

# 1 Erkennen

Richterliche Tätigkeit hat mit Erkennen zu tun. Das wird bereits im juristischen Sprachgebrauch deutlich: Das Tatgericht, welches die der Urteilsfindung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen erhebt und verarbeitet, wird als „erkennendes Gericht“, der entsprechende Abschnitt der gerichtlichen Befassung als „Erkenntnisverfahren“ bezeichnet. Richterliche Tätigkeit ist Teil eines umfassenden Erkenntnisprozesses. Daran schließt die Frage an: Was wird im gerichtlichen Verfahren erkannt? Und wie genau geht dieses Erkennen vor sich?

## Vorurteil und Erkenntnisblase

Wer richtet, sollte sich der erkenntnistheoretischen Grundlagen seiner Tätigkeit bewusst sein. Denn Richter verfügen über keine spezifisch richterliche Fähigkeit des Erkennens und keinen exklusiven Zugang zu Wahrheit. Was sie in unterschiedlichem Maße mitbringen, sind die Vorbedingungen des Erkennens. Die hermeneutische Philosophie nennt sie Vor-Urteile.<sup>13</sup> Jeder, der – auch in einem nicht juristischen Sinne – urteilt, stützt sein Urteil auf im Laufe der Zeit erworbenes Wissen und Annahmen. Ohne Vor-Urteile gibt es kein Urteil. Man kann nicht urteilen „Das ist ein Stuhl“, ohne bereits eine erlernte Vorstellung davon zu haben, was einen Stuhl auszeichnet. Nichts anderes gilt für juristische Urteile wie „A ist ein Mörder“ oder „Der Angeklagte ist schuldig“. Die Vor-Urteile, die wir unserem Urteilen zugrunde legen, bilden unseren Erfahrungshintergrund, der sich mit dem Erwerb neuer Erfahrungen fortlaufend ändert. Richter bringen in ihre Tätigkeit Vor-Urteile ein, die sie durch langjährige Ausbildung und Berufserfahrung erworben haben. Aber auch der sozio-kulturelle Hintergrund des Urteilenden, ideologische Prägungen wie Vorstellungen von Gerechtigkeit und die allgemeine Lebenserfahrung spielen eine wichtige Rolle.<sup>14</sup> Hinzu kommt der Einfluss von persönlichkeitsimmanenten Faktoren und Sekundärtugenden, wie zum Beispiel die Bereitschaft, Überstunden zu machen, auf Hilfsmittel (etwa juristische Fachliteratur oder Datenbanken) zurückzugreifen oder sich mit gesellschaftlichen und zeitgeschichtlichen Entwicklungen vertraut zu machen. Urteilen ist außerdem stets ein

Ressourcenproblem, denn es kostet Zeit und Anstrengung. Darin liegt die Bedeutung routinierter Verfahren und einer guten Kooperation der Gerichte mit anderen Akteuren wie Polizeibehörden oder Staatsanwaltschaften begründet.<sup>15</sup> Wer richterliche Arbeit ohne Routine, Pragmatik und den Willen zur Zusammenarbeit angeht, verliert den Kampf gegen die Statistik.

Diese Abhängigkeit des Richtens von persönlichen Eigenschaften der Richtenden und Rahmenbedingungen ihres Arbeitens kann für Rechtsuchende bedrohlich erscheinen. Das ist verständlich, aber es gibt bislang keine Alternative dazu. Wo geurteilt wird, urteilen Menschen. Moderne Rechtssysteme haben die aus der personalen Dimension des Richtens herrührende Gefahr von richterlicher Willkür und Fehlurteilen erkannt und gleichen sie zu einem gewissen Grad durch Verfahren aus. Hierher gehört die Verlagerung des Erkenntnisprozesses auf mehrere Schultern: Einerseits durch die zwingende und rechtlich abgesicherte Einbindung von anderen Verfahrensbeteiligten, die über eigene Rechte verfügen, um auf das Verfahren Einfluss nehmen zu können (etwa durch das Anbringen von Befangenheits- oder Beweisanträgen). Andererseits durch die Einrichtung von Überprüfungsmechanismen wie Instanzenzügen und von Kollegialorganen, in denen mehrere Richter und zum Teil Laienrichter sich miteinander abstimmen müssen. Erkenntnistheoretisch spricht man von Objektivität durch Intersubjektivität. Hinzu kommt die grundsätzlich öffentliche Abwicklung des Erkenntnisverfahrens vor den wachsamem Augen und Ohren von Zuschauern und Berichterstattern der Presse. Zu einem gewissen Grad leitet zudem das Prozessrecht das richterliche Erkennen an.

Die Einsicht, dass jedes und auch das richterliche Erkennen einen komplexen Vorgang darstellt, der sich nicht in einem bloßen Wahrnehmen von Tatsachen und deren anschließender Subsumtion unter ein allgemeines Gesetz erschöpft, ist für den modernen Menschen beinahe selbstverständlich. Philosophiegeschichtlich ist die kritische Sicht auf den Erkenntnisprozess, der sich nicht nur aus reiner Vernunft und Beobachtung speist, spätestens seit dem frühen 20. Jahrhundert Gemeingut. Alle großen Strömungen der modernen Philosophie – die Hermeneutik, die Analytische Philosophie einschließlich des Kritischen Rationalismus, die Phänomenologie und die Existenzphilosophie – besitzen hier ihren Schnittpunkt.<sup>16</sup> Sie anerkennen, dass Erkennen und Urteilen nie voraussetzungslos geschehen, sondern bereits durch die Verwendung von Sprache und den in ihr enthaltenen Erklärungsmustern theoriebeladen sind. Selbst Erkenntnisse der Alltagserfahrung kommen nicht ohne die Verwendung theoretischer Terme aus, die unterschiedliche Grade von Komplexität aufweisen können. Universum. Neutrino. Wombat. Einhorn. Gott. Raum. Zeit. Sein. Idee. Ich.<sup>17</sup> Worte, die Urteilende verwenden, sind Grenzen, indem sie das, was der Fall ist (das Seiende, die Wirklichkeit), umgrenzen.<sup>18</sup> Begriffe sind Theorien. Selbst die einfachsten Erfahrungssätze sind Interpretationen der Wirklichkeit. Auch die Anwendung von Recht funktioniert nicht ohne derlei basale Theorien, die sich in einzelnen Begriffen verbergen. Das beginnt schon bei der Bestimmung des Gegenstands der Erkenntnis

(Recht) und setzt sich in zahlreichen weiteren zentralen Wort-Instrumenten, mit denen der Richter hantiert, fort: Wahrheit. Freiheit. Handlung. Unrecht. Vorsatz. Schuld. Je komplexer ein Begriff, desto voraussetzungsreicher ist er und desto mehr verdient er, hinterfragt zu werden.

Eine erkenntniskritische Haltung ist freilich nicht die des alltäglichen Zugangs zur Welt. Gewöhnlich hinterfragen wir nicht, ob dieser Gegenstand, den wir sehen, ein Stuhl oder ein Tisch ist, sondern nur, wenn wir dazu einen Anlass haben. Indem wir mit anderen Menschen über unsere Wahrnehmungen und Erfahrungen kommunizieren und auf deren Erwartungen eingehen, lernen wir im Laufe unseres Lebens, nicht alles zu hinterfragen, und nur so können wir in einem sozialen Gefüge miteinander zurechtkommen, handeln und auf Herausforderungen reagieren.<sup>19</sup> Wie jeder weiß, kann Zweifel lähmend sein. Wir vereinfachen uns die Welt, damit es für uns in ihr einfacher ist. Obwohl wir längst über Relativitätstheorie, Quantenphysik und Chaostheorie verfügen, hat deshalb die klassische Physik im Alltag und in der angewandten Technik nicht ausgedient. Und obwohl uns mit jedem Tsunami, Erdbeben, Super-GAU, Flüchtlingselend, Pandemiegeschehen oder terroristischen Anschlag die Grenzen der Vorhersehbarkeit und Beherrschbarkeit des Weltgeschehens vor Augen geführt werden, glauben wir fest an das einfache und eingängige Versprechen der Berechenbarkeit und der Möglichkeit objektiver Erkenntnis. Der Physikalismus und der Materialismus mit ihrer „falschen Objektivität“<sup>20</sup> sind das Paradigma unserer Zeit. Aber der Gedanke des Paradigmas ist allgemeiner, umfassender.<sup>21</sup> Er bezeichnet ein in sich geschlossenes und darum notwendig reduktionistisches System von Voraussetzungen, Gesetzmäßigkeiten und Denkgewohnheiten, die ein möglichst kohärentes Ganzes bilden. Das Paradigma ist unser Rückhalt und Rückzugsort in dem fluiden, kaum greifbaren und feststellbaren Geschehen der Außenwelt. Es ist, soziologisch gesprochen, eine Echo-kammer und Erkenntnisblase, wenngleich eine sehr große. Wir können das Paradigma nur schwer hinterfragen oder verlassen, manchmal können wir es überschreiten und selten begegnen wir „schwarzen Schwänen“, die unsere vereinfachenden Theorien über die Welt erschüttern.<sup>22</sup> Die für das Paradigma charakteristische Reduktion ist das Komplement des Vorurteils. Durch sie werden Erkenntnisse zurückgeführt auf Bekanntes. Sie ist ein Zurücknehmen von Erkenntnis, ein Zurückstellen von Vielfalt, ein Zurücksetzen von Voraussetzungen, eine Rücklage, in der der vermeintliche Besitz von Erkenntnis verwaltet wird, damit man in schwierigen Erkenntnislagen darauf zurückgreifen kann. Dieser Rücklage, die zugleich ein Rückhalt, also mehr oder minder statisch ist, entnehmen wir unsere Vor-Urteile. Weil jedes Erkennen und Urteilen in diesem Sinne reduktionistisch ist, kommt auch die Rechtsanwendung nicht ohne Vereinfachung aus. Würden wir in einem Gerichtsverfahren jede Einzelheit hinterfragen, gäbe es nie ein Urteil, keine Rechtssicherheit und keinen Rechtsfrieden.

## Unsichtbare Affen und tückische Anker

Die Erkenntnisse der modernen Psychologie unterstreichen eindrucksvoll den Befund, dass der Anteil der spezifisch menschlichen Erfahrungs- und Wahrnehmungsorganisation an dem, was wir als vermeintlich „objektives“ Geschehen auffassen, nach wie vor maßlos unterschätzt wird. Ein mittlerweile klassisches Beispiel hierfür ist die so genannte „Unaufmerksamkeitsblindheit“ (oder, treffender, „Aufmerksamkeitsblindheit“). 1999 ließen die amerikanischen Psychologen Daniel Simons und Christopher Chabris Probanden einen kurzen Film ansehen, in dem ein jeweils aus drei Personen bestehendes, mit weißen bzw. schwarzen T-Shirts gekleidetes Team sich Bälle zuwirft. Die Probanden sollten die Anzahl der Pässe des weißen Teams zählen. Mehr als fünfzig Prozent der Teilnehmer übersahen dabei einen Schauspieler, der im Gorillakostüm die Bühne betritt, sich auf die Brust klopft und wieder abgeht. In einer neueren Version des Experiments aus dem Jahre 2010 verlässt zusätzlich einer der schwarzen Spieler die Bühne und die Farbe des Vorhangs im Hintergrund ändert sich. Selbst wenn Probanden die *monkey business illusion* bekannt war, waren sie „blind“ für diese neuen Veränderungen.<sup>23</sup> Richter müssen in einer Verhandlung ihre Aufmerksamkeit auf sehr viele Dinge richten – die Einhaltung von Verfahrensregeln, Aussagen von Zeugen, Aufrechterhaltung der Sitzungsordnung, Protokollierung und so weiter –, weshalb ihnen naturgemäß manches entgeht.

Mit den kognitiven Verzerrungen, die unser Wahrnehmen und Urteilen unausweichlich prägen, haben sich seit Mitte der 1970er Jahre intensiv Amos Tversky und Daniel Kahneman (die Begründer der *Prospect Theory*) und in der Folge auch viele andere Forschende befasst. Sie haben in zahlreichen Experimenten nachgewiesen, dass Rationalität und Objektivität beim Urteilen vor allem ein frommer Wunsch sind. Weil Urteilen Kraft kostet, bedienen sich Menschen Methoden der Abkürzung und Vereinfachung bei der Bewältigung kognitiver Herausforderungen. Das spart Energie, macht die Urteile aber anfällig für Fehler. Einige der bekanntesten Fehlerquellen sind Ankereffekte (*anchoring effect* – die unbewusste Orientierung an präsenten Zahlenwerten bei numerischen Einordnungen), Verfügbarkeitsverzerrungen (*availability bias* – die Überbewertung leicht abrufbarer oder erzeugbarer, aber tatsächlich nicht repräsentativer Beispielfälle), Darstellungseffekte (*framing* – die Beeinflussung des Urteils durch den Kontext des zu beurteilenden Sachverhalts), Rückschau- und die mit ihnen verwandten Bestätigungsfehler (*hindsight bias, confirmation bias* – die vermeintliche Bestätigung des Urteils durch eine bereits eingetretene Konsequenz oder bereits vorgängig gewonnene Überzeugungen), Entscheidungsmüdigkeit (*decision fatigue* – die Abschwächung von Vereinfachungsheuristiken kompensierenden Methoden mit zunehmender Dauer der Beanspruchung), illusorische Korrelation (*illusory correlation* – der Rückgriff auf assoziative Gemeinsamkeiten) und Verlustaversion (*loss aversion* – das überproportionale Eingehen von Risiken zur Vermeidung von Verlusten).<sup>24</sup> Für derlei Urteilsfehler sind, so die empirischen Befunde, nicht nur Laien

oder weniger gebildete Menschen anfällig, sondern nicht minder Experten, also auch Richter.<sup>25</sup> Die Crux liegt darin, dass eine aussagekräftige Menge belastbarer Basistatsachen unverzichtbare Voraussetzung für „objektives“ Urteilen ist. Die Notwendigkeit, große Informationsmengen zu verarbeiten, führt aber zugleich zu einer stärkeren Inanspruchnahme von Methoden der Vereinfachung, weil die tatsächlichen Fähigkeiten der Informationsverarbeitung begrenzt sind. Statt uns zum Beispiel der schwierigen Frage zu stellen, wie groß der gesellschaftliche Nutzen und die Kosten eines Corona-Lockdowns oder einer Corona-Impfpflicht sind, beantworten wir lieber die leichtere Frage, ob wir mehr Angst vor einer Infizierung, dem Eingesperrtsein oder der Spritze haben. Dieser Hang zur Vereinfachung macht uns manipulierbar. Objektivität in einer immer komplexer werdenden Welt wird dadurch in zunehmendem Maße zu einem Kapazitäten- und Energieproblem.

Das gilt auch für die Justiz, in der Mittelknappheit ein allgegenwärtiges Thema ist. Dass richterliches Handeln nicht immun gegen kognitive Verzerrungen ist und wie man prozessual damit umgehen kann, erfährt hingegen in der Juristenausbildung und gerichtlichen Praxis weit weniger Aufmerksamkeit. Das überrascht, wenn man sich vergegenwärtigt, welche Leistungen, die nicht selten an der Grenze zur Überforderung liegen, dem Richter abverlangt werden. Jenseits allgemeiner menschlicher Schwächen, die auch Richtern nicht fremd sind, bietet das gerichtliche Verfahren ein weitläufiges Feld für Fehlerquellen aller Art. Das beginnt mit der suggestiven Rede des Gesetzes vom „Täter“<sup>26</sup> und den durch den Akteninhalt, Anklagesatz oder die Schlussvorträge und namentlich Strafanträge<sup>27</sup> ausgelösten Ankereffekten, reicht über (zum Teil gezielt) gefärbte Darstellungen von Sachverhalten durch Verfahrensbeteiligte (Framing) bis hin zu Rückschau- und Bestätigungsfehlern, etwa bei der Feststellung der Vorwerfbarkeit von Verhalten. Besonders virulent sind kognitive Verzerrungen bei der Beurteilung von prognostischen Wahrscheinlichkeiten, auf die wir später noch zurückkommen werden. Da richterliche Entscheidungen nicht selten Massenverfahren betreffen, entstehen Abschleifungs- und Ermüdungseffekte. Selbst illusorische Korrelationen (die Ableitung von vermeintlichen Gesetzmäßigkeiten aus Ähnlichkeiten) sind keineswegs nur von rechtshistorischem oder anekdotischem Interesse.<sup>28</sup> Langfristig etablieren sich *Rechtsanwendungskulturen*, in denen sich zwar einfacher und energiesparender arbeiten lässt, die aber nicht immer mit dem gesetzlichen Rahmen der richterlichen Tätigkeit harmonieren.

Die experimentelle Psychologie befasst sich schon seit längerem mit dem reichhaltigen Phänomen der richterlichen Tätigkeit. So wies eine bekannte israelische Studie einen Zusammenhang zwischen dem Ergebnis richterlicher Entscheidungen und der zeitlichen Nähe zur Mittagspause nach.<sup>29</sup> Andere Experimente untersuchten zum Beispiel, in welchem Maße Richter bei der Festsetzung von Schadensersatz empfänglich für Ankereffekte sind (sehr), inwieweit Richter in der Lage sind, ideologische oder politische Überzeugungen oder unzulässige Beweismittel auszublenden (eher wenig), ungeachtet des Geschlechts, der Nationalität, der Herkunft oder sogar des Aussehens

(Tattoos) von Betroffenen unparteiisch zu entscheiden (ein Ideal), welche Rolle Gruppendynamik und Gruppenkohärenz in Kollegialorganen spielen (eine bedeutende), welchen Einfluss Rückschau- und Bestätigungsfehler haben (einen großen) und wie sich das Streben nach Kohärenz und Konsistenz auf das Feststellen von „Tatsachen“ auswirkt (erheblich).<sup>30</sup> In der Folge des einflussreichen populärwissenschaftlichen Buchs *Schnelles Denken. Langsames Denken* von Daniel Kahneman hat in jüngerer Zeit in den deutschsprachigen Rechtswissenschaften in Ansätzen eine Befassung mit der psychologischen Dimension richterlichen Erkennens und Entscheidens stattgefunden.<sup>31</sup> Der Befund der experimentellen Psychologie ist insgesamt ernüchternd, aber im Lichte erkenntnistheoretischer Überlegungen auch nicht überraschend: richterliches Erkennen, Urteilen und Entscheiden ist weitaus weniger neutral und objektiv als man sich wünschen möchte. Untersuchungen zu Fehlerurteilsrisiken im deutschen Strafprozess (die freilich nicht nur in der Sphäre des Gerichts liegen) liefern ebenfalls Anhaltspunkte, die in diese Richtung deuten.<sup>32</sup>

Kann man aus alledem nun folgern, jedes Erkennen und Urteilen und so auch das richterliche, sei hoffnungslos subjektiv oder gar willkürlich? Nein. Denn der Umstand, dass unser Erkennen von den Eigenheiten und Beschränkungen unserer Wahrnehmungs- und Erfahrungsorganisation abhängt, bedeutet nicht, dass wir nicht so etwas wie Tatsächliches oder Wahrheit erkennen könnten. Wir können uns nur niemals sicher sein, dass uns dies gelungen ist.<sup>33</sup>

### Echte oder forensische Wahrheit?

Dass ein Richter nicht „ins Blaue hinein“ oder „aus dem Bauch heraus“ urteilen sollte, ist eine Selbstverständlichkeit. Was aber die Grundlage seines Richtens darstellt, ist gar nicht so einfach zu sagen. Das Bundesverfassungsgericht beantwortet die Frage für das deutsche Strafverfahren dahin, sein vorrangiges Ziel sei die Wahrheitserforschung, da ohne sie „der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen“ werden könne.<sup>34</sup> Erkenntnistheoretisch leuchtet das ein, wenngleich in anderen Rechtskulturen der Wahrheit eine weniger prominente Rolle zukommt.<sup>35</sup> Stellen wir uns nur vor, dem richterlichen Urteil läge ein Irrtum, eine Verwechslung, eine Lüge oder sonstige Unwahrheit zugrunde: Welche Gerechtigkeit wiederherstellende, Frieden stiftende oder auch abschreckende Wirkung würde es noch entfalten? In Anlehnung an Karl Popper kann man sagen, das Hauptziel der Rechtsprechung „sollte die Suche nach Wahrheit sein. Rechtfertigung ist kein Ziel; Brillanz und Scharfsinn an sich sind öde“.<sup>36</sup>

So wichtig die Wahrheitserforschung für die richterliche Tätigkeit ist, so wenig legen wir uns aber in der Regel Rechenschaft darüber ab, was Wahrheit überhaupt ist. Wollen wir an diesem Punkt weiterkommen, müssen wir uns mit dem Begriff der Wahrheit befassen. Im Wesentlichen können wir drei Gruppen von Wahrheitstheorien unterscheiden<sup>37</sup>: Die Korrespondenztheorien definieren Wahrheit als Übereinstimmung

von Aussage und deren Gegenstand (*adequatio intellectus et rei*).<sup>38</sup> Kohärenztheorien stellen demgegenüber auf die Vereinbarkeit („Stimmigkeit“) verschiedener Aussagen über die Wirklichkeit ab.<sup>39</sup> Und für Redundanztheorien stellt Wahrheit lediglich eine verstärkende Eigenschaft einer Aussage dar, ohne eigenen Bedeutungsgehalt zu besitzen.<sup>40</sup>

Redundanztheorien sind für die juristische Anwendung wenig brauchbar; sie würden dem Anspruch der Wahrheitserforschung den Boden entziehen.<sup>41</sup> Kohärenz als Wahrheitskriterium erfreut sich hingegen im Kontext der Rechtstheorie einer großen Beliebtheit. Stimmigkeit ist aber kein echter Ersatz für Wahrheit. Denn Kohärenz lässt sich umso leichter erzeugen, je mehr man Wirklichkeit ausblendet oder in eine bereits bestehende Theorie integriert. Die Theoriebeladenheit der Erfahrung und der Sprache und allgemein der tief in uns verwurzelte Drang nach Herstellung von Kohärenz entwerfen diese als mögliches Wahrheitskriterium. Daran ändert sich nichts, wenn man den Blick weitet und intersubjektiv die Aussagen anderer einbezieht, denn auch diese sind Gegenstand der eigenen Wahrnehmung und theoriegeleiteten Modifizierung. Gerade der nicht eliminierbare Anteil des Wahrnehmenden an jeder Wahrnehmung spricht hingegen für einen modernen korrespondenztheoretischen Ansatz, der sich dessen bewusst ist, dass Wahrheit zwar näherungsweise erreicht werden kann, man sich aber nie in ihrem sicheren Besitz wähnen darf. Es ist ein Wahrheitsverständnis, das unserem natürlichen, realistischen Zugang zur Welt entspricht und unausgesprochen die alltägliche Wahrheitserforschung vor Gericht trägt.

Entscheidend ist bei alledem, dass Wahrheit stets das Ergebnis eines kognitiven Vorgangs einer urteilenden Person und damit *geurteilte Wahrheit* ist. Wahrheit (wahr zu sein) ist damit zugleich eine mögliche Eigenschaft einer Aussage über die Wirklichkeit, nicht Eigenschaft der Wirklichkeit, über die etwas ausgesagt wird. Alfred Tarski hat in diesem Sinne die fundamentale Unterscheidung zwischen der Objektsprache, mit der etwas über die Wirklichkeit ausgesagt wird, und der Metasprache, mit der etwas über Aussagen über die Wirklichkeit ausgesagt wird, getroffen.<sup>42</sup> Weil Wahrheit nichts anderes als die Theorie des Wahrseins einer Aussage ist, kann diese Theorie selbst nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wahr sein. Wahrheit ist, auf den Punkt gebracht, die geurteilte Wahrscheinlichkeit des Wahrseins eines Urteils.<sup>43</sup> Das Wahrheitskriterium ist dabei die Wirklichkeitsnähe des Urteils. Ein Indikator für Wirklichkeitsnähe ist ein geringer Grad an verborgener Komplexität der Erklärung, deren Wahrsein beurteilt wird.<sup>44</sup> Mit anderen Worten ist es umso unwahrscheinlicher, dass eine Erklärung wahr ist, je voraussetzungsreicher, je theoriebeladener sie ist.

Für Richter ist diese Unterscheidung zwischen Objekt- und Metasprache selbstverständlich, denn sie wissen, dass es etwas anderes ist, darüber zu urteilen, ob es zur Tatzeit dunkel gewesen ist (Proposition p: Es war dunkel), ob die Aussage des Zeugen, dass es zur Tatzeit dunkel gewesen sei, wahr ist (p: „Es war dunkel“, ist [wahrscheinlich] wahr) oder ob die Aussage des Zeugen vom Hörensagen, der Zeuge habe wahrheitsgemäß berichtet, es sei zur Tatzeit dunkel gewesen, wahr ist (p: „Es war dunkel“

ist wahr“, ist [wahrscheinlich] wahr). Auf jeder dieser Ebenen ist der Gegenstand des Urteilens ein anderer. Nur auf der objektsprachlichen Ebene ist bei diesem Wahrheitsverständnis der Begriff der Wahrheit redundant. Richter urteilen über Sachverhalte, die sich außerhalb des Gerichtssaals zutragen jedoch nicht auf der objektsprachlichen Ebene; sie waren ja bei der Tat nicht dabei. Deshalb ist Wahrheit für das Richten nicht redundant. Richter wissen zudem, dass man auch über nicht-gegenständliche Dinge wie Normen etwas aussagen und als wahr beurteilen kann und deshalb die Frage nach der Wahrheitsfähigkeit des Rechts als eines Gegenstands unseres Erkennens<sup>45</sup> in Wahrheit ein Scheinproblem darstellt.

Die Rechtspraxis ahnt, dass wahre (absolute) Wahrheit im gerichtlichen Verfahren ein unerreichbares Ideal ist und spricht deshalb gerne davon, dem richterlichen Urteil liege (lediglich) eine „forensische Wahrheit“ zugrunde. Gemeint ist, dass das gerichtliche Verfahren Einschränkungen unterliegt (insbesondere verfügbare Zeit und Erkenntnisquellen) und durch bestimmte Regeln strukturiert ist (etwa Fragerechte, Antragsrechte, Beweisregeln), wodurch das Ergebnis der Wahrheitserforschung stets Resultat dieser Begrenzungen ist.<sup>46</sup> Eine dieser Grenzen besagt, dass nicht die „Wahrheit um jeden Preis“ erforscht werden darf, sondern die hierfür eingesetzten Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen der Wahrheitserforschung stehen müssen.<sup>47</sup> (Wir dringen zum Beispiel nicht heimlich in die Wohnung einer verdächtigen Person ein, um einen Ladendiebstahl aufzuklären.) Die Rede von der forensischen oder prozessualen Wahrheit ist aber auch missverständlich. Man kann darunter leicht eine Art defizitäre Wahrheit verstehen, eine Wahrheit zweiter Klasse oder Halbwahrheit, mit der sich der Richter zufriedengeben muss. Das wäre ein Irrtum, denn *jede* Wahrheit ist eine forensische oder prozessuale Wahrheit. Sie geht immer aus einem Prozess des Erkennens und Zuordnens hervor, der unweigerlich unter realen und damit limitierenden Bedingungen stattfindet. Dabei bleibt der Anspruch der Wahrheitserforschung jedoch das Erkennen der „wahren“ Wahrheit, wenngleich in dem Bewusstsein, dass diese Erkenntnis selbst nicht verifizierbar ist, sondern immer nur wahrscheinlich sein kann.

Auf diesem Fundament kann man das die Wahrheitserforschung im gerichtlichen Verfahren leitende Regularium als Wahrscheinlichkeitsoptimierungsrecht bezeichnen. Der Maßstab für den erforderlichen Grad an Wahrscheinlichkeit, mit dem die dem Urteil zugrunde liegenden Tatsachen wahr sein müssen, ist der des vernünftigen Zweifels. „Es genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, demgegenüber vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht mehr aufkommen.“<sup>48</sup> Maßgeblich ist damit nicht ein persönlicher Zweifel des Richters, sondern ein Zweifel, den jeder vernünftig denkende Mensch hegen würde. Sein Anknüpfen an die Vernunft beinhaltet, dass der Zweifel sprachlich zum Ausdruck gebracht und nachvollziehbar sein muss. Lediglich intuitive Zweifel, ein „schlechtes Gefühl“, reichen nicht aus, um einer Überzeugung entgegenzustehen. Das Wahrheitskriterium des vernünftigen Zweifels ist allerdings weder be-

sonders trennscharf noch methodisch unmittelbar einleuchtend. Denn einerseits entscheiden wir häufig aufgrund der Komplexität des Erkenntnisprozesses intuitiv, so dass ein „schlechtes Bauchgefühl“ durchaus Anlass zu berechtigten Zweifeln geben kann. Andererseits ist die Fähigkeit zur Verbalisierung einer Überzeugung wie auch etwaiger Zweifel individuell sehr verschieden. Es kann daher sein, dass es gar keine vernünftigen Zweifel gibt, dies aber in der zum Ausdruck gebrachten Überzeugung nicht erkennbar ist. Und schließlich gibt es keinen verbindlichen Maßstab dessen, was vernünftig ist. Die Formel von den „vernünftigen Zweifeln“ verlagert damit die Frage, was wahr ist, auf die Frage danach, was vernünftig ist. Hierfür besitzen Rechtstheorie und Rechtsprechung keinen Maßstab. Sie ersetzen das Wahrheitskriterium des vernünftigen Zweifels vielmehr durch Kohärenzanforderungen an die Darstellung der richterlichen Erkenntnis. Darauf wird im Zusammenhang mit den richterlichen Tätigkeiten des Würdigens und Darstellens noch zurückzukommen sein.

### Verhören Verkennen Vermuten

Auf welche tatsächliche Grundlage bezieht sich nun die Tätigkeit der Wahrheitsforschung? Was genau wird erforscht, da das zu Erforschende ja nicht die Wahrheit als solche ist, sondern vielmehr etwas erforscht und die Aussage darüber als (wahrscheinlich) wahr beurteilt wird? Das deutsche Strafverfahrensrecht beantwortet diese suggestive und knifflige Frage dahin, dass der erkennende Richter aus dem „Inbegriff der Verhandlung“ seine „freie Überzeugung“ schöpft.<sup>49</sup> Das bedeutet, dass der gesamte Verfahrensstoff, der für die Urteilsfindung relevant ist, so in die Hauptverhandlung eingeführt werden muss, dass er sinnlich (insbesondere akustisch und optisch) wahrnehmbar ist und erörtert werden kann. Man spricht von der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Diese Grundsätze verpflichten das erkennende Gericht zudem, auf das jeweils verfügbare sachnähere Beweismittel zurückzugreifen, also beispielsweise einen Zeugen persönlich anzuhören und nicht stattdessen einen Vernehmungsbeamten der Polizei, dem gegenüber der Zeuge sich früher schon einmal geäußert hat. Beide Grundsätze stehen in einem engen Zusammenhang mit dem der Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens, denn sie ermöglichen dem anwesenden Publikum, sich selbst ein Bild von den Gegenständen des richterlichen Erkennens zu machen.

Sein unmittelbarer Gegenstand ist also zunächst das Geschehen in der Hauptverhandlung, das, was der Angeklagte oder ein Zeuge sagt, seine Mimik und Gestik, die Worte eines Dolmetschers, das Aussehen eines Dokuments oder eines Fotos, die Worte des Richters, der eine Urkunde verliest, der von einer abgespielten Tonaufnahme erzeugte akustische Eindruck, der Vortrag eines Sachverständigen, der sein Gutachten erstattet und so weiter. Bereits auf dieser Ebene des „unmittelbaren“ Eindrucks kann es jedoch zu Unstimmigkeiten und Unsicherheiten kommen. Wurde der Zeuge akustisch