesem Aspekt ausdrücklich auch *Geipel*, in: *Miebach/Hohmann*, Einleitung A Rn. 66; *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 202 Fn. 3; *Barton*, FS Eisenberg, 15, 18.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn man unter der Richtigkeit einer Entscheidung ihr Ergehen in Übereinstimmung mit den gegebenenfalls gegeneinander abzuwägenden Zielen des Strafverfahrens versteht, also eine (rechts-)regelgeleitete, mithin eine „rechtskonforme“ Entscheidung.³² Entsprechend nennt auch die herrschende Meinung in diesem Zusammenhang klassischerweise eben nicht nur die materielle Wahrheit als Verfahrensziel (und damit als Abwägungsfaktor), sondern in unterschiedlicher Gewichtung auch die Justizförmigkeit des Verfahrens sowie Rechtssicherheit und Rechtsfrieden.³³

Allein die „ontologische Wirklichkeit“ wird also kaum je als *alleiniges* Kriterium für die *Richtigkeit* einer Entscheidung herangezogen.³⁴

cc) Wahrheit als (alleiniges) Kriterium der Klassifizierung einer Entscheidung als Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene?

Anders stellt sich die Sachlage dagegen im Hinblick auf die Kategorie der „Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene“ dar: Denn soll sich das faktische Fehlurteil nicht in einem bloßen Gegenbegriff zur „richtigen“, im Sinne von „rechtskonformen“ Entscheidung erschöpfen, d.h. lediglich „falsch“ sein, sondern einen eigenen, klar umrissenen Anwendungsbereich erhalten,³⁵ so erscheint in diesem Zusammenhang eine Beschränkung auf die „Wirklichkeit selbst“ (als materielle Wahrheit, also als das, „was wirklich war“) durchaus zielführend.³⁶

32 Zu den begrifflichen Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang siehe bereits Fn. 30. Zur Richtigkeit als „Rechtmäßigkeit“ vgl. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 287.

33 Vgl. statt vieler Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 3 Rn. 1, die auf Wahrheit, Gerechtigkeit und Rechtsfrieden abstellen; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 7 ff., nennen als Ziele die Feststellung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, die Gewährung eines rechtsstaatlichen Verfahrens und die Rechtsfriedensfunktion.

34 So aber Kotsoglou, JZ 2017, 123, 128 Tabelle 1, vgl. Fn. 28.

35 Nämlich: Den ansonsten nicht erfassten Bereich der rechtlich „richtigen“, aber „sachverhaltlich-tatsächlich“ unzutreffenden Entscheidung, also z.B. den Freispruch des „wahren“ Täters aufgrund eines nicht zu führenden Tatnachweises z.B. aufgrund eines Beweisverwertungsverbots.

36 Ähnlich – wenngleich ohne ausdrückliche Unterscheidung zwischen faktischen und rechtlichen Fehlentscheidungen – wohl auch Geipel, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 64.

Die nach wie vor herrschende Meinung im Bereich des Straf(prozess)rechts beruft sich hinsichtlich des materiellen Wahrheitsbegriffs auf die Korrespondenztheorie als klassische substantielle Wahrheitstheorie.³⁷ Wahrheit ist danach – grob gesagt – die Eigenschaft eines Wahrheitswertträgers (in der Regel einer Aussage) mit einem Aspekt der objektiven Welt übereinzustimmen;³⁸ sie ist also als relationale Eigenschaft zu verstehen³⁹ und angesichts des Bezugssobjekts „Welt“ wenigstens wirklichkeitsbezogen.

Freilich finden sich daneben noch eine Vielzahl weiterer „Wahrheitstheorien“, die hier nur schlagwortartig und ohne Anspruch auf Vollständigkeit benannt werden können:⁴⁰ Die Konsenstheorie von *Habermas*, *Apel* und *Lorenzen*, kohärenzbezogene Theorien, wonach sich die Wahrheit einer Aussage primär aus ihrer Übereinstimmung mit anderen wahren Aussagen ergibt, deflationistische Wahrheitstheorien, die dem Wahrheitsbegriff generell eine eigenständige und erkenntnistheoretisch bedeutsame Rolle absprechen,⁴¹ und schließlich die pragmatischen Wahrheitstheorien, die Wahrheit – letztlich auch materielle Wahrheit⁴² – primär als „Resultat eines Validierungs- bzw. Verifikationsprozesses“, als „Ergebnis der gelungenen Untersuchung einer objektiv unklaren Situation“⁴³ begreifen.

Damit aber enthalten auch primär materiell ausgerichtete Wahrheitstheorien jedenfalls zum Teil Momente prozessual-konstruktivistischer

37 Statt vieler *Trüg/Habetha* in: MüKoStPO § 244 Rn. 47. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Gössel*, Ermittlung oder Herstellung, S. 13 f., wonach „der längst bekannten Korrespondenztheorie“ zu folgen sei, auch wenn dieser „ein Teil des neueren strafprozessualen Schrifttums“ vehement widerspreche. Zu dieser Kritik und ihrer Entkräftigung siehe *Engländer*, in: *Alexy*, 85, 86 ff.

38 Ähnlich *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 8: Wahrheit als „Eigenschaft von Aussagen“.

39 *Hübner*, Einführung in die theoretische Philosophie, S. 168.

40 Vgl. ausführlich zum Folgenden *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 153 ff.; einen guten Überblick über die verschiedenen Wahrheitstheorien gibt auch *Deckert*, ARSP 82 (1996), 43, 44 ff. Eine umfassende, spezifisch strafprozessual ausgerichtete Theorie zur „Wahrheit im Strafprozess“, wie sie *Neumann* anregt, die sich an den bereits bestehenden Theorien wie an „mehr oder weniger ertragreichen Steinbrüchen“ bedient, fehlt hingegen nach wie vor, vgl. hierzu *Neumann*, JZ 2022, 30, 32.

41 *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 321, sieht dies als den „kleinsten[n] gemeinsamen[n] Nenner“ der zum Teil sehr unterschiedlich ausgestalteten deflationistischen Wahrheitstheorien an. Ausführlich zum Ganzen *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 321 ff.

42 Vgl. *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 408.

43 *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 408. Wahrheit ist danach immer relativ und vorläufig, da sie mittel- und methodenabhängig ist und spätere Untersuchungen, die z.B. andere Mittel und Methoden wählen, stets zu abweichenden Ergebnissen führen können, vgl. *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 408; ausführlich zu den pragmatischen Wahrheitstheorien S. 352 ff.

Wahrheitsfindung – nämlich immer dann, wenn sie Tatsachenfeststellungen zumindest auch als Produkt eines Deutungsaktes, und damit als auch durch interaktive (Prozess-)Elemente „mitkonstituierbare“ Größe, begreifen.⁴⁴

dd) Ghostbusters?!

Ohne sich hier auf die Seite der „reproduzierenden Realisten“, der „konstruierenden Konstruktivisten“⁴⁵ oder sonstiger (wahrheits-)spottender Dritter schlagen zu wollen, machen die verschiedenen Bemühungen um den (straf-)rechtlichen Wahrheitsbegriff doch deutlich, dass sich die Rechtswissenschaft der epistemischen Schwierigkeiten an dieser Stelle durchaus bewusst ist. Von einem dahingehenden „Missverständnis“, das zu einem „weiterreichenden Versagen der Rechtswissenschaft“⁴⁶ geführt hat, wie *Kotsoglou* behauptet, kann also kaum die Rede sein. Stattdessen darf die Existenz der verschiedenen Wahrheitskonzeptionen zumindest auch als Reaktion auf die beschriebenen erkenntnistheoretischen Unsicherheiten gewertet werden.⁴⁷

Gleichwohl ist damit *Kotsoglou* Kritik hinsichtlich der (wohl) herrschenden „klassischen“ Korrespondenztheorie noch nicht entkräftet. Etwas vereinfacht lautet sein dahingehender Vorwurf, man würde die Einordnung einer Entscheidung als „Fehlurteil“ anhand eines Kriteriums (Übereinstimmung mit der Wirklichkeit als materieller Wahrheit) vornehmen wollen, obwohl es angesichts des begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögens letztlich unmöglich sei, erkenntnistheoretisch abgesichert festzustellen, ob beziehungsweise dass die Voraussetzungen dieses Unterscheidungsmerkmals tatsächlich vorlägen. *Kotsoglou* zieht hieraus den Schluss, dass die dahinterstehende Kategorie des „Fehlurteils“, auf die das Kriterium verweist,

44 Vgl. *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 9.

45 Die Begrifflichkeiten gehen in ihrem Kern auf *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 9, zurück.

46 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 126.

47 Wird Wahrheit beispielsweise als bloß prozessuale Wahrheit (also als Wahrheit durch Verfahren) begriffen oder aber im Sinne deflationistischer Wahrheitstheorien verstanden, so ist die epistemische Gefahr gebannt, indem Wahrheit nach diesen Konzeptio-nen trotz des beschränkten menschlichen Erkenntnisvermögens für die Beteiligten entweder durch den / im Prozess erkenn- und erfahrbar wird oder es auf diese – und ihre Erkennbarkeit – dann überhaupt nicht (mehr) ankommt.

nicht existiere bzw. jedenfalls nicht sicher „feststellbar“ und deswegen mindestens sinnlos sei.⁴⁸

Abgesehen davon, dass eben auch innerhalb „der h.M.“ verschiedene Wahrheitskonzeptionen vertreten werden, die diese epistemologischen „Klippen“ wenigstens zum Teil „umschiffen“⁴⁹ hat *Kotsoglou* hier durchaus „einen Punkt“: Was nützt uns eine Kategorie, bei der wir die zugehörigen Elemente nicht hinreichend sicher bestimmen können? Eine Kategorie, die eine Zuordnung ausschließlich an eine nicht feststellbare Eigenschaft ihrer möglichen Zuordnungsobjekte knüpft, kann nicht – jedenfalls nicht sinnvoll – kategorisieren und entbehrt damit ihrer konstituierenden Ordnungs- und Abgrenzungsfunktion.⁵⁰ Müssen wir die Kategorie des „Fehlurteils“ daher – *Kotsoglous* Gedanken konsequent zu Ende denkend – tatsächlich aufgeben beziehungsweise hat sie sich ohnehin bereits selbst abgeschafft? Ich meine dennoch: nein. Vielmehr sollten wir den zugrunde zu legenden Maßstab, die anzuwendenden Kriterien konkretisieren.

Auf dem Boden der herrschenden Meinung könnte dies etwa wie folgt aussehen:

Eine Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene liegt nicht erst dann vor, wenn die ontologische Wirklichkeit durch die Entscheidung tatsächlich verfehlt wurde, sondern bereits dann, wenn das Gericht – aus welchen Gründen auch immer – den tatsächlichen Geschehensablauf, *soweit er für uns grundsätzlich erkennbar ist*, mit seinem Judikat verfehlt hat. „Grundsätzlich erkennbar“ meint hierbei nicht, dass es dem Tatgericht zum Entscheidungszeitpunkt wirklich möglich (und / oder zumutbar) gewesen sein muss, die entsprechenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen – die Möglichkeit zur Erkenntnis muss jedoch jedenfalls abstrakt geben sein –,⁵¹ sondern es geht allein um das, was für uns angesichts begrenzter menschlicher

48 Vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132: „Der Begriff ‚Fehlurteil‘ hat keinen sinnvollen Gebrauch aus Sicht der (Strafprozess-)Rechtswissenschaft.“

49 Siehe hierzu bereits Fn. 47.

50 Es geht in diesem Zusammenhang also weniger um die Unterscheidung zwischen „scharfen“ Begriffen im Sinne *Freges* und Familienähnlichkeiten nach *Wittgenstein*, sondern vielmehr darum, dass eine Kategorisierung trotz (halbwegs) definierter Begriffsgrenzen nicht möglich ist, weil das Vorliegen der Definitionsmerkmale im Hinblick auf die Zuordnungsobjekte nicht (nie!?) sicher festgestellt werden kann. Dergestalt definiert, bliebe der Fehlurteilsbegriff dann tatsächlich – mag er auch als solcher hinreichend „scharf begrenzt“ sein – mangels Möglichkeit zur inhaltlichen „Ausfüllung“ kategorisierungsuntauglich und damit letztlich sinnentleert.

51 Es darf sich also nicht um einen für uns sinnes- bzw. verstandesmäßig „unbegreifbaren“ Sachverhalt handeln.

Erkenntnisfähigkeit grundsätzlich, also bei hypothetischer Ausschöpfung aller dieser – abstrakt vorhandener – Erkenntnisquellen, erkenn-, versteh- und einsehbar gewesen wäre.⁵² Mit anderen Worten: Es geht um das, was wir übereinstimmend aus „guten“, weil letztlich in irgendeiner Form sinnlich erfahrbaren beziehungsweise verstandesmäßig (er-)fassbaren, Gründen für die materielle Wahrheit halten dürfen.⁵³ Das tatsächliche „Treffen“ der materiellen Wahrheit bleibt dagegen ein – hinsichtlich des sicheren Wissens um einen solchen „Treffer“ gegebenenfalls unerreichbares, wenngleich stets „mitzudenkendes“ – (Rechts-)Ideal,⁵⁴ das allenfalls als hinreichender, nicht aber als notwendiger Faktor bei der Einordnung einer Entscheidung als faktische „Fehlentscheidung“ Bedeutung erlangen kann.⁵⁵

Indem wir also die inhaltlichen Anforderungen an eine Klassifizierung auf ein erfüllbares Maß absenken, gewinnt die Kategorie der Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene an Form und wird rechtlich handhabbar.

-
- 52 Selbstverständlich ist auch dies letztlich nur ein weiterer Differenzierung bedürfendes Hilfskriterium und damit seinerseits angreifbar. Möchte man aber mit der h.M. an der materiellen Wahrheit als (Rechts-)Ideal festhalten, so erscheint mir der Rückgriff auf eine solche Hilfskonstruktion als in jedem Falle vorzugswürdig gegenüber einer sich sonst selbst auferlegten (rechts-)wissenschaftlichen Sprachlosigkeit (vgl. hierzu bereits Fn. 22).
 - 53 Beispiele dem Grunde nach: die Aussage einer Augenzeugin, ein verschriftlichtes oder versprachlichtes Geständnis, eine aufgenommene bzw. beobachtete „Tatortszeuge“. Es sei an dieser Stelle nochmals angemerkt, dass mit der vorgeschlagenen Begrenzung auf das für uns Erkenn-/Erfahrbare keine Aussage darüber getroffen wird, was unter materieller Wahrheit im (Straf-)Prozess überhaupt zu verstehen ist bzw. welcher Stellenwert diesem „Argumentationstopos“ (so jedenfalls *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 400) insgesamt einzuräumen ist. Stattdessen ist es ausschließliches Ziel der vorstehenden Überlegungen, eine rechtlich handhabbare Begriffsdefinition des faktischen Fehlurteils zu entwickeln.
 - 54 Zur materiellen Wahrheit als (nur) (Rechts-)Ideal, an der es trotz der benannten Erkenntnisschwierigkeiten festzuhalten gilt, siehe z.B. *Kargl*, ARSP 105 (2019), 171, 204; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, S. 1 mit Fn. 2 mit zahlreichen w.N.: „Die materielle Wahrheit kann so gesehen niemals Endziel des Strafverfahrens sein, sondern nur eine *Zielvorgabe*, der es sich soweit wie möglich und zulässig anzunähern gilt.“, Hervorhebungen im Original; daneben *Fischer*, in: *Barton et al.*, 253, 264 f.
 - 55 Danach dürfen wir also eine Entscheidung schon dann als Fehlentscheidung bezeichnen, wenn sie lediglich die für uns *erkennbare* historische Wirklichkeit verfehlt. Besäßen wir dagegen – aus welchen Gründen auch immer – doch entsprechende Erkenntnismöglichkeiten bzgl. der „tatsächlichen materiellen Wahrheit“, ginge bei Divergenz diese „objektive Wahrheit“ der (nur) „erkennbaren materiellen Wahrheit“ freilich vor mit der Folge, dass die Klassifizierung als faktisches Fehlurteil dann ggf. entsprechend revidiert werden müsste.

ee) Weitere Konturierung des Begriffs der Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene

Zur weiteren Konturierung des Begriffs der faktischen Fehlentscheidung einige Überlegungen:

(1) Streben nach materieller Wahrheit

Kein Kriterium einer Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene kann das vorhandene (oder nicht vorhandene) Streben nach materieller Wahrheit beziehungsweise ein „Ausgerichtetsein“ auf diese sein. Denn „Fehlleistungen“ in diesem Bereich werden erst auf Rechtsebene relevant (unter b)). An einem Beispiel: Tatrichterin R gibt sich wissentlich mit einem bloßen Formalgeständnis zufrieden, ist sich aber eigentlich sicher, dass die Beschuldigte B die Tat nicht begangen hat. R verurteilt B. Soweit für uns grundsätzlich erkennbar, hat B die Tat jedoch tatsächlich begangen. In diesem Fall liegt kein Fehlurteil auf Sachverhaltsebene, wohl aber eines auf Rechtsebene vor, da die materielle Wahrheit im Sinne dessen, was wir dafür halten dürfen, „getroffen“ wurde, das Urteil jedoch gegen §§ 244 II, 261 StPO verstößt. Umgekehrt: Tatrichter A schöpft zum Entscheidungszeitpunkt alle zugänglichen Erkenntnisquellen vollumfänglich-„zutreffend“ aus. Er ist sich daraufhin sicher, dass der Beschuldigte X die Tat tatsächlich begangen hat und verurteilt diesen. Wird nun in einer für uns erkennbaren Art und Weise deutlich (etwa durch eine spätere dahingehende glaubhafte Aussage einer Augenzeugin), dass nicht X, sondern Z die Tat begangen hat, haben wir es zwar mit einem Fehlurteil auf Sachverhaltsebene, nicht jedoch auf Rechtsebene zu tun. Auf die „Vorwerfbarkeit“ des „Fehlers“ kommt es für die Einordnung einer Entscheidung als „Fehlurteil“ gerade nicht an.

(2) Rechtliche „Richtigkeit“ der Entscheidung

Ebenfalls nicht entscheidend ist nach hier vertretener Ansicht die Frage, ob die Entscheidung „richtig“, im Sinne von „rechtsordnungsgemäß“ bzw. „rechtskonform“ ergangen ist. Wird etwa eine Person lediglich aufgrund fehlender Nachweisbarkeit der Tat zum Beispiel wegen eines einschlägigen Beweisverwertungsverbots „zu Recht“ freigesprochen, so wäre hierin nach

hiesigem Verständnis dennoch ein faktisches Fehlurteil zu sehen.⁵⁶ Dieses zunächst kontraintuitiv erscheinende Ergebnis ist dabei schlichtweg Ausfluss einer strikten Trennung zwischen Fehlentscheidungen auf Sachverhaltsebene als die (erkennbare) materielle Wahrheit *verfehlende* Entscheidungen auf der einen und „falschen“, also rechtlich „unrichtigen“, weil zum Beispiel nicht in Übereinstimmung mit den gegebenenfalls gegeneinander abzuwägenden Prozesszielen ergangenen Judikaten auf der anderen Seite: den Fehlentscheidungen auf Rechtsebene.

Der Vorteil eines solchen Vorgehens liegt zunächst darin, dass hierdurch dem Begriff der „Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene“ ein eigenständiger, weitgehend abwägungs- und damit wertfreier, letztlich ein „objektiver“ Anwendungsbereich eröffnet wird. Das Gespenst erhält deutliche Konturen. Daneben ermöglicht ein solcher Begriffsgebrauch eine inter- wie intra-disziplinär vereinheitlichte Sprache. Wir können also besser miteinander sprechen – hierzu sogleich (unter c)).

Und schließlich beugt eine derart klare Bereichs- und Bedeutungstrennung von vornherein Missverständnissen dahingehend vor, die Tatrichterschaft sei einander widersprechenden Handlungsanweisungen ausgesetzt:⁵⁷ Die Kategorie des Fehlurteils auf Sachverhaltsebene will und kann gerade keine eindeutigen richterlichen Entscheidungsleitlinien hervorbringen, sondern beschreibt schlichtweg einen Umstand, eine Eigenschaft der getroffenen Entscheidung. Entsprechend lässt sich hieraus auch nicht ohne Weiteres die richterliche Handlungsanweisung „Produziere kein faktisches Fehlurteil!“ rechtslogisch ableiten.⁵⁸ Wer hier zwingende Zusammenhänge vorzufinden glaubt, der sähe dann tatsächlich Gespenster.

56 Ähnlich *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 64, der in diesem Fall von einem „gesetzlich akzeptierten“ Fehlurteil spricht; vgl. auch *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 202 Fn. 3; a.A. aber die wohl h.M., siehe hierzu die Übersicht bei *Barton*, FS Eisenberg, I5, 19.

57 So aber der Vorwurf *Kotsoglous*, JZ 2017, 123, 126, die h.M. bedenke die Tatrichterschaft mit einer zirkulären und damit letztlich sinnlosen, nur unter Inkaufnahme logischer Fehler erfüllbaren, Handlungsanweisung, weil sie (die Handlungsanweisung) „ihren propositionalen Gehalt [...] als bekannt voraussetz[e], um das zweiwertige Prädikat ‚richtiges Urteil‘ oder ‚Fehlurteil‘ zuschreiben zu können.“

58 Allenfalls könnte eine solche Anweisung lauten: Produziere kein (rechtlich bzw. tatsächlich) *vermeidbares* faktisches Fehlurteil! Darin – nämlich sich sowohl „redlich“ um die materielle Wahrheit „bemüht“ als auch der materiellen Wahrheit ggf. zuwiderlaufende Rechtsnormen (wie z.B. Beweisverwertungsverbote) beachtet zu haben – erschöpft sich dann auch der propositionalen Gehalt einer gerichtlichen Entscheidung (vgl. § 261 StPO: [nur] freie richterliche *Überzeugung* von der Wahrheit der Sachver-

(3) Zeitliche Komponente

Aus diesem Blickwinkel der Differenz gilt es auch die zeitliche Komponente zu betrachten: Danach kann der „jeweilige [...] Zeitpunkt t_n , in dem eine Entscheidung getroffen wird“⁵⁹, für die Einordnung eines Judikats als faktische Fehlentscheidung grundsätzlich nicht relevant sein.⁶⁰ Denn beschrieben wird damit letztlich „nur“ das Verfehlen der materiellen Wahrheit beziehungsweise dessen, was wir dafür halten dürfen. Dies ist aber eine zeitunabhängige, weitgehend objektive Eigenschaftsbeschreibung, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum Zeitpunkt der Entscheidung steht.

Dieser Befund ergibt sich zwangslässig, wenn man die vorgeschlagene Trennung zwischen Handlungspflichten einerseits und Fehlentscheidung-Klassifikation andererseits konsequent durchhält, da dann mit der Klassifizierung eines Judikats als „faktisches Fehlurteil“ nicht, jedenfalls nicht zwingend, die Verletzung eben dieser (Handlungs-)Pflichten einhergeht – und damit auch kein „Vorwurf“ im (straf-)rechtlichen Sinn.⁶¹

Insofern besteht allerdings eine Einschränkung: Zumindest sinnvoll (im Sinne von wirklichkeitsbezogen) sprechen werden wir über ein solches Abweichen nur dann können, wenn es zu einem Zeitpunkt vor, während oder nach der Entscheidung tatsächlich zu einer abweichenden menschlich-sinnlichen Erfahrung gekommen ist, da uns andernfalls schlichtweg dessen fixierter Bezugspunkt fehlt. Man befände sich dann im Bereich des Hypothetischen.

haltsannahmen). Ausführlich zum Begriff der freien Überzeugung in § 261 StPO im Lichte der Erkenntnistheorie *Engländer*, in: Alexy, 85, 86 ff.

59 *Kotsoglou* JZ 2017, 123, 131.

60 Anders aber *Kotsoglou* JZ 2017, 123, 130 f. unter Verweis auf das „principle of total evidence“; vor „ahistorischer Beschränktheit“ warnt auch *Fischer*, in: Barton et al., 253, 254 f., wenngleich wohl primär im Zusammenhang mit *rechtlichen* Fehlentscheidungen.

61 Ähnlich *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 66, wenngleich ohne Unterscheidung zwischen faktischen und rechtlichen Fehlentscheidungen: „Man muss sich davor hüten, einen gerichtlichen Fehler oder ein Fehlurteil im materiellen Sinne mit einem Verschuldensvorwurf an das Gericht zu kombinieren.“

ff) Zwischenergebnis und ein Blick über den strafrechtlichen Tellerrand

Damit liegt eine feststellbare „Fehlentscheidung“ auf Sachverhaltsebene schon dann vor, wenn die Entscheidung den tatsächlichen Geschehensablauf, soweit er für uns grundsätzlich erkennbar ist, verfehlt – unabhängig davon, ob dies rechtlich oder tatsächlich vorwerfbar und / oder wissentlich bzw. willentlich erfolgte. Diese Feststellung gilt angesichts ihrer rechtsirrelativen, wahrheitsmonistischen Ausrichtung ebenso im Hinblick auf das öffentliche Recht, wo der Untersuchungsgrundsatz nach §§ 86 VwGO, 24 VwVfG ohnehin einen rechtlich vergleichbaren „Rahmen“ statuiert.⁶² Sie beansprucht aber auch im Bereich des Zivilrechts Geltung: Denn wenngleich angesichts von Dispositionsmaxime (vgl. §§ 253, 269 ZPO) und Beibringungsgrundsatz (vgl. §§ 282, 288 I ZPO) prinzipiell ein eher „formeller Wahrheitsbegriff“⁶³ vorherrscht, so gilt dieser einerseits nicht ausnahms- und schrankenlos;⁶⁴ andererseits ändern diese „umgekehrten Vorzeichen“ nichts daran, dass die in der Klassifizierung als Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene liegende „Verfehlungs“-Feststellung eine weitgehend objektive und damit auch für das Zivilrecht sinnvolle Aussage enthält.⁶⁵

62 Ausführlich zum Untersuchungsgrundsatz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit *Kaufmann*, Untersuchungsgrundsatz, v.a. S. 173 ff. und S. 337 ff.

63 Was genau unter „formeller Wahrheit“ zu verstehen ist, ist umstritten. *Weßlau*, ZIS 2014, 558, 559, weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass „[d]er Begriff der ‚formellen Wahrheit‘ [...] dabei in der Regel als bekannt vorausgesetzt [wird]“.

64 Einerseits unterliegen die Parteien ohnehin der materiellen Wahrheitspflicht nach § 138 I ZPO, die die notwendige Ergänzung zur Verhandlungsmaxime bildet und rechtpolitisch den Zweck hat, sicherzustellen, „dass das Urteil möglichst der außerprozessualen [– und damit materiellen –] Rechtslage entspricht“, *Hirtz*, AnwBl 12/2006, 780 unter Hinweis auf *Bernhardt*, FG Rosenberg, 9, 24. Nach *Bernhardt*, JZ 1963, 245, 247, ist die Wahrheitspflicht damit eine „Pflicht zur Sicherung der objektiven Rechtslage, die sich aus dem alle Rechtsgebiete umfassenden Grundsatz von Treu und Glauben ergibt“. Nach *von Selle* sucht die Vorschrift „Parteiherrschaft und Wahrheitsfindung im Zivilverfahren zu vereinbaren“, *von Selle*, in: BeckOK-ZPO, § 138. Auch die Vorschriften zur Beweiserhebung von Amts wegen nach §§ 142 ff., 448 ZPO bilden insofern Ausnahmeregelungen zum Beibringungsgrundsatz. Damit – so *Weßlau*, ZIS 2014, 558, 559 Fn. 16, zutreffend – „trifft die krasse Gegenüberstellung von ‚wirklichem Geschehen‘ und ‚bloß formeller Wahrheit‘ bereits die Konzeption des deutschen Zivilprozesses nicht [...]. Keinesfalls kann also davon die Rede sein, die Parteien dürften willkürlich eine ‚Wahrheit‘ konstruieren. Wer durch wahrheitswidrigen Vortrag z.B. einen Prozess gewinnt, kann sich wegen Betruges strafbar machen.“ Es gilt daher auch im Zivilrecht kein „rein“ formeller Wahrheitsbegriff.

65 Vgl. insofern die Ausführungen in Fn. 64.

b) Fehlentscheidungen auf rechtlicher Ebene

Bereits an etlichen Stellen in Bezug genommen, gibt es neben „sachverhaltlichen“ Fehlentscheidungen freilich auch solche auf rechtlicher Ebene. Da eine spezifische Einzelanalyse rechtlicher Fehlerquellen jeden – jedenfalls diesen – Rahmen sprengen würde, beschränke ich mich hier auf eine stichwortartige Auflistung: Danach liegen rechtliche Fehlentscheidungen dann vor, wenn einschlägige materielle und / oder formelle Rechtsnormen nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Art und Weise angewandt werden beziehungsweise nicht einschlägige Vorschriften Beachtung finden; sie liegen vor bei Subsumtions-, Abwägungs- und Begründungsfehlern sowie dann, wenn rechtslogische, rechtsdogmatische oder rechtsmethodische Vorgaben missachtet werden, also etwa beim Vertreten „unvertretbarer“ rechtlicher Aussagen,⁶⁶ bei einem Verstoß gegen naturwissenschaftliche Denkgesetze oder aber einer Verkennung von rechtlichen Vorrangverhältnissen. Kurz: bei jedem Abweichen von zwingenden Vorgaben des materiellen Rechts und / oder des Prozessrechts sowie in Bezug genommener beziehungsweise beizuziehender anderer Rechtsnormen inklusive ungeschriebener Grundsätze, Richter- und Gewohnheitsrecht, sofern darauf im jeweiligen Rechtsgebiet zurückgegriffen werden darf. Rechtliches Entscheiden entgegen „der (geltenden) Rechtsordnung“ und damit „nicht-rechtskonformes“ rechtliches Entscheiden.⁶⁷

Gleichsam als „Gegenstück“ zur Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene folgt die rechtliche Fehlentscheidung auch in ihrer spezifischen Konturierung „umgekehrten“ Maßstäben: Die Feststellung eines rechtlichen Fehlurteils hängt angesichts ihrer unmittelbar rechtsrelativen Ausgestaltung stets von der zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechtslage ab, darf also, will sie nicht ihren Bezugspunkt und damit ihre Sinnhaftigkeit verlieren, nicht ahistorisch erfolgen.⁶⁸ Die Richtigkeit der Entscheidung, ihre „Rechtskonformität“, ist im Gegensatz zur faktischen Fehlentscheidung

⁶⁶ Ausführlich zur (Un-)Vertretbarkeit rechtlicher Aussagen *Schuhr*, JZ 2008, 603 ff.; siehe hierzu auch *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 12.

⁶⁷ Ausgeklammert bleibt an dieser Stelle die Frage, ob bzw. inwieweit rechtliche Aussagen überhaupt wahrheitsfähig sind; ausführlich dazu *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 10 ff.

⁶⁸ Ebenso *Fischer*, in: *Barton* et al., 253, 254 f.; siehe hierzu bereits Fn. 60; *Barton*, FS *Eisenberg*, 15, 21 f.; ausdrücklich auch *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 18: „Rechtsaussagen sind nicht nur mit einem Systemindex, sondern auch mit einem Zeitindex versehen (...).“; vgl. auch S. 30.

gerade konstituierendes Element. Und auch das Streben nach materieller Wahrheit bildet angesichts der gesetzlichen Anforderungen der §§ 244 II, 261 StPO eine zwingende Voraussetzung jedenfalls dafür, dass *kein* rechtliches Fehlurteil gegeben ist.⁶⁹

Anders als aus der Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene lassen sich aus der Klassifizierung als rechtliches Fehlurteil auch – unabhängig von der konkreten Vorwerbarkeit – bestimmte judikative Handlungsanweisungen ableiten („Produziere kein *rechtliches* Fehlurteil!“). Denn im Unterschied zur faktischen Fehlentscheidung kann das Vermeiden eines rechtlich „falschen“ Urteils stets als sinnvolle, widerspruchsfreie Zielvorgabe formuliert werden.

c) Zweites Zwischenergebnis: Zum Sinn und Zweck der Kategorie der „Fehlentscheidung“

Fehlentscheidungen *verfehlen* damit nach hiesigem Verständnis entweder die („erkennbare“) objektive Wirklichkeit (sog. faktische Fehlentscheidungen) und / oder die Rechtsordnung als geltendes Rechtssystem (sog. rechtliche Fehlentscheidungen).⁷⁰ Eindeutige Handlungsanweisungen an die Richterschaft lassen sich nur hinsichtlich Letzterer aufstellen; bezüglich Ersterer bestehen dagegen keine unmittelbaren Wechselwirkungen. Legt man die laienhafte Verwendung des Begriffs der Fehlentscheidung zugrunde, so deckt sie sich wohl nur zum Teil mit der hier entwickelten Begriffs-

-
- 69 Im öffentlichen Recht nehmen §§ 86 VwGO, 24 VwVfG eine vergleichbare Stellung ein. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes führt entsprechend zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung (= rechtliche Fehlentscheidung), wenngleich eine Aufhebung i.d.R. nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 46 VwVfG erfolgen wird. Dagegen ist es im Zivilrecht angesichts von Dispositionsmaxime und Beibringungsgrundsatz grundsätzlich keine Voraussetzung für das Nicht-Vorliegen eines (rechtlichen) Fehlurteils, dass die materielle Wahrheit mit sämtlichen zur Verfügung stehenden Mitteln so weit wie möglich – jedenfalls dem Grunde nach – „ermittelt“ wird, sofern nur die Wahrheitspflicht nach § 138 I ZPO beachtet wird und jedenfalls kein bewusstes Entscheiden entgegen der (erkennbaren) materiellen Wahrheit erfolgt. Zum Ganzen bereits Fn. 64.
- 70 Bewusst ausgeklammert werden Entscheidungen, die als „bloß“ moralisch ungerecht empfunden werden, sich hierbei aber unter keine der beiden vorstehenden Fehlleistungskategorien subsumieren lassen. Andernfalls verlöre die Kategorie der Fehlentscheidung tatsächlich jede Kontur und verkäme zum wahrlich nicht mehr fassbaren (Rechts-)Gespenst.

konzeption.⁷¹ Ein Gleichlauf wird aber jedenfalls dann gegeben sein, wenn sowohl auf Ebene des Sachverhalts als auch in rechtlicher Hinsicht eine Fehlentscheidung vorliegt.

Gefragt nach dem Sinn und Zweck der vorliegenden Kategorisierung muss die Antwort differenziert ausfallen:⁷² Wie jede Sammelbezeichnung arbeitet die Begrifflichkeit mit gewissen Vereinfachungen und fasst insbesondere auf rechtlicher Ebene eine Vielzahl unterschiedlicher Phänomene zusammen, während sie auf Sachverhaltsebene zwar klare, rechtsgebietsübergreifende Konturen aufweist, zugunsten ihrer rechtlichen Handhabbarkeit aber auf ihr „rechtes Maß“ (Erkennbarkeit) zurechtzustutzen war. Dennoch ermöglicht sie als eigene, neue Kategorie mit zum Teil „überschließendem Gehalt“⁷³ ein so zuvor nicht mögliches inter- wie intradisziplinär vereinheitlichtes Sprechen über Unzulänglichkeiten gerichtlicher Entscheidungen aller Fachsäulen. Als „rechtliche Fehlentscheidung“ evoziert sie das anschauliche Bild nicht-rechtskonformen judikativen Verhaltens, ohne dass sofort eine spezifische, unter Umständen schwierige, langwierige und umstrittene Fehlerverortung erfolgen muss.

In seiner Gesamtheit betrachtet gibt uns das terminologische Konzept des „Fehlurteils“ damit das nötige Rüstzeug an die Hand, um (rechts-)wissenschaftlich-differenziert über das Phänomen judikativer Schlechtleistung sprechen zu können. Sein theoretisches Potential liegt in der Rationalisierung von Gründen für die unterschiedliche Behandlung verschiedener Arten von Fehlentscheidungen sowie in der Legitimierung und Kanalisierung empirischer (Fehlurteils-)Forschung.⁷⁴ Verzichtet man dagegen auf den Be-

71 Zur laienhaften Begriffsverwendung siehe *Barton*, FS Eisenberg, 15, 17 f.; *Fischer*, in: *Barton* et al., 253. Dazu, dass „das Recht eine Begriffswelt für sich darstellt“, siehe auch *Merkel*, in: *Mayer-Maly* et al., 369, 381.

72 A.A. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 129, der der Meinung ist, der Begriff des „Fehlurteils“ habe aus Sicht der (Strafprozess-)Rechtswissenschaft „keinen sinnvollen Gebrauch“.

73 Damit ist gemeint, dass jedenfalls die Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene durchaus „rechtlich richtig“, mithin rechtskonform sein kann. Die Entscheidung ist dann eben nur im Hinblick auf die (erkennbare) historische Wirklichkeit „falsch“, unter Umständen aber dergestalt rechtlich zwingend.

74 Ausführlich zu diesem letzten Aspekt *Barton*, FS Eisenberg, 15, 27 mit zahlreichen w.N. aktueller und historischer empirischer (Sozial-)Forschung zu strafrechtlichen „Fehlurteilen“, darunter u.a. *Löffler*, Die Opfer mangelhafter Justiz; *Sello*, Die Irrtümer der Strafjustiz; *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme; *Hellwig*, Justizirrtümer; *Peters*, Zeugenlüge und Prozeßausgang; *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozeß; *Kiwit*, Fehlurteile im Strafrecht; aus jüngerer Zeit *Kinzig*, in: *Barton* et al., 81 f.; *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlurteil; *Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz. Zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale vgl. *Wolff*, Fehlurteile im Strafrecht, 12 ff.

griff des (faktischen und / oder rechtlichen) Fehlurteils beziehungsweise ersetzt ihn, wie *Kotsoglou* an anderer Stelle andeutet, durch den der Rechtsbeugung nach § 339 StGB,⁷⁵ so beraubt man sich letztlich ohne Not der – vor allem, aber nicht nur⁷⁶ – sprachlichen Mittel, auch die von § 339 StGB nicht erfassten Teilbereiche (rechts-)wissenschaftlich adäquat zu (er-)fassen. Die Rechtswissenschaft macht sich dann selbst sprachlos gegenüber der auch in anderen wissenschaftlichen Disziplinen auftretenden *Wahrnehmung* judikativer Fehlleistung.⁷⁷ Als Rechtssystem würde sie ersatzlos auf eine Perspektive verzichten, die das System des Rechts selbst spezifischer abbilden kann.

III. Fehlentscheidungen zwischen Recht, Unrecht und Nichtrecht – Als Gespenst unterwegs auf einem Geisterschiff?

1. Kategoriales „Zu(m)-Recht-Finden“

Sind (rechtliche wie tatsächliche) Fehlurteile nun „schlechte“ Rechtsakte? Sind sie überhaupt *Rechtsakte*? Oder muss man ihnen stattdessen den Status der Nichtigkeit, vielleicht sogar des „Nichtrechts(akts)“ attestieren?

Für einen ersten Zugriff hilft es hier, sich zumindest grob die verschiedenen, grundsätzlich in Betracht kommenden Geltungskategorien von

male siehe *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung. Zum Risiko materiell fehlerhafter Entscheidungen *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile. *Barton*, FS Eisenberg, 15, 27, betont den fortbestehenden Forschungsbedarf „gerade auch in Deutschland“.

75 Vgl. *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, S. 122.

76 Auch wenn die aktuelle Hirnforschung mittlerweile davon ausgeht, dass es auch „wortsprachliches Denken“ gibt, so können wir wohl doch jedenfalls das *besser* denken (und damit auch besser darüber „nach-denken“), was wir auch in Worte fassen, mithin benennen können. Zum Zusammenfallen von Denkbarem und Sagbarem grundlegend *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, 5.61. Die sprachphilosophischen Implikationen können an dieser Stelle nicht einmal angerissen werden. Für einen ersten Überblick zum Zusammenhang von Sprache und Denken aus sprachphilosophischer Sicht siehe beispielsweise *Schmidt*, Sprache und Denken.

77 Damit ist gemeint, dass wir ausgehend von den zwar defizitären, aber uns eben ausschließlich zur Verfügung stehenden Erkenntnissen, die unsere Sinne und unser Verstand liefern, im – auch wissenschaftlichen – Alltag relativ problemlos jedenfalls „eindeutige“ Fälle von Fehlentscheidungen ausmachen, mithin benennen können. Zur Feststellbarkeit von Fehlurteilen in der Lebens- bzw. Alltagswelt siehe auch *Barton*, FS Eisenberg, 15, 24 f.

Recht zu vergegenwärtigen: (1.) das uneingeschränkt geltende, „fehlerfreie“, in Merkls Worten das „idealgestaltige“⁷⁸ Recht; (2.) das geltende, aber aufgrund seiner Fehlerhaftigkeit angreifbare Recht, nach Merkl ein vernicht- bzw. anfechtbares „rechtliches Etwas“⁷⁹; (3.) das (für jedermann und von vornherein unbeachtliche) nichtige Recht; und schließlich (4.) das Nichtrecht, das bereits keinen Rechtscharakter, keinerlei Rechtsqualität aufweist.⁸⁰

Mutatis mutandis lässt sich diese Kategorisierung auch auf gerichtliche (Fehl-)Entscheidungen rückbeziehen, wenngleich diese als einzelfallbezogene „Rechtsaussprüche“ freilich nicht dem klassischen Begriff des *Rechts* als Summe der geltenden Rechtsnormen unterfallen.⁸¹

Da *per definitionem* (siehe oben) in einem förmlichen judikativen Entscheidungsverfahren ergangen, liegt nach hiesigem Verständnis bei einer Fehlentscheidung jedenfalls kein keinem staatlichen Zurechnungsakteur

78 Merkl, in: Mayer-Maly et al., 369, 379, spricht von der „gesetzlich vorgezeichneten Idealgestalt des Rechtsaktes“, der von „höherem Rechtswert“ sei.

79 Merkl, in: Mayer-Maly et al., 369, 376; noch plakativer S. 383: das „Recht“ (in Anführungszeichen). Derartige Rechtsakte seien „von allerdings geringerer rechtlicher Vollkommenheit“ (S. 377) als der „idealgestaltige“ Rechtsausspruch und daher von entsprechend „geringerem Rechtswert“ (S. 379).

80 Merkls Begriffsverwendung ist an dieser Stelle etwas verwirrend: So spricht Merkl in „Justizirrtum und Rechtswahrheit“ in diesem Zusammenhang ganz überwiegend vom „Unrecht“ (vgl. Merkl, in: Mayer-Maly et al., 369, 379, 380, 383), wobei nicht ganz klar wird, ob er hier überhaupt zwischen nichtigem Recht und Nichtrecht unterscheidet. Jedenfalls begreift Merkl das „Unrecht“ als Gegenbegriff zum Recht bzw. „Recht“, also zu den Kategorien 1 und 2. In seiner zwei Jahre zuvor erschienenen Monographie „Die Lehre von der Rechtskraft“ differenziert er dagegen maßgeblich zwischen Recht und Nichtrecht, wobei „das Nichtrecht als kontradiktorischer Gegensatz von Recht dessen konträren Gegensatz, das Unrecht, das durch die Unrechtsfolgen charakterisiert ist, mit umfaßt“ (S. 291 Fn. 1). Das Unrecht scheint also nur ein Unterfall des Nichtrechts zu sein, dem wiederum auch „unrichtiges Scheinrecht zugehört“ (S. 279). Gleichzeitig bezieht sich Merkl auf das Unrecht als „Unrecht (oder Rechtswidrigkeit)“ (S. 291 Fn. 1), was wiederum den Schluss nahelegen könnte, Unrecht und Rechtswidrigkeit seien synonym zu verstehen – wobei Merkl „Rechtswidriges Recht“ eigentlich nur als „vorläufiger Hilfsbegriff“ (S. 279) dient. Daneben taucht der Begriff der „Nichtigkeit“ auf (siehe z.B. S. 292 f., 299), der jedoch nicht näher charakterisiert wird, wohl aber jedenfalls als *aliud* gegenüber dem (nur) anfechtbaren Recht zu verstehen ist (vgl. S. 293).

81 Siehe hierzu Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 53 ff., 622 m.w.N.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Kudlich, FS Pekcanitez, 201, 202 ff.: Falsche Urteile, Nicht-Urteile, Nichtigte Urteile.

zurechenbares Nichturteil als Nichtrecht(sakt) vor.⁸² Dass auch Kategorie 1, das „idealgestaltige“ Recht (beziehungsweise der „idealgestaltige“ Rechtsakt), ausscheiden muss, versteht sich hinsichtlich des Fehlurteils auf rechtlicher Ebene wohl von selbst. Gleichwohl gilt dieser Befund auch für die faktische – gegebenenfalls allein dergestalt rechtskonforme – Fehlentscheidung, da einerseits das Erreichen der materiellen Wahrheit stets als Rechtsideal zumindest mitzudenken ist⁸³ und andererseits jedenfalls die dauernde abstrakte Möglichkeit der Wiederaufnahme zugunsten der materiellen Wahrheit, insbesondere über § 362 Nr. 4 StPO sowie die umstrittene Nr. 5, besteht:⁸⁴ Ein Urteil ist eben nur dann wirklich „ideal(gestaltig)\“, wenn es tatsächlich frei von rechtlichen *und* sachverhaltlichen Fehlern ist.

Zugespitzt ist daher zu fragen: Sind Fehlentscheidungen nur angreifbare (eben „fehlerbehaftete“; vgl. Kat. 2) oder schon richtige Rechtsakte (vgl. Kat. 3)?

2. Nichtigkeit und Strafrecht

a) Nichtig strafrechtliche Entscheidungen?

Während es im Zivil- und im öffentlichen Recht mit der Nichtigkeitsklage nach §§ 578, 579 ZPO, auf die auch § 153 I VwGO verweist, zumindest einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für eine Urteilsnichtigkeit gibt, enthält die StPO keine entsprechende Regelung.⁸⁵ Es verwundert daher nicht, dass es insbesondere im Strafrecht seit jeher umstritten ist, ob gerichtliche Entscheidungen ausnahmsweise als nichtig im Sinne von für je-

82 Zur Definition strafrechtlicher Nichturteile als „solche, nur äußerlich in der Form eines ‚Urteils‘ erscheinende ‚Aussprüche‘ [...], die nicht mit dem Willen einer von der Rechtsordnung vorgesehenen, mit Rechtsprechungsaufgaben betrauten Stelle in die Öffentlichkeit gelangen“, Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 108 m.w.N. und Beispielen; vgl. auch Roeder, ZStW 79 (1967), 250, 263 ff. und Kudlich, FS Pekcanitez, 201, 203 f. mit geringfügig anderer Konnotation. Zur entsprechenden verwaltungsrechtlichen Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichen Nichtakten, bei denen überhaupt kein staatliches Zurechnungssubjekt vorhanden ist, und nichtigen Verwaltungsakten, die zwar rechtlich inexistent sind, bei denen eine solche „Zurechnung“ aber grundsätzlich gelingt, Münker, Der Nichtakt, S. 177 f. Zur entsprechenden zivilrechtlichen Unterscheidung Reimer, Rechtstheorie 45 (2014), 383, 408 f.

83 Zu diesem Aspekt siehe bereits Fn. 52.

84 Zugunsten des Verurteilten wäre hier v.a. an § 359 Nr. 5 StPO zu denken.

85 Ähnlich Kudlich, NJW 2013, 3216, 3217: „Die StPO kennt die Nichtigkeit von Urteilen jedenfalls nicht explizit.“

dermann unbeachtlich angesehen werden können:⁸⁶ So hat die herrschende Meinung im Schrifttum die Nichtigkeit von Strafurteilen Anfang des 20. Jahrhunderts zunächst mehr oder minder einhellig verneint,⁸⁷ Mitte des 20. Jahrhunderts dann mehr oder minder einhellig bejaht⁸⁸ und in jüngerer Zeit scheint sich erneut eine deutlich nichtigkeitskritischere Haltung durchgesetzt zu haben.⁸⁹ Die Rechtsprechung wiederum geht zwar von der abstrakten Möglichkeit nichtiger strafrechtlicher Entscheidungen aus, nimmt aber im Einzelfall kaum einmal tatsächlich eine Urteilsnichtigkeit an.⁹⁰

Ohnehin lässt sich eine ganze „Armada“⁹¹ an rechtstheoretischen wie rechtsdogmatischen Argumenten gegen die Existenz nichtiger (Straf-)Urteile ins Feld führen, allen voran das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit, das Fehlen praktikabler Abgrenzungskriterien⁹² sowie das Nichtvorhandensein eines Verfahrens zur Feststellung der Nichtigkeit.⁹³ Auch stellen sich rechtslogische – Anfechtbarkeit eines rechtlichen Nullums? – und mit Blick auf ein mehr oder minder uneingeschränktes Notwehrrecht

86 Zu diesem Aspekt auch *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 105 m.w.N.

87 Vgl. hierzu *Luther*, ZStW 70 (1958), 87, 90 mit zahlreichen w.N. in Fn. 20. Einen „historischen Rückblick“ liefert *Roeder*, ZStW 79 (1967), 250 ff.

88 Vgl. nur *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250; ablehnend aber u.a. bereits *Sarstedt*, JR 1955, 351, 352.

89 So z.B. bei *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 108; *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, S. 197 Fn. 128; *Kudlich*, NJW 2013, 3216, 3217: „Im Ergebnis spricht daher viel gegen die Anerkennung der Kategorie der ‚Urteilsnichtigkeit‘.“ Ebenfalls die Nichtigkeit ablehnend *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 29 ff.; *Leitmeier*, NStZ 2014, 690, 692.

90 Vgl. z.B. RGSt 40, 271, 273; BGH, NStZ 1984, 279; BVerfG, NJW 1985, 125; BGHSt 33, 126, 127; 42, 314, 320; 45, 37; 45, 58; OLG Düsseldorf MDR 1993, 376; BGH NStZ 2009, 579. Die Nichtigkeit bejaht haben dagegen u.a. das OLG Köln, NStZ-RR 2002, 341 sowie das OLG München, NJW 2013, 2371 m. abl. Anm. *Meyer-Goßner*, StV 2013, 613 ff.; ebenfalls abl. *Leitmeier*, NStZ 2014, 690 ff.

91 *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 31.

92 Wann genau ist ein Fehler derart schwer, wann genau derart offensichtlich, dass eine nichtige Entscheidung denkbar erscheint?

93 BGHSt 45, 58, 61 f. stellt die Argumente überblicksartig m.w.N. zusammen. Weiter sind zu nennen: die Funktion des Wiederaufnahmeverfahrens zur Beseitigung von (denkbaren) Fehlentscheidungen; die mögliche Beeinträchtigung der Schutzfunktion des Grundsatzes *ne bis in idem*; der Schutz der Verfassungsbeschwerde; das Verschlechterungsverbot nach § 331 StPO und die Menschenwürde (zu den beiden letzten Punkten siehe *Leitmeier*, NStZ 2014, 690, 694 f.). Ausführlich zum Ganzen auch *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250, 255 ff.; vgl. auch *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, S. 197 Fn. 128; *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 32 m.w.N. und *Kudlich*, NJW 2013, 3216, 3217.

des Verurteilten gegen nichtige Strafurteile auch rechtspraktische, letztlich vollzugsrechtliche Fragen.⁹⁴

b) (Teilweise) Reaktivierung der *Merklschen* Lehre vom Fehlerkalkül

Die von *Merkl* Anfang des 20. Jahrhunderts entwickelte Lehre vom Fehlerkalkül als positiv-rechtlicher Anordnung zur rechtlichen „Sanierung“ eines fehlerhaften Rechtsaktes ergänzt nun diese Argumentationskaskade um den Aspekt der Systemkohärenz:⁹⁵

Nach *Merkl* hebt die bloße positiv-rechtliche Bereitstellung eines Mittels zur Fehlerbehebung (hier also vor allem die formalisierten Rechtsbehelfe der StPO und das Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 359 ff. StPO⁹⁶) ein fehlerbehaftetes – und damit nach *Merkl a priori* nichtiges – Urteil gleichsam „über die Schwelle des Rechts“, macht es also jedenfalls zum „Recht“ (in Anführungszeichen!).⁹⁷ Denn, so *Merkl*, ein „[fehlerbehafteter] Akt, gegen den die Rechtsordnung ein Rechtsmittel bereitstellt, wird dadurch mit rechtlicher Relevanz ausgestattet, mit, wenn auch bedingter, Geltung in die Rechtsordnung eingestellt“⁹⁸. Das bewusste gesetzliche In-Rechnungsstellen von Fehlleistungen macht somit aus einem „rechtlichen Nichts“ ein – wenngleich vernicht- bzw. anfechtbares – „rechtliches Etwas“.⁹⁹

Das ist durchaus einleuchtend: Wo es ein gesetzliches „Fehlerbehebungssystem“ gibt, da besteht nicht nur kein Bedürfnis nach Nichtigkeit,¹⁰⁰ sondern die Nichtigkeit wäre dann gleichsam ein „Systembruch“¹⁰¹, eine

94 Vgl. *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 212; zum ersten Aspekt siehe auch *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250, 253 f.; *Meyer-Gößner*, ZIS 2009, 519, 522.

95 Echt systemtheoretisch könnte man dies sogar als Autoimmunisierungsstrategie des Rechtssystems gegen äußere Einflussnahmen – insbesondere durch das Politik- sowie das teilweise nach dem Moralkriterium unterscheidende Gesellschaftssystem – bezeichnen. Zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten hinsichtlich der „Geburtshilfestrategie“ *Kelsens*, der Alternativbestimmung, siehe *Cadore*, in: *Jestaedt/Poscher/Kammerhofer*, 177 ff.; *Hilbert*, ZöR 2017, 549 ff.

96 Daneben aber u.a. auch: die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG, die Wiederaufnahme nach § 79 BVerfGG, die Entscheidung nach § 458 I StPO sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 44 StPO.

97 Vgl. *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, 376, 379.

98 *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, 376, Hervorhebung durch die Verf.

99 Vgl. *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, 376.

100 So aber wohl das zentrale Argument *Kudlichs*, FS Pekcanitez, 201, 216, gegen die Annahme der Nichtigkeit.

101 Ähnlich *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 33.

Anomalie im auf Heilung ausgerichteten positiv-rechtlichen Sanierungs-konzept.¹⁰² Denn rechtlich *saniert* werden kann nur etwas rechtlich *Bestehendes*. Ein rechtliches Nullum ist dagegen kein taugliches „Sanierungsobjekt“.¹⁰³

c) Unabwendbares Nichtigkeitsbedürfnis bei systeminternen und -externen Sachverhalten?

Ist damit nun alles gesagt? Und: Gelten diese Überlegungen nur systemintern oder lassen sich hieraus auch Rückschlüsse auf systemexterne, das heißt materiell¹⁰⁴ vom „Fehlerbehebungssystem“ nicht erfasste Sachverhalte ziehen?

Aus rechtssystematischer Warte ergibt sich – ausgehend von Merkls Fehlerkalkül – folgendes Bild: Ist die Nichtigkeit nicht beziehungsweise nur für bestimmte (vorliegend nicht einschlägige) Fälle gesetzlich normiert und besteht (im Übrigen) ein einigermaßen differenziertes positiv-rechtliches Fehlerbehebungss-, also „Rechtssanierungssystem“, so spricht diese gesetzliche Rahmengestaltung hinsichtlich systeminterner Sachverhalte angesichts der Lehre vom Fehlerkalkül ausdrücklich (siehe oben), hinsichtlich systemexterner Konstellationen jedenfalls *prima facie* dafür, Nichtigkeit nur in den (gegebenenfalls) normierten Fällen, ansonsten aber *nicht* anzunehmen.¹⁰⁵ Denn schließlich hätte in *beiden* Konstellationen „einfach“ eine entsprechende positiv-rechtliche Nichtigkeitsregelung erlassen werden können. Nichtigkeit ließe sich in diesen Fällen daher wohl allenfalls im Wege einer Art planwidrigen Regelungslücke, als ungewolltes „gesetzgeberisches Ver-gessen“, konstruieren¹⁰⁶ – entweder, weil die spezifische (Nichtigkeits-)Feh-

102 Die Begrifflichkeit ist angelehnt an Merkl, in: Mayer-Maly et al., 369, 376, der von einer „rechtlichen Sanierung“ des „fehlerhaften“ Rechtsaktes spricht. Die argumentatorische Grundstruktur des Fehlerkalküls kann dabei unabhängig von (s)einer Einbettung in Kelsens „Reine Rechtslehre“ und den Stufenbau der Rechtsordnung bestehen. Entsprechend finden sich in der Literatur ähnliche Ansätze bereits vor deren bzw. dessen Entwicklung, so z.B. bei Friedländer, GS 58 (1901), 339, 344, zitiert nach Roeder, ZStW 79 (1967), 254.

103 Plakativ: Nur ein bestehendes (existierendes) Haus kann saniert werden.

104 Gemeint ist damit die inhaltlich-sachverhaltliche Erfassung unabhängig von einem etwaigen Fristen(ab)lauf.

105 Ähnlich Grünwald, ZStW 76 (1964), 250, 256; Roeder, ZStW 79 (1967), 250, 254; Kudlich, NJW 2013, 3216, 3217.

106 In diese Richtung wohl auch Schäfer, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. Kap. I3, S. 158 f., zitiert nach Grünwald, ZStW 76 (1964), 250, 255.

lerfolge nicht mitbedacht wurde (*systemintern*) oder man den Fehler als solchen (inklusive seiner Nichtigkeitsfolge) übersehen hat (*systemextern*). Es bräuchte also (1.) eine Lücke, (2.) deren Planwidrigkeit und (3.) eine vergleichbare Interessenlage, die wiederum nur dann bestünde, wenn die Fallgestaltung (jedenfalls) den Schweregrad (gegebenenfalls) normierter Nichtigkeitsgründe erreicht.

Begreift man die Nichtigkeit dagegen eher als Ausfluss einer Art naturrechtlichen Notwendigkeit, als zwingendes Erfordernis materieller Gerechtigkeit jenseits rechtssystematischer Verortungs- und Fehlerkalkül-Erwägungen,¹⁰⁷ dann müsste die Anerkennung der Gültigkeit eines fehlerhaften Urteils für die Rechtsgemeinschaft jedenfalls – so auch der BGH in unübersehbarer Anlehnung an die *Radbruchsche Formel* – „geradezu unerträglich“ sein, weil „die Entscheidung dem Geist der Strafprozeßordnung und wesentlichen Prinzipien unserer rechtsstaatlichen Ordnung widerspricht“¹⁰⁸.

Perspektivunabhängig lässt sich die Nichtigkeit von Urteilen damit allenfalls (!) dann rechtfertigen, wenn hierfür ein echtes, unabwendbares Bedürfnis besteht, entweder weil andernfalls eine ungewollte und so nicht hinnehmbare Inkonsequenz der Rechtsordnung droht (Stichwort: planwidrige Regelungslücke),¹⁰⁹ oder aber eine schier unerträgliche (Rechts-)Situation entstünde. Besteht ein solches Bedürfnis hingegen nicht, dann brauchen wir eine solche „Sonderkategorie“¹¹⁰ nicht nur *nicht*,¹¹¹ sondern sie ließe sich auch rechtssystematisch nicht überzeugend begründen. Allein der Umstand, dass ein Urteil mit besonders krassen und gegebenenfalls of-

107 Vgl. hierzu *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 114; *Roeder*, ZStW 79 (1967), 250, 257 f.

108 BGH NStZ 1984, 279; vgl. hierzu auch *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250, 250 f. mit zahlreichen w.N. sowie *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 46. Zur strukturellen Parallelität der Frage der Nichtigkeit von Fehlentscheidungen und der nach den Grenzen der Verbindlichkeit extrem ungerechter Gesetze i.S.d. *Radbruchschen Formel* siehe *Saliger*, Radbruchsche Formel, S. 54 ff. *Radbruch* selbst bezeichnet den Streit um die „absolute Nichtigkeit“ formell rechtskräftiger Urteile wegen besonders schwerer Verstöße als ein „positivrechtliches Analogon zu dem rechtsphilosophischen Problem der Gültigkeit unrichtigen positiven Rechts“, *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 175; vgl. hierzu auch *ders.*, Rechtsphilosophie, S. 278 f.

109 Vgl. hierzu *Schwacke*, Methodik, S. 131.

110 Begrifflichkeit nach *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 216.

111 Vgl. aber *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 216.

fensichtlichen Mängeln behaftet ist, kann diese Argumentationslast jedenfalls nicht schultern.¹¹²

Zumindest für systeminterne Sachverhalte wird sich ein solches unabwendbares Bedürfnis jedoch kaum je begründen lassen: So ist es einerseits im Rahmen einer Rechtsordnung, die – wie die StPO – keine normierten Nichtigkeitsgründe kennt, keine Inkonsequenz dieser Rechtsordnung, sondern gerade deren konsequente Umsetzung, wenn adressierte Fehler „nur“ innerhalb des zur Verfügung gestellten gesetzlichen Rahmens und damit ohne Nichtigkeitsfolge behoben werden.¹¹³ Andererseits führt die Anerkennung fehlerhafter Entscheidungen in diesen Fällen auch nicht zu einer den wesentlichen Prinzipien unserer rechtsstaatlichen Ordnung widersprechenden, „geradezu unerträglichen“ (Rechts-)Situation, die wiederum nur durch die Annahme von Nichtigkeit „aufgelöst“ werden kann. Denn wenn eben diese Rechtsordnung selbst (systemintern) die einschlägigen Mittel zur Fehlerbehebung bereithält, dann ist diese Art der systeminternen Fehlerbehebung – qua Rechtsbehelf, ohne Nichtigkeitsfolge – letztlich gerade Prinzip dieser Rechtsordnung. Und da es (definitionsgemäß adressierte und jedenfalls grundsätzlich taugliche) Mittel zur Fehlerbehebung gibt, entsteht auch keine so, das heißt ohne Nichtigkeitsannahme, nicht mehr „ertragbare“ Rechtssituation, sondern die rechtliche Ausgangslage selbst ermöglicht ein „Wieder-Erträglich-Werden“ durch ihre eigenen Mittel.¹¹⁴

112 Oftmals wird jedoch allein auf diesen Aspekt abgestellt, so z.B. bei Neumann, Wahrheit im Recht, S. 46.; vgl. auch Grünwald, ZStW 76 (1964), 250: „Es ist heute herrschende Meinung in der strafprozessualen Literatur, daß Urteile, die mit besonders krassen Mängeln behaftet sind, die Wirkungen, die sie herbeizuführen bestimmt sind, nicht auszulösen vermögen.“

113 Dass der Gesetzgeber die Nichtigkeit als „Kategorie“ im Strafrecht in Gänze übersehen hat, erscheint angesichts ihrer zumindest teilweisen Normierung in anderen Rechtsgebieten kaum vorstellbar.

114 Als Anknüpfungspunkt für eine „unerträgliche Rechtssituation“ verbliebe damit letztlich nur der Umstand, dass ein *tatsächliches* „Wieder-Erträglich-Werden“ unter dem Vorbehalt fristgerechter Rechtsbehelfseinlegung steht. Dieses Erfordernis erscheint jedoch angesichts der Regelungen u.a. der §§ 44, 140, 141 StPO sowie mit Blick auf die umfassend statuierten Belehrungspflichten als noch zumutbar, jedenfalls seinerseits „erträglich“.

d) Konsequenzen im Bereich des Strafrechts

Was folgt hieraus nun *in concreto*? Im Strafrecht „aktuell geltender Fassung“¹¹⁵ wird man davon ausgehen dürfen, dass die ganz überwiegende Anzahl von Fehlurteilen ohnehin bereits durch das fein abgestufte Netz an „Fehlerbehebungsmitteln“ adressiert wird – zu denen ja neben Berufung, Revision und Wiederaufnahme auch „exotischere“ Möglichkeiten wie etwa die gerichtliche Entscheidung nach § 458 I StPO sowie die Möglichkeiten der Verfassungsbeschwerde zu zählen sind.¹¹⁶ Strafrechtliche Fehlentscheidungen erfolgen daher in aller Regel materiell systemintern und sind damit grundsätzlich im Bereich des – wenngleich „angreifbaren“ – „Rechts“ als geltende, aber fehlerbehaftete Rechtsakte anzusiedeln.¹¹⁷

Ließe sich doch einmal ein systemexterner (Phantasie-)Fall¹¹⁸ bilden, müsste jedenfalls dezidiert nachgewiesen und begründet werden, warum trotz der Vielzahl der erwähnten Gegenargumente ausnahmsweise doch ein zwingendes Bedürfnis nach Nichtigkeit besteht.

Bisher, so scheint mir jedenfalls, ist dies, insbesondere im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang klassischerweise aufgerufenen Fallgruppen: die Verurteilung des falschen („personenverwechselten“) Angeklagten, die Verurteilung zu einer dem StGB „unbekannten“ Strafe, die Entscheidung von (Revolutions-)Tribunalen, noch nicht hinreichend gelungen.¹¹⁹

¹¹⁵ Allein hierauf beziehe ich mich im Rahmen dieser Untersuchung.

¹¹⁶ Weitere Beispiele nennt Fn. 96. Eine Übersicht über die verschiedenen „gesetzlich vorgesehenen Korrekturmöglichkeiten“ liefert Brinkmann, Anwendungsbereich, S. 39 ff.

¹¹⁷ Ausführlich hierzu unter III.2.c). Auf rechtskonforme faktische Fehlurteile, die daher nur bedingt Adressaten von *Rechts*fehlerbehebungsmitteln sein können, zielt jedenfalls auch das Wiederaufnahmeverfahren (siehe III.I.).

¹¹⁸ Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen u.a. vor dem Hintergrund des *Merklschen* Fehlerkalküls ausführlich Samonig, Fehlerkalkül. Jedenfalls wären hinsichtlich (nationaler) letztinstanzlicher Entscheidungen auch statthafte Rechtsbehelfe auf unionsrechtlicher und internationaler Ebene zu berücksichtigen.

¹¹⁹ Zu diesen „klassischen“ Fallgruppen, die sich wiederum allesamt mit den „klassischen“ Fehlerbehebungsmitteln der StPO bzw. des GG (i.V.m. BVerfGG) „lösen“ lassen (hier: Revision z.B. gestützt auf eine Verletzung von § 230 StPO bzw. Art. 103 I GG, von § 1 StGB, Art. 103 II GG bzw. Wiederaufnahme wegen Rechtsbeugung, §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO; Verfassungsbeschwerde z.B. wegen der Verletzung des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 II S. 2 GG, des Willkürverbots nach Art. 3 I GG bzw. des Analogieverbots nach Art. 103 II GG; hinsichtlich der Entscheidung eines Revolutionstrials läge mangels eines staatlich legitimierten Zurechnungsakteurs bereits kein Recht, sondern bloßes Nichtrecht vor, welches von vornherein keinerlei Rechtswirkungen zeigt, vgl. III.I.), siehe Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl.

Literaturverzeichnis:

- Aichele, Alexander/Borowski, Martin/Holzleithner, Elisabeth/Renzikowski, Joachim (Hrsg.), Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 3/2018, III–IV.
- Alsberg, Max: Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1. Auflage, Berlin 1913.
- Barton, Stephan: „Das Fehlurteil gibt es nicht“ – gibt es doch!, in: Goeckenjan, Ingke/Puschke, Jens/Singelnstein, Tobias (Hrsg.): Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive. Festschrift für Ulrich Heisenberg zum 80. Geburtstag, Berlin 2019, S. 15–31 (zitiert als: FS Eisenberg).
- Beck’scher Online-Kommentar BGB, hrsgg. v. Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 66. Ed. 1.5.2023, München 2023 (zitiert als: Bearbeiter:in in BeckOK-BGB).
- Beck’scher Online-Kommentar ZPO, hrsgg. v. Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 48. Ed. 1.3.2023, München 2023 (zitiert als: Bearbeiter:in in BeckOK-ZPO).
- Bernhardt, Wolfgang: Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in: Beiträge zum Zivilprozeßrecht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München 1949, S. 9–50 (zitiert als: FG Rosenberg).
- Bernhardt, Wolfgang: Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, Juristenzeitung 1963, S. 245–247.
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine: Strafprozessrecht, 16. Auflage, Heidelberg 2022.
- Böhme, Toni: Das strafgerichtliche Fehlurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht?, 1. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Brinkmann, Sara: Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StPO, 1. Auflage, Berlin 2017.
- Cadore, Rodrigo Garcia: Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül, in: Jestaedt, Matthias/Poscher, Ralf/Kammerhofer, Jörg (Hrsg.): Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand, 1. Auflage, Stuttgart 2020, S. 177–203.
- Deckert, Martina R.: Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 82 (1996), S. 43–54.
- Dunkel, Barbara: Fehlentscheidungen in der Justiz, 1. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Engisch, Karl: Wahrheit und Richtigkeit, 1. Auflage, München 1963.
- Engländer, Armin: Der Begriff der freien Überzeugung in § 261 StPO im Lichte der Erkenntnistheorie, in: Alexy, Robert (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft Nr. 104, Stuttgart 2005, S. 85–98.
- Erb, Volker: Zur „Legitimation“ von Fehlverurteilungsrisiken, in: Hanack, Ernst-Walter/Mehle, Volkmar/Hilger, Hans/Widmaier, Gunter (Hrsg.): Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag, Berlin 2002, S. 77–93 (zitiert als: FS Riess).
- Fischer, Thomas: Warum lässt das Revisionsrecht Fehlurteile zu?, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Kölbl, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): „Vom hochgemuteten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehlurteile im Strafprozess, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 253–274.

K Rn. 118 ff. Zu den wenigen Fällen, in denen die Rspr. tatsächlich die Nichtigkeit bejaht hat, siehe die dazu ergangenen kritischen Stimmen im Schrifttum, vgl. hierzu bereits Fn. 90.

- Freund, Georg:* Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“: eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale, 1. Auflage, Heidelberg 1987.
- Gilles, Peter:* Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozess, in: Lüke, Gerhard/Jauering, Otto (Hrsg.): Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 183–201 (zitiert als: FS Schiedermaier).
- Gilliéron, Gwladys:* Fallstricke für die Wahrheitsfindung in summarischen Verfahren, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Kölbl, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehlurteile im Strafprozess, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 59–78.
- Gössel, Karl-Heinz:* Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess, 1. Auflage, Berlin 2000.
- Gräns, Minna:* Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, 1. Auflage, Berlin 2002.
- Greco, Luis:* Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 1. Auflage, Berlin 2015.
- Grünwald, Gerald:* Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76 (1964), S. 250–263.
- Hellwig, Albert Ernst Karl Marx:* Justizirrtümer, 1. Auflage, Minden 1914.
- Hilbert, Patrick:* Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, Zeitschrift für Öffentliches Recht 2017, 549–577.
- Hirschberg, Max:* Das Fehlurteil im Strafprozeß: zur Pathologie der Rechtsprechung, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 1962.
- Hirtz, Bernd:* Der Umgang mit der Wahrheit im Zivilprozess, Anwaltsblatt 12/2006, S. 780–783.
- Horn, Norbert:* Die Rechtsphilosophie und das Rätsel Metaphysik, Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 3/2018, S. 207–240.
- Hübner, Johannes:* Einführung in die theoretische Philosophie, 1. Auflage, Stuttgart 2015.
- Kargl, Walter:* Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 105 (2019), 171–204.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, hrsgg. v. Barthe, Christoph/Gericke, Jan, 9. Auflage, München 2023 (zitiert als: Bearbeiter:in in KK-StPO).
- Kaufmann, Marcel:* Untersuchungsgrundsatz und Verwaltunggerichtsbarkeit, 1. Auflage, Tübingen 2002.
- Kinzig, Jörg:* Freispruch nach Untersuchungshaft – Folgerungen für die Fehlurteilsforschung, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Kölbl, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehlurteile im Strafprozess, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 79–102.
- Kiwit, Walter:* Fehlurteile im Strafrecht: Entstehung, Gesetzmäßigkeiten und Möglichkeiten zur Vermeidung untersucht an Wiederaufnahmeverfahren im OLG-Bezirk Hamm aus der Zeit von 1950–1958, 1. Auflage, Münster 1964.

- König, Stefan:* Das Unternehmen Unschuld, in: Zeit 2022, Nr. 48, S. 22 (online verfügbar auf: <https://www.zeit.de/2022/48/projekt-fehlurteil-und-wiederaufnahme-innocence-project-unschuld>, zuletzt aufgerufen am 15.02.2023).
- Kotsoglou, Kyriakos N.:* Das Fehlurteil gibt es nicht, Juristenzeitung 2017, S. 123–132.
- Kotsoglou, Kyriakos N.:* Forensische Erkenntnistheorie, 1. Auflage, Berlin 2015.
- Kudlich, Hans:* Nichtigte Urteile im Zivil- und Strafprozessrecht, in: Pekcanitez, Hakan/Uzunalli, Sevilay (Hrsg.): Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Izmir 2015, S. 201–216 (zitiert als: FS Pekcanitez).
- Kudlich, Hans:* Nichtigkeit eines Strafurteils nach informeller Verständigung und fehlender Sachaufklärung, Neue Juristische Wochenschrift, 2013, S. 3216–3218.
- Leitmeier, Lorenz:* Sind rechtswidrig „gedealte“ Urteile nichtig?, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2014, S. 690–695.
- Löffler, Karl:* Die Opfer mangelhafter Justiz: Gallerie der interessanten Justizmorde aller Völker und Zeiten, 2. Auflage, Jena 1873.
- Lowé, Ewald/Rosenberg, Werner:* Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 27. Auflage, Berlin, Boston 2016 (zitiert als: Bearbeiter:in in Lowé/Rosenberg StPO).
- Luther, Gerhard:* Zur Nichtigkeit von Strafurteilen, insbesondere im Jugendrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70 (1958), S. 87–104.
- Merkel, Adolf Julius:* Die Lehre von der Rechtskraft, 1. Auflage, Leipzig 1923.
- Merkel, Adolf Julius:* Justizirrtum und Rechtswahrheit, in: Mayer-Maly, Dorothea/Schambeck, Herbert/Grusmann, Wolf-Dietrich (Hrsg.): Gesammelte Schriften, Bd. I: Grundlagen des Rechts, 1. Auflage, Berlin 1993.
- Meyer-Goßner, Lutz:* Der „falsche“ Angeklagte, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2009, S. 519–525.
- Meyer-Goßner, Lutz:* Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nach informeller Verständigung und Nichtigkeit des Urteils, Strafverteidiger 2013, 613–615.
- Miebach, Klaus/Hohmann, Olaf (Hrsg.):* Wiederaufnahme in Strafsachen, 1. Auflage, München 2016 (zitiert als: Bearbeiter:in in Miebach/Hohmann).
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, hrsgg. v. Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut, Band 2, 1. Auflage, München 2016 (zitiert als: Bearbeiter:in in MüKo-StPO).
- Münkler, Laura:* Der Nichtakt – Eine dogmatische Rekonstruktion, 1. Auflage, Berlin 2015.
- Neumann, Ulfrid:* Besprechung von Seel, Wahrheit im Strafprozess, JuristenZeitung 2022, S. 30–32.
- Neumann, Ulfrid:* Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 101 (1989), S. 52–74.
- Neumann, Ulfrid:* Wahrheit im Recht: Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform, 1. Auflage, Baden-Baden 2004.

- Oswald, Margit E./Wyler, Helen:* Fallstricke auf dem Weg zur „richtigen“ Entscheidung im Strafrecht: Eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Kölbl, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehlurteile im Strafprozess, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 103–132.
- Peters, Karl:* Zeugenlüge und Prozeßausgang, 1. Auflage, Bonn 1939.
- Poscher, Ralf:* Wahrheit und Recht – Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 89 (2003), S. 200–215.
- Radbruch, Gustav:* Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914.
- Radbruch, Gustav:* Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hrsgg. v. Wolf, Erik/Schneider, Hans-Peter, Stuttgart 1973.
- Reimer, Philipp:* Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit, Rechtstheorie 45 (2014), S. 383–414.
- Roeder, Hermann:* Die Begriffsmerkmale des Urteils im Strafverfahren, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 79 (1967), S. 250–303.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel:* Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12., überarbeitete Auflage, München 2022.
- Saliger, Frank:* Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1. Auflage, Heidelberg 1995.
- Samonig, Luka:* Fehlerekalkül – Alternativermächtigung – Revolution, 1. Auflage, Wien 2022.
- Sarsted, Werner:* Anmerkung zu Urteil des KG 2. StS v. 23.5.55, Juristische Rundschau 1955, 351–352.
- Schmidt, Siegfried J.:* Sprache und Denken als Sprachphilosophisches Problem von Locke bis Wittgenstein, 1. Auflage, Den Haag 1968.
- Schuhr, Jan C.:* Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage, Juristenzeitung 2008, S. 603–611.
- Schwacke, Peter:* Juristische Methodik, 5. Auflage, Stuttgart 2011.
- Seel, Sebastian:* Wahrheit im Strafprozess, 1. Auflage, Berlin 2021.
- Sello, Erich:* Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen: Geschichte der Justizmorde von 1797–1910, 1. Auflage, Berlin 1911/Schifferstadt 2001.
- Velten, Petra:* Fehlentscheidungen im Strafverfahren, Golddammer's Archiv 2015, S. 387–409.
- Volk, Klaus/Engländer, Armin:* Grundkurs StPO, 10. Auflage, München 2021.
- Volk, Klaus:* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht: zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1. Auflage, Ebelsbach 1978.
- Weßlau, Edda:* Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2014, S. 558–564.
- Wittgenstein, Ludwig:* Tractatus logico-philosophicus – Logisch Philosophische Abhandlung, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2019.
- Wittgenstein, Ludwig:* Über Gewißheit, 7. Auflage, Frankfurt am Main 1990.

